

*1870*

LAZARCON  
ESTUDIOS  
SOBRE EL  
DICO CIVIL

*1870*

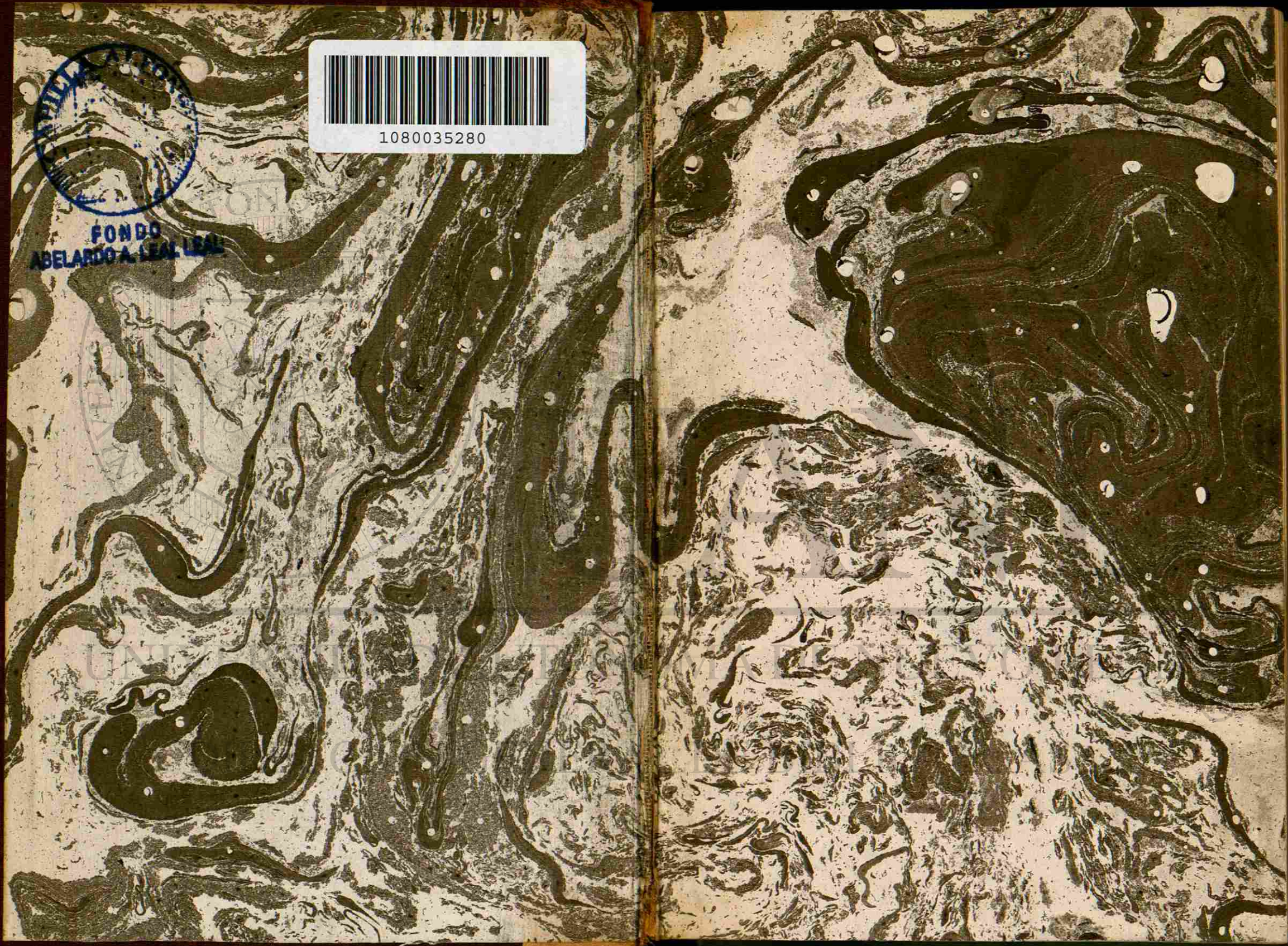
III

*1870*

KM19  
.M3  
V.3



FONDO  
ABELARDO A. LEAL LEAL



LECCIONES DE DERECHO CIVIL.

**ESTUDIOS**

SOBRE EL

# CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL,

Promulgado en 1870 con anotaciones relativas á las reformas introducidas por el Código de 1884.

POR

**MANUEL MATEOS ALARCON**

Abogado de los Tribunales de la República y actualmente Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Federal.

**ABELARDO A. LEAL**



Capilla Alfonso  
Biblioteca Universitaria

**Tomo III.**

TRATADO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

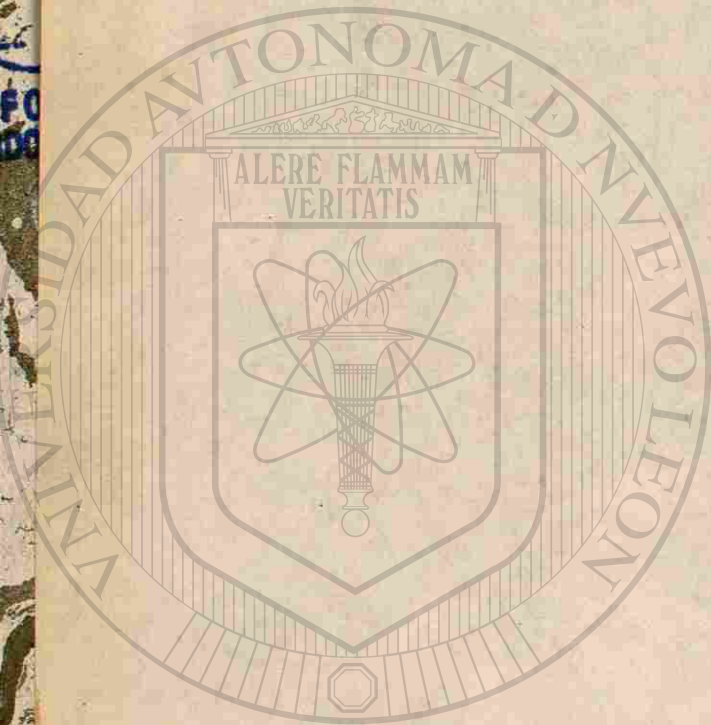
MEXICO

IMPRENTA, LIT. Y ENCUADERNACION DE IRENEO PAZ.

Callejón de Sta. Clara, número 6.

1892

74370



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



KM 19

FONDO  
ABELARDO A. LEAL LEAL

La propiedad literaria pertenece al autor.—Queda hecho el depósito  
que proviene la ley.

LECCIONES  
DE  
**DERECHO CIVIL.**

LECCION PRIMERA.  
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

I  
Preliminares.

Siguiendo estrictamente el orden establecido por el Código Civil, consagramos nuestros estudios en el segundo volumen de esta obra á la distinción de los bienes y á algunos de los modos de adquirirlos por título singular. Preciso es que, siguiendo el mismo orden, consagremos este volumen al estudio de los contratos, que son los medios más usuales y frecuentes de adquirir á título singular.

Contrato, según lo define el art. 1,388 del Código Civil, es un convenio por el que dos ó más personas se trasfieren algún derecho ó contraen alguna obligación. <sup>1</sup>

Si se compara esta definición con la que daban las legislaciones Romana y Española, y con la que generalmente

<sup>1</sup> Art. 1,272, Código Civil de 1884.



KM 19

FONDO  
ABELARDO A. LEAL LEAL

La propiedad literaria pertenece al autor.—Queda hecho el depósito  
que proviene la ley.

---

LECCIONES  
DE  
**DERECHO CIVIL.**

---

LECCION PRIMERA.  
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

---

I  
Preliminares.

Siguiendo estrictamente el orden establecido por el Código Civil, consagramos nuestros estudios en el segundo volumen de esta obra á la distinción de los bienes y á algunos de los modos de adquirirlos por título singular. Preciso es que, siguiendo el mismo orden, consagremos este volumen al estudio de los contratos, que son los medios más usuales y frecuentes de adquirir á título singular.

Contrato, según lo define el art. 1,388 del Código Civil, es un convenio por el que dos ó más personas se trasfieren algún derecho ó contraen alguna obligación. <sup>1</sup>

Si se compara esta definición con la que daban las legislaciones Romana y Española, y con la que generalmente

---

<sup>1</sup> Art. 1,272, Código Civil de 1884.

dan los códigos europeos, se encontrará que el nuestro se separa de ellos; pero á la vez se hallará perfectamente justificada esa divergencia.

En efecto: basta tener presente que, según la teoría adoptada por nuestro Código, la propiedad se trasmite por el sólo hecho de celebrarse el contrato, independientemente de la tradición de la cosa, para convencerse de la necesidad de que la definición diera á comprender este efecto jurídico de contrato.

La definición que hemos dado de éste, nos obliga á saber qué cosa es convenio.

Convenio es, como lo define Ulpiano, el concurso de las voluntades de dos ó más personas sobre el mismo objeto. *Duorum vel plurium in idem placitum consensus.*<sup>1</sup>

Pero esta definición comprende el convenio en un sentido lato, y abraza aún á aquel que no produce obligación alguna, al cual no puede referirse aquella que la ley da del contrato; y para que se tome en un sentido extricto y verdaderamente jurídico, es preciso expresar, como lo hizo Ulpiano, que el consentimiento se otorga, *negotii contrahendi causa*, con el objeto de crear obligaciones, ó lo que es lo mismo, relaciones jurídicas.

En consecuencia, el contrato tiene por objeto crear una ó varias obligaciones, ó transferir algún derecho.

Es, por tanto, necesario saber qué cosa es obligación.

Esta es, según la definición dada por Justiniano, un vínculo del derecho por el cual contraemos el deber de dar alguna cosa á otra persona, ó de prestarle algún servicio.<sup>2</sup>

En otros términos: la obligación establece una relación legal entre dos personas, que comprende dos situaciones diferentes, la de la persona obligada, cuya libertad queda restringida, porque puede ser estrechada al cumplimiento del deber que se impuso; y la de la persona á cuyo favor se

<sup>1</sup> Ley 1.ª, pár. 2.º, tít. 14, lib. 2.º, D.

<sup>2</sup> Instituta, tít. 13, lib. 3.º

constituyó la obligación, que adquiere derecho para exigir el cumplimiento de ella.

De donde se infiere, que para la existencia de una obligación, son necesarias dos personas, una á cuyo favor se constituye ésta, y otra á cuyo cargo queda su cumplimiento. La primera se llama *acreedor*, y la segunda *deudor*,

Todos los autores hacen derivar las obligaciones:

1.º De los contratos:

2.º De los cuasi-contratos:

3.º De los delitos:

4.º De los cuasi-delitos ó delitos de culpa, como los llama nuestro Código Penal:

5.º De la ley.

Acerca de la distinción que hacen los autores sobre las fuentes de las obligaciones, tenemos que advertir:

1.º Que el Código Civil no establece ninguna regla relativamente á las obligaciones que nacen de los delitos intencionales ó de culpa, sino el Código Penal, cuyo libro segundo se ocupa de ellas, señalando la extensión y requisitos de la responsabilidad civil de los culpables, las reglas para computarla y hacerla efectiva, y los modos de su extinción.

En consecuencia no nos ocuparemos del estudio de las reglas que se refieren á las obligaciones provenientes de los delitos intencionales ó de culpa, por ser enteramente extrañas al objeto de estas lecciones.

2.º El Código Civil no define qué cosa es cuasi-contrato ni establece reglas en un título especial, para las obligaciones que se derivan de los cuasi-contratos sino que se ha limitado á consignar las relativas al pago indebido y á la gestión de negocios que son dos de las especies pertenecientes á aquellos, en el título 4.º del libro 3.º, relativo á la extensión de las obligaciones, y en el título 12 que se refiere al mandato.

En esta parte sólo se ha separado de los Códigos Euro-

peos en cuanto á la colocación de sus preceptos, á fin de extirpar una distinción aceptada por aquellos sólo en parte, que es meramente escolástica y de ninguna utilidad.

En efecto, los cuasi-contratos son los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero, y algunas veces una obligación recíproca de ambos, los cuales sería imposible enumerar, si debiera considerarse como perteneciente á ellos toda obligación que no debe su origen á los contratos ó á los delitos y, por lo mismo, han distinguido los juriconsultos entre las obligaciones que nacen de la ley y las producidas por un hecho lícito y voluntario.

Según esa distinción, sólo hay cuasi-contrato, cuando el acto lícito es el efecto de la voluntad, y no existe cuando la ley manda ó impone una obligación, porque presume con justicia que el hombre cede á la autoridad de ella, más bien que al impulso de su voluntad libre é independiente.

“Este es el mismo motivo, dice García Goyena, por el cual los códigos modernos han eliminado de los cuasi-contratos las obligaciones entre el tutor y el pupilo; entre el heredero; y los legatarios; cuyas obligaciones deben su origen á la autoridad de la ley, independientemente de su voluntad.”<sup>1</sup>

Nuestro Código ha adoptado esta justa teoría, y ha borrado por completo la distinción meramente escolástica entre las obligaciones provenientes de los contratos y las que deben su origen á los cuasi-contratos, que es de ningún resultado práctico; pues cualquiera que sea la fuente de donde procede una obligación, encuentra la protección de la ley desde el momento en que se comienza su existencia, pone á la persona obligada en el deber de cumplirla y otorga al acreedor derecho para exigir su cumplimiento,

Fundados los autores en los preceptos de la ley, han distinguido siempre los contratos en las especies siguientes:

<sup>1</sup> Concordancia, comentario al art. 1391.

- 1.<sup>a</sup> Unilaterales y bilaterales:
- 2.<sup>a</sup> Onerosos y gratuitos:
- 3.<sup>a</sup> Conmutativos y aleatorios:
- 4.<sup>a</sup> Nominados é innominados:
- 5.<sup>a</sup> Principales y accesorios:
- 6.<sup>a</sup> Reales y censuales:
- 7.<sup>a</sup> Solemnes y no solemnes.

El Código civil establece solamente la distinción de las dos primeras especies, aunque de hecho y por la naturaleza misma de los contratos existen las demás; y por lo mismo vamos á definir cada una de esas especies (art. 1389, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Es contrato unilateral aquel en que solamente una de las partes se obliga, y bilateral aquel en que resulta obligación para todos los contratantes (art. 1390, Cód. civ.)<sup>2</sup>

De esta definición se infiere, que el contrato bilateral ó sinalagmático, como se le llama por los juriconsultos, está caracterizado por el hecho de producir á la vez dos obligaciones principales y correlativas, de las cuales la una es la causa de la otra, que atribuyen á los contratantes el doble carácter de acreedor y deudor.

Por ejemplo: la compra-venta es un contrato bilateral, porque en virtud de él adquiere el comprador el carácter de acreedor de la cosa vendida y de deudor del precio; y el vendedor se constituye deudor de la cosa y acreedor de éste. O lo que es lo mismo, el comprador adquiere derecho para exigir la entrega de la cosa, y contrae obligación de pagar el precio de ella, á la vez que el vendedor adquiere derecho para exigir el pago de éste, y contrae obligación de entregar la cosa, objeto del contrato.

Por el contrario: el efecto del contrato unilateral, consiste en que uno solo de los contrayentes adquiera el carácter de acreedor y el otro el de deudor.

<sup>1</sup> Artículo 1273, Código civil, de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1274, Código civil de 1884.



Por ejemplo: el contrato de mútuo, en virtud del cual recibe uno de los contratantes una cantidad con obligación de restituirla á determinado plazo, y adquiere el carácter de deudor, mientras que la persona que le facilitó esa cantidad, adquiere el derecho de exigir el pago de ella al vencimiento del plazo, y por lo mismo es acreedor.

Esta distinción de los contratos, en unilaterales y bilaterales, es de grande utilidad práctica, porque determina efectos jurídicos importantes; por ejemplo, en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria, para el caso en que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación cuyo efecto no se produce en los contratos unilaterales (art. 1465, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Los autores han distinguido generalmente los contratos bilaterales en perfectos é imperfectos, diciendo que los primeros son aquellos en virtud de los cuales quedan obligados ambos contratantes, de manera que existen á la vez dos obligaciones actuales y principales, que son recíprocamente la una la causa de la otra; y los segundos, son aquellos en virtud de los cuales uno solo de los contratantes contrae una obligación actual y principal, y el otro queda sometido á una obligación eventual y subordinada al hecho de aquel que se ve en la necesidad de hacer desembolsos ó contrae responsabilidades con motivo de la ejecución ó cumplimiento del contrato.

Así, pues, los contratos bilaterales perfectos engendran á favor de ambos contratantes dos acciones principales, que se derivan directamente de la obligación, y tienen por objeto el cumplimiento de ellas, y son conocidas con el nombre de *directas*, y los bilaterales imperfectos producen solamente una acción principal y directa, que compete á la persona en cuyo favor se celebró el contrato, y sólo otorgan al otro contratante una acción eventual, conocida con el nombre de *contraria*, que tiene por objeto indemnizarle de los gastos

<sup>1</sup> Artículo 1349, Código civil de 1884.

que hubiere erogado ó libertarle de las obligaciones que hubiese contraído con motivo del cumplimiento ó ejecución del contrato.

Unos ejemplos harán más comprensible la teoría en que se funda esta subdivisión de los contratos bilaterales.

En los contratos de compra-venta y arrendamiento, por ejemplo, que son bilaterales perfectos, se producen á la vez, por efecto del consentimiento, dos obligaciones y dos acciones á favor de ambos contrayentes, en virtud de las cuales el vendedor y el arrendador tienen el deber de entregar al comprador y al arrendatario la cosa vendida ó arrendada y derecho para exigir de éstos el pago del precio ó de la merced convenidos, quienes á su vez están obligados á pagarlos, y tienen derecho para exigir la entrega de la cosa, objeto del contrato.

En los contratos de mandato ó de depósito, que son bilaterales imperfectos, sólo se produce una obligación que contraen el mandatario y el depositario, y una acción á favor del mandante ó del deponente, para estrechar á aquellos al cumplimiento de dicha obligación; pero si en virtud de la ejecución del mandato ó para la conservación de la cosa, objeto del depósito, tuvieren que erogar gastos ó contrajeran alguna responsabilidad pecuniaria, están obligados el mandante ó el deponente á reembolsarles las cantidades que hubieren gastado y á libertarles de las responsabilidades que hubieren contraído, á cuyo efecto concede la ley acción en su contra.

Esta subdivisión, no sancionada por la ley, ha sido calificada como meramente escolástica y de ninguna utilidad práctica, porque aunque es cierto que algunos de los contratos unilaterales pueden producir una obligación á cargo del contratante que no quedó al principio obligado, también lo es que tales contratos no tienen por objeto producir esa obligación; no es ella una condición necesaria de su existencia, sino eventual y secundaria, y ni aun cuando se produce

tiene el carácter de la principal, sino que es una consecuencia de ésta, único objeto del contrato.<sup>1</sup>

Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes (art. 1391. Cód. civ.)<sup>2</sup>

En otros términos, contrato oneroso es aquel que obliga á cada uno de los contratantes á dar ó hacer alguna cosa en provecho del otro, y contrato gratuito es aquel en virtud del cual uno de los contratantes procura alguna utilidad ó provecho al otro, sin que éste quede obligado á retribución de ninguna especie.

Por ejemplo: el mandato, el depósito, la fianza, el comodato, la donación, son contratos gratuitos, porque producen provecho ó utilidad para uno solo de los contratantes; pero la compra-venta, la sociedad, el arrendamiento, la transacción, etc., son onerosos, porque producen provecho y obligaciones recíprocos entre ambos contrayentes.

Esta distinción de los contratos, establecida por la ley, tiene suma importancia por los efectos jurídicos que produce relativamente á la responsabilidad civil de los contratantes: por ejemplo, la imputación de las faltas y de la responsabilidad civil que engendran, se hace con más severidad como después veremos, en los contratos gratuitos que en los onerosos.

Algunos autores distinguen una especie intermedia entre los contratos onerosos y gratuitos, que designan con el nombre de *contratos mixtos*, y son aquellos por los cuales se confiere un beneficio á uno de los contratantes, en cambio de una prestación de menos valor: por ejemplo, la donación hecha imponiéndole al donatario una carga pequeña,<sup>3</sup>

Pero prescindiendo de que tal distinción no encuentra apo-

<sup>1</sup> Laurent, tomo XV, núm. 435, Demolombe, tomo XXIV, núm. 22.

<sup>2</sup> Art. 1275, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Pothier, Des obligations, núm. 12; Toullier, Droit civil, tomo III, núm. 20; Lamoulière, tomo I, art. 1105, núm. 7; Gutiérrez Fernández, tomo IV, pág. 20.

yo alguno en el Código civil, creemos con Demolombe, que la especie de contrato á que nos referimos debe clasificarse entre los onerosos ó los gratuitos, según que predominen en ellos los caracteres de unos ú otros.<sup>1</sup>

La división de los contratos conmutativos y aleatorios es realmente una subdivisión de los onerosos, porque cada contratante se obliga á dar ó hacer alguna cosa que se estima como equivalente de lo que recibe ó del servicio que se le presta, sin que haya más diferencia que en el contrato conmutativo se fija desde luego por los interesados el equivalente de la cosa ó servicio que prestan, el cual no puede variar, y que en el aleatorio no se fija el equivalente: por ellos, sino que depende del azar.

Son contratos conmutativos aquellos en que cada una de las partes se obliga á dar ó hacer alguna cosa que se considera equivalente de la que hace ó da el otro contratante, Tales son, por ejemplo, la compra-venta, la sociedad, el arrendamiento etc.

Son contratos aleatorios aquellos en que el equivalente consiste, para cada uno de los contratantes, en eventualidades de ganancia ó pérdida, dependientes de un acontecimiento incierto.

Esta distinción se aplica en la práctica á efecto de determinar que contratos son rescindibles por causa de lesión, pues en los conmutativos procede la rescisión, bajo las condiciones que expondremos en su oportunidad, y en los aleatorios jamás tiene lugar.

Según los principios del derecho Romano, reproducidos por la ley 5.<sup>a</sup> título 6.<sup>o</sup>, Partida 5.<sup>a</sup>, los contratos se distinguían en nominados é innominados; cuya distinción se ha conservado, si no por el Código civil, sí por la práctica.

Se llama contrato nominado aquel que tiene un nombre especial, dado ó confirmado por el derecho, como el mútuo, el comodato, la compra-venta, la sociedad etc.

<sup>1</sup> Demolombe, bormo XXIV, núm. 25.

Se llama contrato innominado el que no tiene un nombre especial dado ó confirmado por el derecho.

Para comprender esta división de los contratos es preciso tener presente que, según el derecho Romano, no todas las convenciones estaban garantizadas, y que todas aquellas que no estaban elevadas á la categoría de contratos, se enumeraban entre los pactos. Pero si bien es cierto que el derecho civil no hacía obligatorios los pactos, no lo es menos, que no dejaba sin sanción el cumplimiento de la obligación resultante de un pacto; pues si uno de los interesados cumplía la obligación que había contraído, encontraba la protección del derecho civil.

De manera que, la convención era un pacto, mientras no se manifestaba por el cumplimiento de la obligación por uno de los interesados, pero desde el momento en que ésta tenía lugar, el pacto se convertía en un contrato, aunque innominado, porque el convenio á que debía su origen era un pacto, que no pertenecía á la clase de aquellos que había admitido el derecho civil de una manera regular, dándoles nombre y causa. <sup>1</sup>

Accariás dice, que "El contrato nominado es una transformación de un pacto sinalagmático que unido y desprovisto de acción primitivamente, se ha ejecutado por una de las partes, y en consecuencia se ha hecho obligatorio para la otra. En tanto que la convención no se ejecuta por ninguna de las dos partes, el derecho Romano, fiel á su principio, no la consagra porque el consentimiento, que no se traduce exteriormente por ninguna solemnidad ni algún hecho material perceptible, deja duda de su existencia. Pero cumplida la ejecución por una de las partes y aceptada por la otra, manifiesta con una energía suficiente su voluntad recíproca de contratar. Existe desde entonces una *causa obligatio-nis*. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Saint Etienne, Instit. tomo II. pág. 32 y 33.

<sup>2</sup> Théorie des contrats inuominés pág. 16.

Las condiciones necesarias para la existencia del contrato innominado eran, pues, las siguientes:

1.ª Que se hubiera hecho una prestación por uno de los interesados, consistente en la traslación de la propiedad ó en la ejecución de un hecho:

2.ª Que esta prestación fuera la ejecución de un convenio anterior ó concómitante, y que éste obligara al otro interesado á otra prestación recíproca que consistiera en dar ó hacer:

3.ª Que la convención por sí sola ó unida á la prestación, no constituyera un contrato nominado.

En una palabra: los contratos innominados se formaban por una prestación ó un hecho, que tendían á obtener en recompensa una prestación ó un hecho.

De aquí se derivan las cuatro categorías siguientes de contratos innominados, que provienen de otras tantas combinaciones de esas circunstancias:

1.ª *Do ut des*: doy para que des:

2.ª *Do ut facias*: doy para que hagas:

3.ª *Facio ut des*: hago para que des:

4.ª *Facio ut facias*: hago para que hagas:

Domat dice, refiriéndose á la distinción indicada:

"Entre las diferentes especies de convenciones, algunas son de un uso tan frecuente y tan conocido, que tienen un nombre propio: como la venta, el arrendamiento, el mútuo, el depósito, la sociedad y otras. Hay otras que no tienen nombre propio, como si una persona da á alguno, una cosa á vender en cierto precio, con la facultad de retener para sí el excedente que pueda obtener. Pero todas las convenciones, tengan ó no nombre, producen siempre su efecto, y obligan á lo que se ha convenido." <sup>1</sup>

Entre nosotros, aun bajo el imperio de la legislación antigua, no ha tenido valor de ninguna especie esta distinción, porque desde que fué promulgada la ley 1.ª, tít. 1.º li-

<sup>1</sup> Lois civiles, lib. I, núm. 7.

bro X de la Novísima Recopilación, quedó sancionado el principio según el cual son obligatorios todos los convenios que los hombres celebren, siempre que aparezca de algún modo su intención de obligarse.

El art. 1,392 del Código Civil ha sancionado el principio consignado en la ley 1.<sup>ª</sup> citada, y por lo mismo, podemos establecer, que los contratos nominados se rigen por las reglas especiales que les consagra la ley y por los principios comunes á todos los contratos; y que los llamados innominados se rigen por las cláusulas y condiciones que de común acuerdo se imponen los contratantes, y en su defecto, por las reglas comunes á todos los contratos, y por las de los nominados con las cuales tengan más analogía, por cuyo motivo el mismo Código no sanciona expresamente la distinción de que nos hemos ocupado. <sup>1</sup>

1 Art. 1,276, Código Civil de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fé, al uso ó á la ley.»

Explicando la razón de la reforma, dice el autor de las notas comparativas con el Código de 1870: «De este artículo se suprimió la declaración de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y sólo se declaró obligatorios los contratos legalmente celebrados. Este artículo se había tomado del Proyecto del Código Civil Español y copiado textualmente su art. 978. La ley única, tít. XVI, del Ordenamiento de Alcalá, (1.<sup>ª</sup>, tít. 1.<sup>º</sup>, lib. X, Nov. Rec.) separándose del derecho Romano, sancionó el principio de que todos los contratos son consensuales: «Pareciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algún contrato, ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción, que no fué hecha estipulación, que quiere decir, *prometimiento con cierta solemnidad de Derecho*, ó que fué hecho el contrato ó obligación entre ausentes, ó no fué hecho ante Escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno, que haría á otro, ó daría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.» Desde esta ley ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un gran interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que en consecuencia no son válidas si se otorgan en forma diferente (artículos 1,439, a: 1,279 y 1,323 del nuevo Código: 1,001, 1,002 y 1,220, Proyecto de Código Español). Desde el momento que se sanciona este proyecto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de

En otros términos: nuestro Código, á ejemplo de otras muchas legislaciones, no conserva esta división, porque ya no existe, como en tiempo de la Romana, la estrecha relación que existía entre la acción y el procedimiento que la hacía necesaria.

La división de los contratos en principales y accesorios tampoco está reconocida de una manera expresa por la ley, aunque la generalidad de los autores la estiman de importancia, porque en virtud de ella se deben apreciar las condiciones de validez del contrato principal de una manera absoluta, á diferencia de las del contrato accesorio que se deben estimar de una manera relativa, supuesto que tal con-

las formalidades externas. Si al mismo tiempo se sancionan ambos principios, como se hizo en el Código de 1870 y en el Proyecto de Código Español, inmediatamente aparecen la confusión y la duda. Goyena comentando el art. 973 del Proyecto Español, dice. «Sin embargo, debe tenerse presente la sección 6.<sup>ª</sup> del capítulo 2.<sup>º</sup> (que se ocupa de la forma ó solemnidad de los contratos): el solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligación; y los de la mencionada sección pueden muy bien llamarse *contratos escritos*». La necesidad de exigir forma determinada para ciertos contratos es indudable, y ha sido reconocida por los Códigos modernos, ya imponiendo la pena de nulidad al contrato otorgado en forma diferente, ya prohibiendo que puedan ser probados por medios diversos de los prescritos en la ley, como lo hace el Código de Napoleón, art. 1,341. Además, para la reforma de este artículo se tuvo presente que aunque abolida la antigua división de los contratos en consensuales y reales, ha subsistido siempre la declaración de que el contrato de prenda no puede surtir efecto alguno si la prenda no ha sido entregada y se conserva en poder del acreedor.»

A nuestro juicio no son satisfactorias las razones que motivaron la reforma á que se refiere esta nota, porque la exigencia de la ley para que se hagan constar ciertos y determinados contratos por escritura pública, sin cuyo requisito son nulos é ineficaces, no quiere decir que sea falsa la regla contenida en el art. 1,392 del Código de 1870, sino que esa regla sufre excepción en los casos que la misma ley determina.

Y lejos de que existiera contradicción entre ese precepto y los demás que establecían las excepciones, había en ellos la confirmación del primero, en virtud del principio que dice, que la excepción confirma la regla general. ®

Mucho menos satisface la razón tomada de la consideración de que, aunque ya no se distinguen los contratos en consensuales y reales, el contrato de prenda no puede surtir efecto si la prenda no ha sido entregada al acreedor; pues, como dice Laurent, la necesidad de la tradición en los contratos reales resulta de la naturaleza misma de las cosas, porque tales contratos imponen á uno de los contratantes la obligación de restituir la cosa que recibe, y para que pueda restituirla es preciso que se le entregue.

Esta razón y la que en el texto de la lección exponemos demuestra, que la que combatimos carece absolutamente de fundamento.

trato no se puede considerar aisladamente, sino en relación con el principal de cuya existencia depende.

Contrato principal es aquel que existe independientemente de cualquiera otro; como por ejemplo, la compra, el arrendamiento, el mútuo, el mandato, etc.

Contrato accesorio es aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación que engendra el contrato á que se une, y por tanto, no tiene una existencia propia; por ejemplo, la fianza y la hipoteca.

Algunos autores admiten esta distinción, diciendo que unos contratos son de *adquisición* y otros de *garantía*.

Siguiendo los principios del derecho Romano y de nuestra antigua legislación, han distinguido los autores los contratos en reales y consensuales.

Son contratos consensuales aquellos que se perfeccionan sólo por el consentimiento de los contrayentes; como por ejemplo, la compra, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, en los cuales quedan obligados aquellos, independientemente de la ejecución de sus respectivas obligaciones.

Son contratos reales aquellos, que además del consentimiento, exigen para su perfección la entrega de la cosa, objeto de la obligación. Tales son, por ejemplo, el comodato, el depósito, el mútuo y la prenda.

Esta distinción no ha sido adoptada por el Código Civil, según el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, independientemente de la tradición. (Artículos 1,392 y 1,552, Código Civil.)<sup>1</sup>

Esto es, todos los contratos son consensuales entre nosotros, y por lo mismo, no tiene ningún interés práctico la división á que nos referimos, tanto más cuanto que, como dice Laurent, la necesidad de la tradición en los contratos reales resulta de la naturaleza misma de las cosas; pues tales

<sup>1</sup> Artículos 1,276 y 1,436, Código Civil de 1884.

contratos imponen á uno de los contratantes la obligación de restituir la cosa que recibe, y para que pueda restituirla es preciso que la reciba.<sup>1</sup>

Pero de aquí no se infiere que sea ineficaz la obligación contraída por una persona de dar una cosa en comodato, por ejemplo, si no la entrega; pues si la falta de la tradición no permite que se consume el contrato y que tenga una existencia real, no impide que sea exigible el cumplimiento de aquella obligación.

Finalmente, los jurisconsultos modernos distinguen los contratos en solemnes y no solemnes, según que su eficacia está ó no subordinada á la observancia de ciertas formalidades, independientemente del consentimiento indispensable para la existencia de todo contrato.

Ya hemos dicho que, según el sistema adoptado por el Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y de aquí proviene que su validez no dependa de ninguna formalidad externa. Sin embargo, establece convenientes excepciones en ciertos contratos para mejor asegurar los derechos de los interesados.

Así, por ejemplo, en el contrato de compra-venta no exige ninguna formalidad especial, sino cuando recae sobre cosa inmueble, mandando que se haga constar en instrumento privado que los contratantes deben firmar por duplicado, con las estampillas correspondientes del Timbre, ante dos testigos, si el precio no excede de quinientos pesos; pero si pasa de esta cantidad, se debe hacer constar en escritura pública: la donación de bienes raíces sólo puede hacerse en escritura pública, sea cual fuese su valor: la sociedad debe hacerse constar en escritura pública, siempre que su objeto ó capital exceda de trescientos pesos. (Artículos 3,060, 3,061, 2,726, 2,357 y 2,358, Código Civil.)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tomo XV, número 445.

<sup>2</sup> Artículos 2,924, 2,925, 2,608, 2,225 y 2,226, Código Civil de 1884. El art. 2,726 del Código de 1870, que corresponde al tercero de estos preceptos, fué reformado en los términos y por las razones que en su oportunidad indicaremos.

En todos estos contratos es esencial el consentimiento supuesto que sin él, no hay contrato posible, pero no basta por sí sola para hacerlos eficaces, sino que además es necesario que revistan las formas y solemnidades extrínsecas establecidas por la ley, sin las cuales son nulos y de ningún valor y efecto.

Ya se deja entender la importancia de esta distinción, que se refiere nada menos que á la validez ó nulidad de los contratos, según que llenen ó no las condiciones extrínsecas impuestas por la ley.

También se distinguían antes, siguiendo los principios de la legislación Romana, los contratos de buena fe y de estricto derecho; y se llamaban con aquel nombre á todos aquellos en que el juez podía fallar según las reglas de la equidad y de la justicia las cuestiones que surgían entre las partes sobre puntos que no habían expresado. Tales contratos eran los bilaterales.

Se llamaban de estricto derecho aquellos en que la obligación de los contratantes no podía extenderse á más de lo que expresamente habían convenido ó de lo que las leyes prescribían.

Esta distinción no tiene ya aplicación ni utilidad alguna, porque, según el Código civil, todo los contratos son de buena fe, pues obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fe, al uso ó á la ley. (art. 1392.)<sup>1</sup>

Muchos autores, entre ellos Gutierrez Fernández y Viso, clasifican los contratos por los efectos que producen, reduciéndolos á las cuatro clases siguientes:<sup>2</sup>

1.º Traslaticos de la propiedad, como la compra, la per-

<sup>1</sup> Art. 1276, Código civil de 1884. Véase la nota 1.ª pág. 14.

<sup>2</sup> Códigos fundamentales, tomo IV, pág. 22; Lecciones elementales del Derecho civil, tomo III pág. 27.

muta, el mútuo, el censo, la renta vitalicia, la donación y la sociedad:

2.º Traslaticos de uso, como el arrendamiento y el comodato:

3.º Que tienen por objeto una garantía, como los seguros, la fianza, la prenda, y la hipoteca:

4.º Que tiene por objeto la prestación de servicios, como el mandato y el depósito.

Ya hemos dicho, refiriéndonos al artículo 1392 del Código civil, que en el sistema adoptado por éste se han proscrito las antiguas distinciones de los contratos en reales y consensuales, y de buena fe y de estricto derecho, y que en la actualidad todos se perfeccionan por el mero consentimiento y son de buena fe, porque obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fe, al uso ó á la ley.

La justicia de este sistema es evidente, porque nada es más conforme con ella, que el predominio de la buena fe en la ejecución de los contratos, que, como dice Démolombe, es el alma de las relaciones sociales.<sup>1</sup>

Por lo mismo, es deber de los tribunales cuando se suscita alguna duda sobre el cumplimiento de un contrato, interpretarlo conforme á la voluntad de los contratantes y á las indicaciones de la buena fe, esto es, de la equidad y la justicia, y á la naturaleza del mismo contrato, supliendo las omisiones de los contratantes por el uso ó por la ley: por ejemplo, si en el contrato de arrendamiento de una casa se omitió señalar los términos de pago de la renta, será exigible éste según el uso del lugar en que se encuentra la finca arrendada.

Los preceptos de la ley, fuera de las condiciones esenciales de los contratos, sólo tienen aplicación para suplir las omi-

<sup>1</sup> Tomo XXIV, núm. 393.

siones de los interesados, pues en ellos domina el principio que declara que la voluntad de los contrayentes en la suprema ley de los contratos.

Así, por ejemplo, la ley rige la sociedad, que proviene del matrimonio, á falta de convenio expreso entre el marido y la mujer, que tienen facultad para arreglar sus relaciones en cuanto á la administración de sus bienes, como les parezca, siempre que no ofendan á la moral y al orden público.

Los contratos subsisten y tienen fuerza obligatoria en virtud del consentimiento de los contratantes, y por lo mismo no producen efecto más que entre aquellos que otorgaron su consentimiento.

En esta consideración se funda el principio que dice: "*Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*," el cual, aunque con distintas palabras, ha sido sancionado por el artículo 1,393 del Código civil, que declara, que los contratos sólo obligan á las personas que los otorgan.<sup>1</sup>

De este principio se infiere que las obligaciones provenientes de los contratos producen efecto sólo respecto de los contratantes, y que no pueden perjudicar á terceras personas que no han tenido ninguna participación en ellos, por sí ó por medio de sus representantes.

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes; porque la ley, la buena fé y el interés público exigen que los convenios celebrados por los particulares se lleven á puro y debido efecto, lo cual no tendría lugar si dependiera de la voluntad de los contratantes cumplir ó no sus obligaciones (art. 1,394, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Concederles tal facultad sería tanto como destruir todo vínculo, sin el cual no puede existir obligación de ninguna especie, pues, como dice García Goyena, quedar y no quedar obligado, son cosas incompatibles.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 1277, Código civil de 1884.  
<sup>2</sup> Art. 1,278, Código civil de 1884.  
 Concordancias, tomo III, pág. 11.

Sin embargo, el principio que acabamos de establecer sufre excepción en los casos señalados por la ley, cuyo estudio haremos en su oportunidad.

Antiguamente se daba tal valor al juramento hecho en los contratos, que bastaba su infracción, para que el perjuro incurriera en la pérdida de todos sus bienes, (ley 2, tít. 6, lib. 12 de la Recopilación); y los jurisconsultos clamaban contra el precepto que tal valor le daba á un acto imposible de respetar por quien no es honrado, que sólo constituye un accesorio sin influencia alguna en el fondo de la obligación principal.

Entre nosotros se proscribió con mayor motivo el juramento, en virtud de la promulgación de las leyes llamadas de Reforma, elevadas á la categoría de Constitucionales por la ley de 25 de Setiembre de 1,873 y la orgánica de 14 de Diciembre de 1,874, cuyo artículo 21 declara, que en los casos en que el juramento producía efectos civiles, deja de producirlo la protesta que lo sustituye, aun cuando llegue á prestarse.

Por este motivo declara el artículo 1,397 del Código civil, que el juramento no produce ningún efecto legal en los contratos; y que jamás en virtud de él ni de la promesa que lo sustituya, podrá confirmarse una obligación si no hubiese otra causa legal que la funde.<sup>1</sup>

Todos los autores distinguen tres circunstancias en los contratos, que designan con los nombres de *esenciales, naturales y accidentales*

Son esenciales aquellas circunstancias, sin las cuales no puede existir ningún contrato, ó cuyo defecto muda la naturaleza del que intentó celebrarse. Por ejemplo: el contrato de compra-venta no puede existir sin que concurren el consentimiento y la capacidad de los contratantes, como en todos los contratos, y además, por su naturaleza propia es indispensable que haya cosa vendible y precio en dinero. Si falta

<sup>1</sup> Art. 1,281, Código civil de 1884.

alguna de estas cosas no habrá contrato; y si el precio no consiste en dinero, habrá permuta, pero no compra-venta.

Son naturales aquellas circunstancias que forman la naturaleza ordinaria del contrato, según la ley que se entienden implícitamente comprendidas en él aún cuando los contratantes no las hubieren expresado, y que puedan ser excluidas al arbitrio de ellos, sin que se invalide ó se transforme el contrato. Tal es por ejemplo la evicción, que constituye una circunstancia natural del contrato de compra-venta, á cargo del vendedor, pero que puede ser expresamente excluida sin que por tal hecho deje de existir el contrato.

Son accidentales aquellas circunstancias que, no siendo del contrato, ni estando incluidas en él por su naturaleza ordinaria, dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes. Por ejemplo, que el precio de la compra-venta se pague en plata ú oro, al contado ó á cierto plazo.

El artículo 1395 del Código civil, señala como circunstancias esenciales para la validez de los contratos, las siguientes, cuyo estudio haremos en el orden que aquel sigue: <sup>1</sup>

- 1.<sup>o</sup> Capacidad de los contrayentes:
- 2.<sup>o</sup> Mútuo consentimiento:
- 3.<sup>o</sup> Objeto lícito.

## II

### De la capacidad de los contrayentes.

La primera circunstancia esencial para la validez de los contratos es la capacidad de los contrayentes.

“Son hábiles para contratar, dice el artículo 1398 del Código civil, todas las personas no exceptuadas por la ley.”

<sup>1</sup> Artículo 1279. Código Civil de 1884.

De donde se infiere que, según ésta, la capacidad es la regla general, y la incapacidad es la excepción. <sup>1</sup>

De este mismo precepto se infiere también la presunción de la capacidad de los contratantes y la obligación del que alega la incapacidad de alguno de ellos de probarla competentemente.

El Código no señala cuales son las personas que por excepción son incapaces para contratar, porque ya lo ha hecho antes en diversos títulos al ocuparse del estado de las personas, declarando que tienen incapacidad:

- 1.<sup>o</sup> Los menores de edad:
- 2.<sup>o</sup> Los incapacitados, esto es, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos:
- 3.<sup>o</sup> Los pródigos declarados conforme á la ley:
- 4.<sup>o</sup> Las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley:
- 5.<sup>o</sup> Las personas á quienes ésta prohíbe intervenir en ciertos contratos.

La enumeración que acabamos de hacer, de las personas incapaces para contratar, demuestra que las incapacidades son de dos especies, generales y especiales.

Las primeras provienen de las leyes personales que afectan el estado general de las personas, de tal manera que se puede decir que son constitutivas de ese estado.

Las especiales, son prohibiciones más bien que incapacidades, porque se limitan á prohibir la intervención de ciertas personas en determinados contratos, sin modificar la capacidad que tienen para los demás actos de la vida civil.

Por ejemplo, el tutor no puede durante la tutela, comprar ó arrendar los bienes del menor, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, su mujer, hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad; y el menor emancipado no puede enajenar, gravar ó hipotecar sus bienes raíces, sin au-

<sup>1</sup> Art. 1282, Código civil de 1884.



alguna de estas cosas no habrá contrato; y si el precio no consiste en dinero, habrá permuta, pero no compra-venta.

Son naturales aquellas circunstancias que forman la naturaleza ordinaria del contrato, según la ley que se entienden implícitamente comprendidas en él aún cuando los contratantes no las hubieren expresado, y que puedan ser excluidas al arbitrio de ellos, sin que se invalide ó se transforme el contrato. Tal es por ejemplo la evicción, que constituye una circunstancia natural del contrato de compra-venta, á cargo del vendedor, pero que puede ser expresamente excluida sin que por tal hecho deje de existir el contrato.

Son accidentales aquellas circunstancias que, no siendo del contrato, ni estando incluidas en él por su naturaleza ordinaria, dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes. Por ejemplo, que el precio de la compra-venta se pague en plata ú oro, al contado ó á cierto plazo.

El artículo 1395 del Código civil, señala como circunstancias esenciales para la validez de los contratos, las siguientes, cuyo estudio haremos en el orden que aquel sigue: <sup>1</sup>

- 1.<sup>o</sup> Capacidad de los contrayentes:
- 2.<sup>o</sup> Mútuo consentimiento:
- 3.<sup>o</sup> Objeto lícito.

## II

### De la capacidad de los contrayentes.

La primera circunstancia esencial para la validez de los contratos es la capacidad de los contrayentes.

“Son hábiles para contratar, dice el artículo 1398 del Código civil, todas las personas no exceptuadas por la ley.”

<sup>1</sup> Artículo 1279. Código Civil de 1884.

De donde se infiere que, según ésta, la capacidad es la regla general, y la incapacidad es la excepción. <sup>1</sup>

De este mismo precepto se infiere también la presunción de la capacidad de los contratantes y la obligación del que alega la incapacidad de alguno de ellos de probarla competentemente.

El Código no señala cuales son las personas que por excepción son incapaces para contratar, porque ya lo ha hecho antes en diversos títulos al ocuparse del estado de las personas, declarando que tienen incapacidad:

- 1.<sup>o</sup> Los menores de edad:
- 2.<sup>o</sup> Los incapacitados, esto es, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos:
- 3.<sup>o</sup> Los pródigos declarados conforme á la ley:
- 4.<sup>o</sup> Las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley:
- 5.<sup>o</sup> Las personas á quienes ésta prohíbe intervenir en ciertos contratos.

La enumeración que acabamos de hacer, de las personas incapaces para contratar, demuestra que las incapacidades son de dos especies, generales y especiales.

Las primeras provienen de las leyes personales que afectan el estado general de las personas, de tal manera que se puede decir que son constitutivas de ese estado.

Las especiales, son prohibiciones más bien que incapacidades, porque se limitan á prohibir la intervención de ciertas personas en determinados contratos, sin modificar la capacidad que tienen para los demás actos de la vida civil.

Por ejemplo, el tutor no puede durante la tutela, comprar ó arrendar los bienes del menor, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, su mujer, hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad; y el menor emancipado no puede enajenar, gravar ó hipotecar sus bienes raíces, sin au-

<sup>1</sup> Art. 1282, Código civil de 1884.

torización del que le emancipó, y á falta de éste, de la del juez. (art. 616 y 692, frac. 2.ª, Cód. civ.)<sup>1</sup>

En el tomo primero de esta obra hemos expuesto cuáles son las causas y la extensión de las cuatro primeras especies de incapacidades, y se recordará que allí dijimos, que al reconocer la ley la de los menores y de las personas privadas de la inteligencia, tuvo por objeto protegerlas, garantizar los intereses de tercero y evitar la posibilidad de que los tribunales declaren la subsistencia y validez de actos perjudiciales á los incapacitados, por cuyo motivo declaró que tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad privados de la inteligencia aun cuando tengan intervalos lúcidos.<sup>2</sup>

Dijimos también, que la incapacidad de la mujer se funda en el respeto debido á la potestad del marido, el deber de obediencia que ella tiene hacia éste y el interés del matrimonio, que exige que el marido, como jefe de la familia, vele por el aumento y conservación de los bienes de ella.<sup>3</sup>

En cuanto á la extensión de las incapacidades á que nos nos referimos, la hemos expuesto en las lecciones 7.ª, artículo IV, y 16.ª, artículo V del tomo primero, que tratan de los efectos del matrimonio con relación á la mujer y del estado de interdicción, y por lo mismo, nos limitamos á remitir á nuestros lectores á dichas lecciones, á fin de evitar inútiles repeticiones.

Respecto de la quinta especie de incapacidades, ó lo que es lo mismo, de las incapacidades especiales, se refieren, como hemos dicho, á determinadas personas á quienes la ley prohíbe intervenir en ciertos contratos, sin modificar la capacidad que tienen para los demás actos de la vida civil; y entre ellas enumeran los autores á las personas morales, esto es, las asociaciones ó corporaciones temporales ó perpe-

1 Arts. 520 y 593. Véase las notas 1.ª pág. 322 y 1.ª pág. 433, tomo I.

2 Página 323.

3 Página 102.

tuas, fundadas con algún fin ó por algún motivo de utilidad pública ó de utilidad pública y particular juntamente, que en sus relaciones civiles representan una entidad jurídica. (Artículo 43, Código Civil.)<sup>1</sup>

En efecto: las personas morales pueden adquirir los derechos que son necesarios para su existencia, y contraer obligaciones; pero tienen incapacidad absoluta para adquirir y administrar bienes raíces, excepto los edificios destinados al servicio ú objeto de su instituto. (Art. 12 de la Constitución Federal, y 14 de la ley de 14 de Diciembre de 1,874.)

Las personas que tienen aptitud ó capacidad para contratar pueden hacerlo ya por sí mismas, ya por medio de otra, legalmente autorizada; esto es, con poder bastante, con las facultades que la ley requiere, según el negocio de que se trate, ó como representante legítimo de otro, como el tutor por el incapaz y el marido por la mujer, pues no es preciso que los contratantes otorguen personalmente su consentimiento. (Art. 1,399, Código Civil.)<sup>2</sup>

De la definición que la ley da del contrato, diciendo que es un convenio por el que dos ó más personas se transfieren algún derecho ó contraen alguna obligación, se infiere que se limita á los contrayentes, únicos que por la expresión de su voluntad, crean entre sí relaciones jurídicas; ó lo que es lo mismo, las obligaciones no pasan de las personas que las contraen, y por tanto, nadie puede contratar en nombre de otro, sin estar autorizado por él ó por la ley. (Art. 1,400, Código Civil.)<sup>3</sup>

Esta consecuencia nos conduce á otra igualmente cierta.

Los contratos celebrados á nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, no producen ningún efecto

1 Art. 38, Código Civil de 1884. Véase la nota 1.ª, pág. 48 del tomo 1.º

2 Art. 1,283, Código Civil de 1884.

3 Art. 1,284, Código Civil de 1884.

jurídico respecto de la persona en cuyo nombre se celebraron.

Es decir, que son nulos, á no ser que esta persona los ratifique antes de que se retracten por la otra parte, pues la ratificación ó la *ratihabición*, como se le llama en el tecnicismo del derecho, se equipara al mandato ó procuración, se retrotrae al tiempo en que se celebró el contrato y produce el mismo efecto, que si hubiera otorgado el consentimiento al celebrarse éste, (Art. 1,401, Código Civil.)<sup>1</sup>

Sin embargo; este efecto no se produce sino mediando las condiciones siguientes, cuya necesidad se deduce en parte del art. 1,401 del Código Civil, que establece la regla precedente:

1.º Que el acto de que se trate se haya ejecutado en nombre de la persona que lo confirma, porque no puede ratificar lo que se ha hecho en nombre de un tercero:

2.º Que la ratificación tenga lugar dentro del tiempo en que pudo retractarse el otro contrayente, esto es, antes de la retractación de éste; pues de otra manera no produciría efecto alguno, porque no tendría materia sobre que recaer:

3.º Que la ley no exija el mandato formalmente para el acto ó contrato de que se trata, porque en tal caso la *ratihabición* no se equipara al mandato.

El fundamento de esta última condición es perfectamente comprensible, pues todo lo que pertenece á la solemnidad del contrato es indivisible é inseparable de él.

1 Leyes 10, tít. 31, Part. 7.ª y 48, tít. 5, Part. 5.ª, y art. 1285, Código Civil de 1884.

Este precepto reformó á su concordante del Código de 1870, en los términos siguientes:

“Los contratos celebrados á nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos. á no ser que la persona á cuyo nombre fueren celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.”

Esta reforma se funda en la consideración de que, siendo la ratificación el verdadero contrato, debe revestir la forma que la ley exige para éste, á fin de probar su existencia y garantizar su validez.

### III

#### Del consentimiento mutuo.

El contrato es, según lo define la ley, un convenio, el cual se forma por el consentimiento. ó lo que es lo mismo, por el concurso de las voluntades de dos ó más personas sobre el mismo objeto, para crear relaciones jurídicas.

Escriche define el consentimiento, diciendo que es la adhesión de uno á la voluntad de otro, ó el concurso mútuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento.<sup>1</sup>

Estas definiciones nos demuestran que el convenio y el consentimiento son una misma cosa, porque los dos se forman por el concurso de las voluntades.

Para que haya consentimiento, jurídicamente hablando, es precisa la concurrencia de dos elementos esenciales; el ofrecimiento ó proposición de una parte, y la aceptación de la otra, cualquiera que sea la naturaleza del contrato; y que una y otra sean congruentes en todas sus partes, de manera que estén unidas por la más exacta conformidad en cuanto á la persona, las cosas y la naturaleza y modalidades del contrato que se intenta celebrar.

Es precisa la conformidad, entre el ofrecimiento y la aceptación en cuanto á las personas para que haya consentimiento, porque no existiría éste si aquel no fuera aceptado por todos aquellos individuos á quienes se hizo, y respecto de los que lo hicieron, Por ejemplo, si se hace un ofrecimiento á dos personas y una de ellas no la acepta, es evidente que no produce el contrato ninguna obligación á cargo de esta persona.

1 Diccionario de Legislación, verbo. *Consentimiento*.

jurídico respecto de la persona en cuyo nombre se celebraron.

Es decir, que son nulos, á no ser que esta persona los ratifique antes de que se retracten por la otra parte, pues la ratificación ó la *ratihabición*, como se le llama en el tecnicismo del derecho, se equipara al mandato ó procuración, se retrotrae al tiempo en que se celebró el contrato y produce el mismo efecto, que si hubiera otorgado el consentimiento al celebrarse éste, (Art. 1,401, Código Civil.)<sup>1</sup>

Sin embargo; este efecto no se produce sino mediando las condiciones siguientes, cuya necesidad se deduce en parte del art. 1,401 del Código Civil, que establece la regla precedente:

1.º Que el acto de que se trate se haya ejecutado en nombre de la persona que lo confirma, porque no puede ratificar lo que se ha hecho en nombre de un tercero:

2.º Que la ratificación tenga lugar dentro del tiempo en que pudo retractarse el otro contrayente, esto es, antes de la retractación de éste; pues de otra manera no produciría efecto alguno, porque no tendría materia sobre que recaer:

3.º Que la ley no exija el mandato formalmente para el acto ó contrato de que se trata, porque en tal caso la *ratihabición* no se equipara al mandato.

El fundamento de esta última condición es perfectamente comprensible, pues todo lo que pertenece á la solemnidad del contrato es indivisible é inseparable de él.

1 Leyes 10, tít. 31, Part. 7.ª y 48, tít. 5, Part. 5.ª, y art. 1285, Código Civil de 1884.

Este precepto reformó á su concordante del Código de 1870, en los términos siguientes:

“Los contratos celebrados á nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos. á no ser que la persona á cuyo nombre fueren celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.”

Esta reforma se funda en la consideración de que, siendo la ratificación el verdadero contrato, debe revestir la forma que la ley exige para éste, á fin de probar su existencia y garantizar su validez.

### III

#### Del consentimiento mutuo.

El contrato es, según lo define la ley, un convenio, el cual se forma por el consentimiento. ó lo que es lo mismo, por el concurso de las voluntades de dos ó más personas sobre el mismo objeto, para crear relaciones jurídicas.

Escriche define el consentimiento, diciendo que es la adhesión de uno á la voluntad de otro, ó el concurso mútuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento.<sup>1</sup>

Estas definiciones nos demuestran que el convenio y el consentimiento son una misma cosa, porque los dos se forman por el concurso de las voluntades.

Para que haya consentimiento, jurídicamente hablando, es precisa la concurrencia de dos elementos esenciales; el ofrecimiento ó proposición de una parte, y la aceptación de la otra, cualquiera que sea la naturaleza del contrato; y que una y otra sean congruentes en todas sus partes, de manera que estén unidas por la más exacta conformidad en cuanto á la persona, las cosas y la naturaleza y modalidades del contrato que se intenta celebrar.

Es precisa la conformidad, entre el ofrecimiento y la aceptación en cuanto á las personas para que haya consentimiento, porque no existiría éste si aquel no fuera aceptado por todos aquellos individuos á quienes se hizo, y respecto de los que lo hicieron, Por ejemplo, si se hace un ofrecimiento á dos personas y una de ellas no la acepta, es evidente que no produce el contrato ninguna obligación á cargo de esta persona.

1 Diccionario de Legislación, verbo. *Consentimiento*.

Por la misma razón, debe haber conformidad entre el ofrecimiento y la aceptación respecto de las cosas y de la naturaleza del contrato y sus modalidades, pues sin ellas no puede existir éste. Por ejemplo; si una persona ofrece en venta una finca ubicada en México, y la otra acepta por un equívoco la de otra finca situada en Morelia, no hay ni puede haber consentimiento ni obligación de ninguna especie.

De la misma manera, si una persona ofrece en arrendamiento una finca y la otra la acepta en venta; si la ofrece exigiendo el pago de contado y sin condición alguna, y la otra la acepta de una manera condicional ó para pagar el precio á plazo, no hay el concurso, la adhesión de las voluntades de los interesados, y por lo mismo, no hay contrato.

Lo expuesto nos demuestra la diferencia esencial que existe entre el contrato y la propuesta, llamada también *policiación* en el tecnicismo del derecho; pues aquel supone necesariamente el convenio entre dos ó más personas, el ofrecimiento de una parte y la aceptación de la otra, y la policiación consiste en el ofrecimiento hecho por uno de los interesados que aun no está aceptado por el otro y que no produce obligación.

Esta distinción perfectamente lógica y justa sirve de fundamento para determinar los efectos jurídicos de la propuesta, cuyo estudio vamos á hacer.

Por regla general, la manifestación del consentimiento de los que contratan no está sujeta á ninguna forma especial, pero sí debe expresarse claramente, de manera que no deje duda alguna de su existencia. (Art. 1,402, Código Civil.)<sup>1</sup>

Pero debe hacerse de palabra, por escrito ó por hechos por los que necesariamente se presume, y sólo el que tenga imposibilidad física para hablar ó escribir, puede expresar su consentimiento por otros signos indubitables. (Artículos 1,403 y 1,404, Código Civil.)<sup>2</sup>

1 Art. 1,286, Código Civil de 1884.

2 Art. 1,287, Código Civil de 1884. Se suprimió el precepto contenido en el artí-

Es decir, que el consentimiento puede ser *expreso* ó *tácito*.

Es expreso, cuando la manifestación del consentimiento se hace de palabra, por escrito ó por otros signos indubitables,

Es tácito, cuando la manifestación del consentimiento resulta de hechos que lo hacen presumir. Por ejemplo; si una persona encomienda á otra el desempeño de una comisión, y ésta, sin manifestar de una manera expresa su conformidad desempeña tal comisión.

Hechas estas explicaciones, podemos establecer que se forma el consentimiento, y por tanto, que se perfecciona el contrato, luego que la propuesta es aceptada, excepto en aquellos casos en que la ley exige alguna formalidad, como en la venta de inmuebles cuyo valor excede de quinientos pesos, que debe hacerse constar en escritura pública. (Artículo 1,405, Código Civil.)<sup>1</sup>

La ley distingue la propuesta que se hace entre presentes y aquella que tiene lugar entre ausentes, estableciendo como regla general que rige uno y otro caso, el precepto que impone la obligación al proponente de mantener su propuesta mientras no reciba contestación de la otra parte, en los términos que vamos á indicar, siendo de su responsabilidad los daños y perjuicios que puedan resultar en caso de que se retracte. (Art. 1,409, Código Civil.)<sup>2</sup>

El sistema adoptado sobre este punto por el Código Civil, se funda en las siguientes razones, que tomamos de la Exposición de motivos:

“¿El que hace una propuesta está obligado á sostenerla mientras no reciba contestación en la que rehuse el otro contratante, ó puede revocarla libremente, mientras no reciba contestación? La comisión reconoce el principio de que mientras no haya conformidad de las partes acerca de un

Artículo 1,403 del Código de 1870, por haber sido estimado como redundante ó innecesario.

1 Art. 1,288, Código Civil de 1884.

2 Art. 1,292, Código Civil de 1884.

mismo objeto, no hay contrato; pero esta conformidad, tan fácil de comprobarse cuando el negocio se trata entre presentes, no lo es cuando se trata entre ausentes; y aun entre presentes, cuando el negocio para ser aceptado, necesita meditación y detenimiento. Luego que se hace una propuesta, parece que existe, si no obligación, por lo menos un principio de ella; pues que el requerido puede desde luego hacer preparativos para la entrega de la cosa ó del precio, y contraer acaso compromisos para estar en aptitud de cumplir por su parte. La retractación intempestiva del proponente originaría graves perjuicios y podría en muchos casos ser fraudulenta y motivada por el sólo deseo de obtener una garantía mayor, sin respeto alguno á la obligación contraída.

Este sistema tiene además la ventaja de alejarnos de las intrincadas cuestiones á que da lugar el adoptado por otros códigos, según el cual puede retirarse la propuesta en cualquier tiempo mientras no haya sido aceptada; porque no pudiendo retirar su propuesta el proponente durante los plazos que señala el Código Civil, queda obligado hasta que estos fenecen á mantenerla, y su obligación se trasmite á sus herederos, si por desgracia muere.

De manera, que la simple propuesta engendra una obligación á cargo del proponente, que subsiste hasta que el otro interesado rehusa, ó durante los plazos que la ley establece; cuya obligación es transmisible en los mismos términos á sus herederos.

Como dijimos ya, el Código distingue si la propuesta se hace entre presentes ó entre ausentes, estableciendo distintas reglas que rigen uno y otro caso.

Si los contratantes están presentes la aceptación se debe hacer en el mismo acto de la propuesta, á no ser que mediere convenio expreso en contrario. (Art. 1,406, Código Civil.)<sup>1</sup>

Si los contratantes están ausentes, se debe hacer la acep-

<sup>1</sup> Art. 1,289, Código Civil de 1884.

tación dentro del plazo fijado por el proponente; y si éste no hubiere señalado alguno, se considera no aceptada la propuesta, si no responde la otra parte dentro de tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, ó del que se juzgue bastante, no habiendo éste según las distancias y la facilidad ó dificultad de las comunicaciones. (Artículos 1,407 y 1,408. Código Civil.)<sup>1</sup>

Creemos, sin embargo, que las reglas que acabamos de establecer con relación al segundo caso, es decir, á la propuesta entre ausentes, puede sufrir excepción y retirarse la propuesta por el que la hace, siempre que no haya llegado á noticia de aquel á quien se dirige. Por ejemplo; si un comerciante radicado en México, dirige por el correo una propuesta á otro radicado en Guadalajara; y antes de que llegue á su destino la retira por medio de un mensaje telegráfico, no habrá contraído obligación alguna, y por tanto no habrá materia sobre que recaiga la aceptación.

La obligación que tiene el proponente de mantener la propuesta, subsiste solamente cuando la aceptación es lisa y llana; pues si importa modificación de aquella, se considera como una nueva proposición, y queda libre del proponente respecto de la nueva propuesta, conforme á las reglas establecidas y á la que acabamos de enunciar. (arts. 1410 y 1411, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

La razón de esta regla es perfectamente perceptible y justa, pues si el consentimiento es el concurso de las voluntades de dos ó más personas sobre el mismo objeto para crear relaciones jurídicas, y si para que exista, es esencial que la propuesta y la aceptación sean congruentes y estén unidas por la más exacta conformidad en cuanto á las personas, las cosas y la naturaleza y modalidades del contrato; es evidente que no hay consentimiento cuando la aceptación no es lisa y llana, porque no llena estas condiciones.

<sup>1</sup> Artículos 1,290 y 1,291, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,293 y 1,294, Código Civil de 1884.

Aunque ya lo hemos indicado, no es fuera de propósito repetir, que la obligación que la ley impone al proponente de mantener su propuesta es trasmisible á sus herederos de tal manera que, si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedan obligados á sostener el contrato. (art. 1412, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Esta obligación es consecuencia del principio general de derecho, según el cual los herederos se estiman como sucesores de todos los derechos y obligaciones del testador y formando una misma persona con él, por cuyo motivo se dice, que el que celebra un contrato no sólo contrae una obligación personal, sino que obliga también á sus herederos.

Pero no basta que el consentimiento se otorgue en los términos que señalan las reglas que dejamos establecidas para que exista el contrato, sino que es además necesario que esté exento de todo vicio, esto es, de aquellas circunstancias que, si bien es cierto que no destruyen enteramente la voluntad, si la hacen imperfecta é ineficaz para producir una obligación exigible.

Tales vicios son *el error, el dolo y la violencia*, que aunque permiten de hecho la existencia del contrato, lo hacen anulable en los términos que vamos á indicar.

Pero antes conviene advertir, que aunque el Código Civil coloca en la misma categoría los vicios indicados, tal asimilación no es perfectamente exacta; porque á pesar de que el dolo y la violencia vician el consentimiento, no impiden que existan de hecho, mientras que el error puede ser tal que lo excluya de una manera absoluta.

Este principio ha alcanzado el rango de axioma y mereció la sanción de la ley desde los tiempos remotos de la legislación Romana. *Non videtur qui errant, consentire.*<sup>2</sup>

Según ese principio, no debería reputarse como existente el contrato que es el resultado del error; pero la necesidad

<sup>1</sup> Artículo 1,245, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Ley, 116, tít. 1, lib. 45.

de precisar las circunstancias en que éste es la causa determinante del contrato, lo cual suscitaría graves dificultades, ha dado lugar á que el error se considere simplemente como una causa de nulidad, á ejemplo del dolo y la violencia.

Sin embargo, creemos que esta asimilación no puede tener lugar en aquellos casos en que el error impide de una manera absoluta y evidente el consentimiento: por ejemplo; si una persona ofrece en venta una finca ubicada en una ciudad, y el comprador acepta erróneamente la de otra finca situada en otra población.

El error es, según lo define Savigny, la falsa noción que tenemos de una cosa, ó el estado intelectual en que la idea de la realidad está oscurecida por una falsa: y se distingue en *error de hecho y error de derecho*.

El error es distinto de la ignorancia, porque ésta consiste en la falta absoluta del conocimiento de las cosas; y sin embargo, en derecho y por los autores, se confunde con el error, atribuyéndole los mismos efectos.

El error de derecho es el que recae sobre los preceptos de la ley, y el error de hecho es la falsa creencia de que una cosa ha sucedido ó no, cuando realmente es lo contrario.

De estas dos especies de error, el segundo anula el contrato, y hace que se estime como si no hubiere existido. Por ejemplo: cuando por error de hecho paga alguno lo que realmente no debe, puede recobrarlo en los términos que establece la ley (art. 1,659, Cód. civ.)<sup>1</sup>

En cuanto al error de derecho, no produce tal efecto, porque la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, y á nadie aprovecha, según lo declara expresamente el artículo 21 del Código civil, y por lo mismo, no debe servir tampoco para libertar del cumplimiento de un contrato; tanto más cuanto que, si pudiera ser el motivo de la nulidad de las

<sup>1</sup> Artículo 1,545, Código civil, de 1,884

obligaciones, se convertiría en una fuente fecunda é inagotable de laboriosas contiendas judiciales.<sup>1</sup>

La jurisprudencia de los tribunales ha sancionado el mismo principio, estableciendo que el contratante que por ignorancia de las leyes sufre algún perjuicio, debe imputárselo á sí mismo, porque ella no favorece ni aprovecha á nadie.

Pero no todo error de hecho vicia el consentimiento, sino el que recae sobre la causa ú objeto del contrato; esto es, sobre la causa, el objeto, la persona ó la naturaleza de la obligación, y no el que recae sobre circunstancias accidentales.

Conviene advertir que la causa á que nos referimos, no es aquella que, si bien ha podido ejercer influencia en el ánimo de uno de los contratantes, no es esencial, porque afecta solamente al interés que éste tuvo en consideración, pero no las condiciones intrínsecas del contrato.

En otros términos: el error que recae sobre los motivos de interés ó de conveniencia que hayan podido impulsar á uno ó ambos contrayentes á celebrar el contrato, y que concurren de una manera accesoria á determinar su voluntad, no vician el consentimiento; porque no hay razón para presumir que los contratantes hayan querido subordinar su voluntad á la certeza de esos motivos como una condición esencial para la validez de su consentimiento.

Por ejemplo: si un individuo hace una donación á otro creyendo que es la persona de quien ha recibido un servicio, el contrato es válido aunque no exista tal circunstancia y haya incurrido el donante en un error.

Si otro individuo creyendo falsamente que le han robado su caballo compra otro para reemplazarlo, y después resulta probada la falsedad que motivó tal creencia, la compra del segundo caballo es perfectamente válida.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 22. Código civil. de 1.884.

<sup>2</sup> Duranton, tomo X, No. 110; Toullier, tomo VI, No. 39.

Sin embargo; la regla que acabamos de establecer sufre excepción y se produce la nulidad del contrato, cuando el error recae sobre el motivo que indujo á los contrayentes á celebrarlo, teniendo en consideración una falsa causa; como si creyéndose una persona deudora de cierta cantidad á otra, conviene con el pretendido acreedor la manera de pagarle y se descubriere después que no existía tal deuda.<sup>1</sup>

De aquí proviene la distinción que hacen los jurisconsultos modernos entre el error que recae sobre el motivo ó causa impulsiva y el que recae sobre la causa del contrato, por la cual entienden aquella que, si hubiera existido, habría obligado jurídicamente á los contratantes; y han establecido que el primero no vicia el consentimiento, y que el segundo produce tal efecto, y por tanto, la nulidad de la obligación.

El error sobre el objeto del contrato produce también la nulidad de éste, ya sea que recaiga sobre el objeto mismo, como si uno compra un campo creyendo comprar otro; ya sobre la materia ó sustancia de la cosa, como si una persona compra un objeto de cobre creyéndolo de oro.<sup>2</sup>

Los autores distinguen el error sobre la cosa ú objeto del contrato en sustancial y accidental, estableciendo que el primero produce solamente la nulidad del consentimiento; y llaman sustancial al que recae sobre la identidad de la cosa ó sobre las cualidades sustanciales de ella.

La sustancia, dice Demolombe, consiste en la cualidad principal y característica que la individualiza, la hace propia para determinado uso, de la cual toma el nombre que la distingue de las demás, y se designa por un sustantivo, ó por una reunión de palabras empleadas substantivamente, como un candelabro de plata, un caballo árabe etc., y cuya ausencia la desnaturaliza y la convierte en una cosa distinta de aquella que han tenido en consideración los contratantes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ley 7. par. 4. tít. 14. lib. 2. D.

<sup>2</sup> Leyes 9. título 1, libro 18, D. y 20 y 21, título 5.º, Partida 5.ª.

<sup>3</sup> Tomo XXIV, No. 89.



Las cualidades accidentales, por el contrario, son aquellas que pueden aumentar ó disminuir la bondad de la cosa, pero sin desnaturalizarla convirtiéndola en otra, y que se les designa por medio de un adjetivo. Por ejemplo: la ley de la plata de que está formado el objeto del contrato podrá ser más ó menos baja, ó el caballo árabe ser más ó menos ligero, sin que tales circunstancias puedan ser causa de nulidad de la obligación; porque el objeto de plata y la raza del caballo, condiciones esenciales del contrato, que han tenido en consideración los contratantes, están satisfechas. <sup>1</sup>

Este mismo principio se hallaba establecido por la legislación de las Partidas, cuyos preceptos declaran que el error en el nombre de la cosa y el que recae sobre su calidad, siempre que no haya vicio oculto, no produce la nulidad del contrato. <sup>2</sup>

En cuanto al error sobre la persona, no inválida, por regla general, el contrato. Sin embargo, puede convertirse en una causa de nulidad, cuando se celebra éste teniendo en consideración la persona como causa principal de la obligación.

Para determinar si el error sobre la persona anula ó no el consentimiento, distinguen los autores los contratos gratuitos, los onerosos que consisten en hacer y los demás onerosos.

Según esta distinción, en los contratos gratuitos es causa principal del consentimiento la consideración de las personas á quienes se intenta favorecer; y por lo mismo, el error que recae sobre ellas, esto es, sobre su identidad, impide el consentimiento y produce necesariamente la nulidad de la obligación.

En los contratos que producen la obligación de hacer, se

<sup>1</sup> Vernet, Textes choisis sur la théorie des obligations en droit Romain, pag. 230 y 231.

<sup>2</sup> Leyes 21 y 63 y siguientes, tít. 5, Part. 5ª

presume con justicia que la consideración de la persona es la causa esencial del consentimiento, cuando aparece de las circunstancias que han mediado, que la voluntad de uno de los contratantes ha sido contratar con un artista ó un artesano hábil para una obra de arte, y que se ha engañado respecto de la persona.

Respecto de los demás contratos onerosos, como la venta, la permuta, etc., no se presume nunca esencial la consideración de la persona, y el error que recae sobre ella no produce la nulidad de la obligación, á no ser que se pruebe que el contratante manifestó expresamente su intención de contratar sólo con determinada persona, y no con otra.

Sin embargo, hay que advertir, que la nulidad proveniente del error sobre la persona no es absoluta; esto es, que no puede oponerla indistintamente cualquiera de los contratantes, sino sólo aquel que incurrió en el error.

El que recae sobre la naturaleza de la obligación produce la nulidad, porque la diversa manera de considerarse el título por los contrayentes, impide el concurso de sus voluntades acerca de los efectos que desean producir por la celebración del contrato; esto es, impide el consentimiento, y por consiguiente, la existencia de la obligación.

Por ejemplo; si una persona vende una cosa á otra, y ésta entiende que se la dona ó se la arrienda: no hay venta, ni donación ó arrendamiento; porque los contratantes han querido dos cosas distintas, y sus voluntades no han concurrido sobre el mismo objeto, y en consecuencia, no hay consentimiento. <sup>®</sup>

Los principios que hemos establecido han encontrado sanción en los preceptos del Código Civil, que señala los casos siguientes en que el error produce la nulidad de los contratos.

Es nulo el contrato por error, dice el art. 1.413 del Código Civil. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 1,296, Código Civil de 1884. Reformado en los términos siguientes:

1.º Si el error es común á ambos contratantes, sea cual fuere la causa de que proceda:

2.º Si el error recae sobre el motivo ú objeto del contrato, declarando el engañado, ó probándose por las circunstancias de la misma obligación, igualmente conocidas de la otra parte, que en el falso supuesto que motivó el contrato, y no por otra causa, se celebró éste:

3.º Si el error procede de dolo ó mala fé de uno de los contrayentes:

4.º Si el error procede de dolo de un tercero, que puede tener interés en el contrato; en cuyo caso los contrayentes tienen también acción contra el tercero.

El Código equipara en el precepto á que aludimos el error y el dolo, porque éste hace incurrir en aquel, y produce necesariamente el vicio capital del consentimiento que anula el contrato.

Sin embargo, distinguen el error debido á la torpeza ó ignorancia de los contrayentes y el que debe su origen al dolo, atribuyéndoles efectos jurídicos distintos.

En efecto, según el Código, el error que no debe su origen al dolo y que es común á ambos contrayentes, así como aquel en que incurre uno de ellos, si recae sobre el motivo ú objeto del contrato, producen la nulidad de éste; pero si procede de dolo ó mala fé, no produce tal efecto, sino cuando es el resultado de las maniobras de uno de los contrayentes ó de un tercero que tenga interés en el contrato.

«El error de derecho no anula el contrato. El error material de aritmética sólo da lugar á su reparación. El error de hecho anula el contrato:

I. Si es común á ambos contrayentes sea cual fuere la causa de que proceda.

II. Si recae sobre el motivo ú objeto del contrato, declarándose en el acto de la celebración ó probándose por las circunstancias de la misma obligación, que en el falso supuesto que motivó el contrato, y no por otra causa se celebró el contrato:

III. Si procede de dolo ó mala fé de uno de los contrayentes:

IV. Si procede de dolo de un tercero que pueda tener interés en el contrato. En este caso, los contrayentes tienen también acción contra el tercero.»

La adición que contiene el precepto reformado fué tomada del Proyecto de Código Español, y la reforma fué hecha á fin de darle claridad y precisión y no dejar al arbitrio de cualquiera de los contrayentes anular el contrato por su sola declaración.

En otros términos: el error de uno de los contrayentes sobre el motivo ú objeto del contrato, y el que es común á ambos, produce la nulidad del contrato, cualquiera que sea la causa ó la persona á que deba su origen, y el que proviene de dolo produce solamente tal efecto, cuando procede de uno de los contrayentes ó de un tercero interesado en el contrato.

Se entiende por dolo en los contratos, dice el artículo 1,414 del Código Civil, cualquiera sugestión ó artificio que se emplea para inducir á error ó mantener en él á alguno de los contrayentes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contrayentes, una vez conocido. <sup>1</sup>

Se ve por las definiciones que anteceden, que la mala fe se equipara al dolo; y por lo mismo, cuanto digamos respecto de éste, es perfectamente aplicable con relación á aquella.

Todos los jurisconsultos, desde la época de la legislación Romana, han distinguido el dolo en *principal* y *accidental*, diciendo que aquél es el que dá causa al contrato y sin el cual no se habría celebrado; y que el segundo, llamado también *incidente*, es aquel por el cual ha otorgado su consentimiento uno de los contrayentes bajo condiciones desventajosas.

Esta distinción no es ociosa ni meramente escolástica, sino que tiene una aplicación práctica y produce efectos jurídicos; pues si bien es cierto que el dolo principal y el incidente son opuestos al consentimiento, el primero anula el contrato, y el segundo sólo produce acción para pedir indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el contratante que otorgó su consentimiento inducido por él.

Las leyes del derecho Romano nos suministran ejemplos de los efectos de esta distinción; pero la ley 57, título 5.º, Partida 5.ª, nos ofrece uno más claro y perceptible. Yo tengo, dice, una heredad, sita en distinto lugar de mi domici-

<sup>1</sup> Artículo 1,297, Código Civil de 1884.

lio; nunca la he visto ni sé lo que vale, ni tengo voluntad de venderla. "Si otro alguno me moviese razones engañosas, de manera que gela oviessse de vender, tal vendida como ésta non vale. Mas si yo tuviese voluntad de venderla, y el comprador me engañase, encubriendo alguna de las cosas pertenecientes á la heredad..... etc., vale la vendida, porque el vendedor ovo voluntad de lo facer; pero el comprador es tenuto de enmendarle el engaño que fizo." <sup>1</sup>

Reasumiendo lo expuesto, podemos establecer que el dolo principal es aquel que hace nacer en uno de los contratantes la idea de celebrar un contrato, en el cual no pensaba; y el incidente es el que se ejerce á fin de modificar de una manera desventajosa las condiciones del contrato, con perjuicio del contrayente, que había manifestado su voluntad de contratar. <sup>2</sup>

De lo expuesto, se infiere que el dolo vicia el consentimiento y anula el contrato en que interviene, porque produce el error; pero de ésto no puede deducirse que el dolo y el error sean una misma cosa, pues éste es causa de nulidad de los contratos, en los casos marcados por la ley limitativamente, cuando es común á ambos contrayentes, cualquiera que sea la causa de que proceda, ó cuando uno solo de aquellos incurre en él, si recae sobre el motivo ú objeto del contrato.

Por el contrario, el error que es efecto del dolo, produce la nulidad cuando dá causa ú origen al contrato, recae sobre los motivos ó causas impulsivas que movieron á uno de los contratantes á celebrar el contrato, ó sobre alguna cualidad accidental de la cosa objeto de éste.

Para que el dolo produzca el efecto indicado, es condición indispensable que proceda de uno de los contratantes,

<sup>1</sup> Leyes 11, párrafos 1, 45, título 1, libro 18, y 11, párrafo 5, título 1, libro 19, D.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXIV, números 175 y 176; Toullier, tomo VI, número 91; Duranton, tomo X, número 170, Larombière, tomo I, artículo 1,116, núm. 3; Viso, tomo III, página 42; Gutiérrez Fernández, tomo IV, página 41.

pues no hay reparación más justa del perjuicio sufrido por él, que la indemnización hecha por el culpable; pero dejaría de ser justa si el dolo procediera de un tercero, porque no se obtendría de éste, sino del contratante inocente.

Sin embargo, se produce la nulidad cuando el dolo procede de un tercero, si éste tiene interés en el contrato, pues la nulidad es en tal caso la justa reparación del mal causado, á expensas del culpable interesado en la validez de la obligación.

En este caso puede acontecer que el tercero obre sin noticia ni consentimiento de ninguno de los contratantes; y entónces como les produce perjuicio la nulidad del contrato, tienen acción contra el culpable para obtener el resarcimiento de los daños que sufrieren; ó bien que obre con noticia y consentimiento de uno de los contrayentes, y entónces se produce la nulidad del contrato, siendo á cargo del culpable y su cómplice la indemnización de los daños y perjuicios que se le sigan á su víctima.

La violencia ó intimidación es también, como dejamos asentado, un vicio que anula é invalida los contratos en que interviene, como contrario al consentimiento.

Por esto es que el artículo 1,415 del Código Civil, declara que es nulo el contrato celebrado por intimidación, ya provenga ésta de alguno de los contrayentes, ya de un tercero; pues como lo que produce el vicio del contrato es la falta del consentimiento, es indiferente la persona de quien procede la coacción. <sup>1</sup>

Hay intimidación cuando se emplean fuerza física ó amenazas, que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, ó una parte considerable de los bienes del que contrae, de su cónyuge ó de sus ascendientes ó descendientes (artículo 1,416, Código Civil.) <sup>2</sup>

Según la definición que precede, la violencia ó la intimi-

<sup>1</sup> Artículo 1,298, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,299, Código Civil de 1884.

dación, denota dos especies de acciones diferentes, que una persona puede ejercer sobre otra; la fuerza física que reduce á la víctima á un estado meramente pasivo: por ejemplo, si se obliga á un individuo á que firme sujetándole la mano, y las amenazas; esto es, el temor que se infunde para arrancar el consentimiento.

Al definir nuestra ley, qué se entiende por intimidación ó violencia, denotando dos estados, en que se emplean la fuerza física y las amenazas, se ha separado, según creemos, sin justicia, de los principios filosóficos, sancionados por el derecho Romano y los códigos europeos, menos el Portugués, que dá una definición idéntica de la violencia, siguiendo los preceptos de las leyes de las Partidas,

En efecto; desde el derecho Romano todas las legislaciones han definido la intimidación, comprendiendo sólo la violencia *moral*, que se ejerce por medio de amenazas, y no la *física*, que los jurisconsultos designan con el nombre de *positiva*, porque no sólo inspira el temor de un mal, sino que es el mal mismo que convierte á la víctima, como antes dijimos, en un instrumento pasivo de la voluntad ajena, enteramente privada de la propia.

Por el contrario, la violencia moral no excluye de una manera absoluta la voluntad, como la física, supuesto que la víctima puede elegir entre dos males aquel que estime menor; pero su voluntad no es libre, y la ley que no la puede tomar como el fundamento de un vínculo del derecho, ha debido marcar los caracteres de ese atentado contra la libertad para determinar si los actos en que intervienen son válidos.

En apoyo de nuestro aserto podemos invocar la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 4.<sup>o</sup> del Digesto, que dice, que antiguamente se hacía mención de la fuerza en los preceptos legales, como contraria á la voluntad, y porque el temor de un peligro presente ó futuro perturba el ánimo; pero que después se su-

primió la palabra fuerza (*vis*) porque lo que se hace por una fuerza atroz parece que se hace también por miedo.

Refiriéndose Gutiérrez Fernández al importante objeto que nos ocupa, dice: "La fuerza hecha á una persona puede ser de dos modos: física ó exterior y moral ó interna: en la ley y en la vida, aunque no se diferencian los resultados, se distinguen la violencia y la intimidación: las dos destruyen la espontaneidad, las dos invalidan el contrato, empleadas como dice la ley, pues este objeto cumplen sus definiciones." <sup>1</sup>

En efecto: según la ley 15, tít. 2.<sup>o</sup> Part. 4.<sup>a</sup>, *la fuerza se debe entender desta manera, cuando alguno aducen contra su voluntad, ó le prenden, ó le ligan; y el miedo se entiende, cuando es fecho en tal manera que todo ome de gran corazon se temiese del, como si oviose armas, etc.*

No nos cansaremos de repetir, que las legislaciones y los autores modernos siguen en esta materia los principios filosóficos y justos del derecho Romano, que entendían por violencia no la fuerza física, sino la moral, la intimidación, que aun cuando priva de la libertad á la víctima no la priva de la voluntad.

Para que la violencia ó intimidación produzca la nulidad de los contratos en que interviene, es preciso que reuna las condiciones siguientes:

1.<sup>a</sup> Que el mal con que se amenace al contrayente sea de tal manera grave que importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud ó una parte considerable de los bienes.

2.<sup>a</sup> Que el temor sea fundado, esto es, que el mal con que se amenaza sea inminente y difícil de evitar, pues la ley no protege ni la debilidad de espíritu ni temores imaginarios ó pueriles.

Este mismo principio establecieron las leyes 6, tít. 2, lib. 4.<sup>o</sup> y 184, tít. 17 lib. 50 del Digesto en las siguientes

<sup>1</sup> Tomo IV, pág. 38.

palabras, cuyo principio reprodujeron las leyes 15, tít. 2, Partida 4.<sup>ª</sup> y 7, tít. 33, Partida 7.<sup>ª</sup>

*"Metus autem non vani hominem, sed quid merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertineret constat."*

3.<sup>ª</sup> Que la intimidación sea el efecto de una amenaza, que se haya producido por alguno con el objeto de que se celebre el contrato; es decir, que es indiferente que la intimidación se haga por uno de los contratantes ó por otra persona, y que basta probar su existencia para que se anule el contrato.

Esta última condición establece una diferencia esencial entre el dolo y la violencia, pues el primero no es causa de nulidad de la obligación, sino cuando se ejerce por uno de los contratantes ó por un tercero interesado en el contrato.

La razón de la diferencia se explica por los caracteres especiales del dolo y la violencia.

Esta consiste en vías de hecho que atentan á la seguridad de los hombres, y por consiguiente afectan al orden público, cuya circunstancia hace de la violencia un vicio más grave y perjudicial que el dolo, y que merezca un correctivo más severo, el cual sería imposible si consistiera solamente en la indemnización de daños y perjuicios; porque por lo común son desconocidos los autores de la violencia, pues se disfrazan y ocultan para ejercerla, y porque aun siendo conocidos, el ejercicio de la acción sería ilusorio en el mayor número de casos por ser de ordinario insolventes los hombres que ocurren á las vías de hecho.<sup>1</sup>

La intimidación es causa de nulidad del contrato, no sólo cuando se ejerce sobre uno de los contrayentes, sino también cuando se emplea en las personas de su cónyuge, de sus ascendientes ó descendientes; pues la violencia que se

<sup>1</sup> Laurent, tomo XV, No. 529; Duranton, tomo X, No. 176; Demolombe, tomo XXIV, No. 184; Baudry Lacantinerie, tomo II, No. 779; Aubry y Rau, tomo IV pág. 303, nota 29; y otros.

ejerce contra personas con las cuales estamos unidos con vínculos tan estrechos, produce el mismo efecto, como dice la ley 8.<sup>ª</sup>, párrafo 3, tít. 2, lib. 4.<sup>º</sup> del Digesto, que si se ejerciera contra nosotros mismos (art. 1,416, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Los comentaristas del Código Francés, que sanciona el mismo principio, se han dividido, sosteniendo unos,<sup>2</sup> que el precepto que declara que es también causa de nulidad del contrato la violencia ejercida sobre el cónyuge y los ascendientes y descendientes de uno de los contratantes, no es limitativo sino demostrativo, y por tanto, que tiene aplicación cuando la violencia se ejerce contra un pariente colateral, contra un amigo y aun contra un extraño, según las circunstancias; y otros sostienen la opinión contraria, diciendo que dicho precepto es limitativo, importa una excepción, y como tal es de estricto derecho y no debe aplicarse á personas distintas de las comprendidas en ellas.<sup>3</sup>

Creemos más justa esta opinión, que se funda en el texto expreso de la ley, que, como muy bien dice Laurent, solo admite excepción cuando se ejerce violencia en uno de los contrayentes para arrancarle su consentimiento, ó cuando son víctimas de ella aquellos individuos que con él forman una misma persona; pues se concibe fácilmente que se obligue cuando se le amenaza con un mal, presente y considerable para él y para los suyos, pero no cuando se ejerce la violencia en un pariente ó en un extraño.

El temor reverencial no anula los contratos, porque no reviste los caracteres de la violencia ó intimidación, y por lo mismo, no puede decirse que se obtiene el consentimiento mediante una violencia que priva al contrayente de la libertad.

<sup>1</sup> Artículo 1,299, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Duranton, tomo X, núm. 152; Larombière, tomo I, art. 1,113, núm. 16; Colmer de Santerre, tomo V, núm. 23 bis; Demolombe, tomo XXIV, núm. 161 y 162; Mourlon, tomo II, núm. 1,052.

<sup>3</sup> Laurent, tomo XV, núm. 520; Aubry y Rau, tomo IV, pár. 343 bis, nota 14; Delvincourt, tomo II, pág. 264; y otros autores.

Ese temor, que no es más que el de desagradar á las personas que se respetan por afecto y por deber, como dice Pothier, no es causa de nulidad del consentimiento, porque además de que sería muy desagradable que el hijo, por ejemplo, demandase al padre por tal causa, sería muy difícil de probar, y ha sido preciso no tomarlo en consideración. <sup>1</sup>

Por la misma razón, es aplicable este principio á todos aquellos casos en que se haya celebrado el contrato con personas á quienes se debe, por uno de los contrayentes, afecto, respeto y consideración, pues existen las mismas circunstancias.

Ese principio ha encontrado, como era natural, la debida sanción en el art. 1,417 del Código Civil, que declara, que cuando sólo hay abuso de autoridad paterna, marital ú otro semejante, se dice que hay coacción, pero ésta no anula el contrato. <sup>2</sup>

Nuestro Código, siguiendo al Portugués, establece las reglas siguientes, cuya justicia es notoria:

1.ª Las consideraciones vagas y generales que los contrayentes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración ó no celebración del contrato, y que no importen engaño ó amenaza de alguna de las partes, no serán tomadas en consideración al calificar el dolo ó la fuerza. (Art. 1,418, Código Civil.) <sup>3</sup>

Esta regla tiene por objeto establecer una justa excepción, declarando que no hay dolo cuando uno de los contrayentes no emplea sugerencias ó artificios para inducir á error ó mantener en él al otro, sino que se limita á encomiar las ventajas ó perjuicios que pueden resultar de celebrar ó no el contrato, pues tal conducta no es desleal ni productiva de un error.

<sup>1</sup> Pothier, Des obligations, núm. 27; Laurent, tomo XV, núm. 511.

<sup>2</sup> Art. 1,300, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Art. 1,301, Código Civil de 1884.

2.ª No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo ó de la intimidación (artículo 1,419, Código Civil.) <sup>1</sup>

La razón de esta regla es obvia, porque si fuera lícita esa renuncia, se autorizaría la mala fe, obrando contra la moral y las buenas costumbres; sería, como dice Gómez de la Serna, dejar abierta la puerta á la mala fe, establecer el principio de que uno de los contrayentes pudiera, sin razón alguna, dañar á su sabor y con premeditación al otro contrayente. <sup>2</sup>

Pero los términos de esa misma regla nos indican que si no es lícito renunciar el dolo futuro, no prohíbe que se transija ó celebre un convenio sobre el pasado, bien sea ratificando el contrato en que hubo error, proveniente del dolo, bien remitiendo la indemnización á que se hizo acreedor el contrayente, que obró dolosamente, pues en tales casos no milita la razón, que motiva el precepto prohibitivo de la ley; y la renuncia de la persona perjudicada es perfectamente lícita, porque cada uno es libre para prescindir de los derechos introducidos á su favor, y disponer de sus bienes como mejor le parezca.

Este es el motivo por el cual declara el artículo 1,420 del Código Civil, que, si habiendo cesado la intimidación ó siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia ó padeció el engaño, ratifica el contrato, no puede en lo venidero reclamar semejantes vicios; cuyo principio reprodujo el artículo 1,791, aunque con deplorable redacción. <sup>3</sup>

Se entiende que los principios expuestos sólo son aplicables á los casos de dolo ó intimidación que no importan los delitos de fraude, estafa ó amagos ó amenazas; pues la ley no puede autorizar la existencia de obligaciones que deben su origen á actos criminales, aunque los ofendidos ten-

<sup>1</sup> Artículo 1,302, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Curso de Derecho Romano, tomo II, página 138.

<sup>3</sup> Artículos 1,303 y 1,677, Código Civil de 1,884.

gan derecho para remitir la responsabilidad civil en que los culpables hubieren incurrido.

## VI

## Del objeto de los contratos

La definición que da del contrato el artículo 1,388 del Código Civil diciendo que es un convenio por el que dos ó más personas se transfieren algún derecho ó contraen una obligación, nos hace comprender que es necesario para su existencia que recaiga sobre un objeto.<sup>1</sup>

De donde se infiere, que no hay contrato posible si no versa sobre un objeto, el cual puede ser una cosa sobre la que se transfiere algún derecho, ó un hecho ó servicio que debe prestarse.

Pueden ser objetos de los contratos todas las cosas y todos los actos y servicios de los hombres, sin más limitaciones que las que en muy corto número señala la ley, cuyo estudio vamos á hacer.

En primer lugar, no puede recaer ningún contrato sobre un objeto que sea física ó legalmente imposible; y si se cometiére por los contratantes el absurdo de celebrarlo, es perfectamente nulo, y no produce ningún efecto jurídico. (Art. 1421, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

Son legalmente imposibles, según el artículo 1,423 del Código Civil.<sup>3</sup>

1.º Las cosas que están fuera del comercio por la naturaleza ó por disposición de la ley:

1 Art. 1,272 Código Civil de 1884.

2 Art. 1,304, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,306 Código Civil de 1884.

2.º Las cosas ó actos que no se pueden reducir á un valor exigible:

3.º Las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada:

4.º Los actos ilícitos.

El precepto á que nos referimos comprende en su primera fracción una regla general que abraza los diversos principios que sancionaba nuestra antigua legislación, siguiendo á la Romana, según los cuales no pueden ser objeto de los contratos las cosas que por la naturaleza ó por la ley se hallan fuera del comercio, esto es, que no són susceptibles de apropiación privada.<sup>1</sup>

A esta especie se refieren también las cosas que no existen, y por lo mismo, no pueden ser el objeto de ningún contrato. Sin embargo, las leyes han distinguido entre las cosas que no existen ni pueden existir, y entre aquellas que aunque no tienen existencia actual pueden tenerla en lo futuro; y han declarado que estas últimas sí pueden ser el objeto de un contrato: como los frutos por nacer de una viña ó huerta, los partos de los animales, y otras cosas semejantes (art. 2,934, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Las cosas pueden hallarse fuera del comercio por su naturaleza, como el aire, la luz, el mar; por su destino, como los puertos, los canales, los ríos navegables, etc.; y por consideración de orden público, como las sustancias venenosas que no pueden venderse, sino llenando los requisitos que los bandos de policía señalan.

Tal es también el origen de la prohibición de la compra-venta del derecho á la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento, por estimarse ese contrato inmoral y peligroso, pues recayendo sobre un derecho

1 Leyes 34, pár. 1, tít. 1, lib. 18; 182, tít. 17, lib. 45 D.; y 15, tít. 5 y 22, tít. 31, Partida 5.ª

2 Leyes 8, tít. 1, lib. 18, D.; 20 tít. 11 y 11, tít. 5, Partida 5.ª, y artículo 2,806, Código civil de 1884.

gan derecho para remitir la responsabilidad civil en que los culpables hubieren incurrido.

## VI

## Del objeto de los contratos

La definición que da del contrato el artículo 1,388 del Código Civil diciendo que es un convenio por el que dos ó más personas se transfieren algún derecho ó contraen una obligación, nos hace comprender que es necesario para su existencia que recaiga sobre un objeto.<sup>1</sup>

De donde se infiere, que no hay contrato posible si no versa sobre un objeto, el cual puede ser una cosa sobre la que se transfiere algún derecho, ó un hecho ó servicio que debe prestarse.

Pueden ser objetos de los contratos todas las cosas y todos los actos y servicios de los hombres, sin más limitaciones que las que en muy corto número señala la ley, cuyo estudio vamos á hacer.

En primer lugar, no puede recaer ningún contrato sobre un objeto que sea física ó legalmente imposible; y si se cometiére por los contratantes el absurdo de celebrarlo, es perfectamente nulo, y no produce ningún efecto jurídico. (Art. 1421, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

Son legalmente imposibles, según el artículo 1,423 del Código Civil.<sup>3</sup>

1.º Las cosas que están fuera del comercio por la naturaleza ó por disposición de la ley:

1 Art. 1,272 Código Civil de 1884.

2 Art. 1,304, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,306 Código Civil de 1884.

2.º Las cosas ó actos que no se pueden reducir á un valor exigible:

3.º Las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada:

4.º Los actos ilícitos.

El precepto á que nos referimos comprende en su primera fracción una regla general que abraza los diversos principios que sancionaba nuestra antigua legislación, siguiendo á la Romana, según los cuales no pueden ser objeto de los contratos las cosas que por la naturaleza ó por la ley se hallan fuera del comercio, esto es, que no són susceptibles de apropiación privada.<sup>1</sup>

A esta especie se refieren también las cosas que no existen, y por lo mismo, no pueden ser el objeto de ningún contrato. Sin embargo, las leyes han distinguido entre las cosas que no existen ni pueden existir, y entre aquellas que aunque no tienen existencia actual pueden tenerla en lo futuro; y han declarado que estas últimas sí pueden ser el objeto de un contrato: como los frutos por nacer de una viña ó huerta, los partos de los animales, y otras cosas semejantes (art. 2,934, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Las cosas pueden hallarse fuera del comercio por su naturaleza, como el aire, la luz, el mar; por su destino, como los puertos, los canales, los ríos navegables, etc.; y por consideración de orden público, como las sustancias venenosas que no pueden venderse, sino llenando los requisitos que los bandos de policía señalan.

Tal es también el origen de la prohibición de la compra-venta del derecho á la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento, por estimarse ese contrato inmoral y peligroso, pues recayendo sobre un derecho

1 Leyes 34, pár. 1, tít. 1, lib. 18; 182, tít. 17, lib. 45 D.; y 15, tít. 5 y 22, tít. 31, Partida 5.ª

2 Leyes 8, tít. 1, lib. 18, D.; 20 tít. 11 y 11, tít. 5, Partida 5.ª, y artículo 2,806, Código civil de 1884.



que sólo puede hacerse efectivo á la muerte de la persona, el comprador tiene interés en que tal acontecimiento se verifique cuanto antes y atentar contra la vida de ella (art. 2,961, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Son también legalmente imposibles las cosas ó actos que no se pueden reducir á un valor exigible; porque no deben sancionarse, como dicen los redactores del Código, sino aquellos actos que, siendo realizables conforme á las leyes ordinarias de la naturaleza y á las prescripciones del derecho, puedan, cuando no sean cumplidos, ser determinados y valorizados de un modo preciso, para que la prestación del valor supla la cosa ó hecho.<sup>2</sup>

En otros términos, la ley, no ha querido la celebración de contratos ineficaces é inútiles, sino que en todo caso surtan sus efectos jurídicos, de manera que el deudor entregue la cosa ó ejecute el hecho que prometió, y que en caso de que no satisfaga tal obligación, pueda valorizarse y determinarse el objeto de ella, para que pague el valor en sustitución de la cosa que no entregó ó del hecho que no ejercitó. En una palabra, que en todo caso cumpla la obligación que contrajo.

Fácil es comprender que, cuando la cosa ó el hecho que son objeto de la obligación no se pueden determinar y valorizar, tampoco pueden ser sustituidos por el valor, y en consecuencia, el contrato es nulo y de ningún efecto, por recaer sobre un objeto que no es posible exigir.

Las razones expuestas fundan también la necesidad, para la validez de los contratos, de que las cosas sobre que recaen sean tales que sus especies estén determinadas ó que puedan determinarse: esto es, que en el contrato se determinen de una manera suficiente á fin de que el deudor quede ligado por una obligación exigible.

1 Ley 30, tit. 3, lib. 2, Código, y artículo 2,833, Código civil de 1884.

2 Exposición de motivos.

Si esa obligación fuera tal que el deudor pudiera librarse haciendo una prestación insignificante y de ninguna utilidad para el acreedor, el contrato sería ineficaz y nulo.

Los autores señalan los dos casos siguientes en que se obtendría tal resultado:

1.º Cuando se determina el objeto del contrato solamente en cuanto al género; por ejemplo, si el deudor se obliga á entregar un animal sin determinar de que especie, porque queda á su arbitrio la elección del animal y puede satisfacer la obligación entregando cualquiera, sin valor y de ninguna utilidad:

2.º Cuando el contrato no contiene una base para determinar la cantidad de la cosa que se debe entregar; por ejemplo, si el deudor ha prometido harina ó trigo sin expresar que cantidad, pues queda á su arbitrio determinarla y satisfacer su obligación entregando pequeñísimas cantidades de ninguna utilidad para el acreedor.

Pero no es necesario que la cosa sea determinada de una manera individual, sino que basta una designación tal que pueda dar un elemento preciso para hacer la determinación; por ejemplo, sería perfectamente válido el contrato por el cual se obligara una persona á ministrar el combustible bastante para las necesidades de una familia.

Reasumiendo en pocas palabras lo expuesto, podemos decir que el objeto del contrato ha de reunir los siguientes caracteres: debe ser posible, determinado, útil al acreedor y no contrario á las leyes ó las buenas costumbres.

El artículo 1,423 del Código, á cuyos preceptos nos hemos referido, exige en la fracción 4.ª que los actos, objetos del contrato, sean lícitos, incurriendo en una inútil repetición, porque las cosas ilícitas son imposibles conforme á la ley; pero sus autores la justifican diciendo, que creyeron conveniente expresar dicha circunstancia para marcar la diferencia que hay entre los actos que, sin ser un delito, se

oponen á la ley, y los que por sí mismos importan una infracción punible.

Y luego agregan: "La venta de un objeto cualquiera bajo la condición expresa de que el comprador no pudiera disponer de ella sino á favor de sus herederos, sería un contrato nulo conforme á la segunda parte de la fracción 1.<sup>ª</sup> por ser contraria á la disposición legal que prohíbe las vinculaciones. La donación hecha á una persona bajo la condición expresa de que asesinase á otra, sería un contrato nulo conforme á la fracción 4.<sup>ª</sup>; porque el acto mismo de hacer la donación con ese objeto, es ya un delito."<sup>1</sup>

No se considera como físicamente imposible, sino aquello que lo es de un modo absoluto por razón de la cosa, ó cuando el hecho no puede ser ejecutado por la persona obligada ni por otra alguna en su lugar: es decir, que la imposibilidad debe ser absoluta y perpetua, pues si no reúne estos dos caracteres no produce la nulidad del contrato. (Artículo 1,422, Código Civil.)<sup>2</sup>

En efecto: la nulidad relativa, la que sólo proviene del contratante no es una imposibilidad real, sino, como dice Demolombe, una impotencia personal, imputable al deudor por haber contraído una obligación superior á sus fuerzas, y que da lugar á una acción en su contra por indemnización de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento del contrato.<sup>3</sup>

Esta teoría, que tiene en su apoyo respetables autoridades, se funda en la ley 137, pár. 5, tít. 1.<sup>º</sup>, lib. 45 del Digesto, concebida en los términos siguientes:<sup>4</sup>

*"Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, cum alii possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit."*

<sup>1</sup> Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Art. 1,305, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Tomo XXIV, núm. 318.

<sup>4</sup> Delvincourt, tomo II, pág. 602; Toullier, tomo VI, núm. 682; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 64; Larombière, artículos 1,172 y 1,173, núm. 3; Zachariae, párrafo 302, nota 7; y otros.

Si la imposibilidad es temporal ó del momento no invalida ó anula el contrato, y solamente produce el efecto de diferir el cumplimiento de la obligación hasta que desaparezcan los obstáculos que lo impiden.<sup>1</sup>

## V

### De las renunciaciones y cláusulas que pueden contener los contratos.

En el art. 1.<sup>º</sup> de esta lección dijimos, que los preceptos de la ley, fuera de las condiciones esenciales de los contratos, tienen solo aplicación para suplir las omisiones de las partes, pues en ellos domina el principio que declara que la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos.

Pues bien, este principio ha encontrado la debida sanción en el art. 1,427 del Código Civil, que declara, que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran á requisitos esenciales del contrato, ó sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, á no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por el derecho.<sup>2</sup>

Según este precepto, la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, que pueden poner en ellos las cláusulas que estimen convenientes; y la ley sólo viene en su auxilio para llenar los requisitos esenciales del contrato, según su naturaleza especial, ó los que se derivan de ella, dejándoles facultad para renunciar éstas, si así conviene á sus intereses.

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXIV, núm. 319; Toullier, tomo VI, núm. 283.

<sup>2</sup> Art. 1,310, Código civil de 1884.

oponen á la ley, y los que por sí mismos importan una infracción punible.

Y luego agregan: "La venta de un objeto cualquiera bajo la condición expresa de que el comprador no pudiera disponer de ella sino á favor de sus herederos, sería un contrato nulo conforme á la segunda parte de la fracción 1.<sup>ª</sup> por ser contraria á la disposición legal que prohíbe las vinculaciones. La donación hecha á una persona bajo la condición expresa de que asesinase á otra, sería un contrato nulo conforme á la fracción 4.<sup>ª</sup>; porque el acto mismo de hacer la donación con ese objeto, es ya un delito."<sup>1</sup>

No se considera como físicamente imposible, sino aquello que lo es de un modo absoluto por razón de la cosa, ó cuando el hecho no puede ser ejecutado por la persona obligada ni por otra alguna en su lugar: es decir, que la imposibilidad debe ser absoluta y perpetua, pues si no reúne estos dos caracteres no produce la nulidad del contrato. (Artículo 1,422, Código Civil.)<sup>2</sup>

En efecto: la nulidad relativa, la que sólo proviene del contratante no es una imposibilidad real, sino, como dice Demolombe, una impotencia personal, imputable al deudor por haber contraído una obligación superior á sus fuerzas, y que da lugar á una acción en su contra por indemnización de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento del contrato.<sup>3</sup>

Esta teoría, que tiene en su apoyo respetables autoridades, se funda en la ley 137, pár. 5, tít. 1.<sup>º</sup>, lib. 45 del Digesto, concebida en los términos siguientes:<sup>4</sup>

*"Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, cum alii possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit."*

<sup>1</sup> Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Art. 1,305, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Tomo XXIV, núm. 318.

<sup>4</sup> Delvincourt, tomo II, pág. 602; Toullier, tomo VI, núm. 682; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 64; Larombière, artículos 1,172 y 1,173, núm. 3; Zachariae, párrafo 302, nota 7; y otros.

Si la imposibilidad es temporal ó del momento no invalida ó anula el contrato, y solamente produce el efecto de diferir el cumplimiento de la obligación hasta que desaparezcan los obstáculos que lo impiden.<sup>1</sup>

## V

### De las renunciaciones y cláusulas que pueden contener los contratos.

En el art. 1.<sup>º</sup> de esta lección dijimos, que los preceptos de la ley, fuera de las condiciones esenciales de los contratos, tienen solo aplicación para suplir las omisiones de las partes, pues en ellos domina el principio que declara que la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos.

Pues bien, este principio ha encontrado la debida sanción en el art. 1,427 del Código Civil, que declara, que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran á requisitos esenciales del contrato, ó sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, á no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por el derecho.<sup>2</sup>

Según este precepto, la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, que pueden poner en ellos las cláusulas que estimen convenientes; y la ley sólo viene en su auxilio para llenar los requisitos esenciales del contrato, según su naturaleza especial, ó los que se derivan de ella, dejándoles facultad para renunciar éstas, si así conviene á sus intereses.

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXIV, núm. 319; Toullier, tomo VI, núm. 283,

<sup>2</sup> Art. 1,310, Código civil de 1884.

Por ejemplo; el precio y la cosa son requisitos esenciales de la compra-venta, y sin ellos no puede existir el contrato, pero la evicción es una circunstancia natural que puede ser renunciada por el comprador, sin que por tal motivo deje de existir ó se anule el contrato.

En una palabra, los contratantes pueden establecer las condiciones y cláusulas y renunciaciones que estimen convenientes en los contratos, sin más limitaciones que el respeto á la moral y las buenas costumbres y la observancia de los requisitos esenciales que exige la ley para la validez de cada uno de ellos, según su naturaleza especial.

Pero como es de suponerse, la facultad que los contrayentes tienen de renunciar las circunstancias naturales de los contratos, reglamentadas por la ley, y los beneficios que esta ley otorga, no es de tal manera absoluta que no esté subordinada á reglas de ninguna especie; y antes por el contrario, el Código establece varios preceptos encaminados á este fin, de los cuales nos vamos á ocupar,

El art. 1,424 declara que las renunciaciones que legalmente pueden hacer los contrayentes, no producen efecto alguno, si no se expresan en términos claros y precisos, y citándose la ley cuyo beneficio se renuncia; y tiene por objeto evitar á los interesados los notorios perjuicios que se les siguen de las renunciaciones de las garantías y privilegios que las leyes les conceden. <sup>1</sup>

“La vaguedad de las renunciaciones, dice la Exposición de motivos, es también fuente de graves abusos; porque en consecuencia de ella suele hacerse extensiva la renuncia á casos no previstos por los interesados.” Por tal motivo declara el art. 1,425 del Código, que las renunciaciones legalmente hechas, no pueden extenderse á otros casos que á aquellos que estén comprendidos en la disposición renunciada. <sup>2</sup>

Finalmente: también declara el Código que la renuncia

<sup>1</sup> Art. 1,307, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,308, Código Civil de 1884.

que estuviere prohibida por la ley, se debe tener por no puesta. (Art. 1,426.) <sup>1</sup>

Esta declaración es una inútil repetición de los preceptos contenidos en los artículos 6 y 7 del mismo Código, según los cuales no tiene eficacia alguna la renuncia en general, ni la especial de las leyes prohibitivas ó de interés público; y los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, son nulas. <sup>2</sup>

Es muy frecuente que, para dar mayor eficacia á la obligación, y previendo el caso de falta de cumplimiento del contrato, agreguen los contrayentes una cláusula conviniendo en una prestación como pena, la cual produce ciertos efectos jurídicos, que están perfectamente previstos y regidos por la ley.

Tal cláusula, que es conocida con el nombre de *penal*, es aquella por la cual se obligan los contrayentes á cierta prestación como pena del no cumplimiento del contrato, cuya obligación es perfectamente válida, supuesto que, como hemos dicho, la voluntad de los interesados es la suprema ley de los contratos; y tiene por objeto compensar los daños y perjuicios que se le siguen al acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación. (Art. 1,428, Código Civil.) <sup>3</sup>

La definición que precede nos hace conocer perfectamente cuál es el carácter y el objeto de la cláusula penal, pues de ella se deduce que es una obligación accesoria que garantiza á la principal mediante una sanción, que fija desde antes, por convenio entre los interesados, el monto de los daños y perjuicios que se debe pagar al acreedor en el caso de falta de cumplimiento del contrato. <sup>®</sup>

Tiene pues, por objeto garantizar el cumplimiento de éste, y fijar de antemano el importe de los daños y perjuicios, á fin de evitar la dificultad de la prueba de ellos en el juicio

<sup>1</sup> Art. 1,309, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 6 y 7, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Art. 1,311, Código civil de 1884.

respectivo, difícil de suyo y que deja mucho á la apreciación personal del juez ó de los peritos, cuyo dictámen tiene que consultar, sustituyendo una cantidad indeterminada por otra determinada.

Esta es la razón por la cual prohíbe la ley, que habiéndose estipulado una prestación como pena del no cumplimiento del contrato, haya lugar á la reclamación por daños y perjuicios. (art. 1,428, Cód. Civ.) <sup>1</sup>

De la naturaleza misma de la cláusula penal, se infiere que también sirve para determinar los daños y perjuicios que se le originen al acreedor por el retardo ó mora en el cumplimiento de la obligación, supuesto que esta circunstancia no es bajo cierto aspecto, más que la falta del cumplimiento del contrato.

Por esto distinguen los autores dos especies de daños y perjuicios, unos provenientes de la falta de cumplimiento del contrato, que se llaman *compensatorios*, y otros del retardo en el cumplimiento del contrato, que llaman *moratorios*.

Como hemos dicho antes, la cláusula penal constituye una obligación accesoria y secundaria, que supone necesariamente la existencia de una principal; á la que está subordinada y cuya ejecución garantiza, y este carácter esencialmente distinto de ella sirve de fundamento para conocer las reglas de la ley que rigen su naturaleza.

De este principio se deriva el precepto que declara que la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero que la de ésta no importa la de aquél; pues no pudiendo existir lo accesorio sin lo principal, es evidente que la nulidad de la obligación debe producir la de la cláusula penal. (art. 1,427, Cód. Civ.) <sup>2</sup>

Por el contrario, como lo principal no necesita para su existencia de lo accesorio, es fuera de toda duda que la nu-

<sup>1</sup> Artículo 1,311, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,310, Código Civil de 1884.

lidad de la cláusula penal no puede producir la de la obligación principal; pues en tal caso sólo produce el efecto de que se le tenga por no puesta, quedando el deudor sujeto á las reglas que las leyes prescriben para el pago de los daños y perjuicios por el retardo ó falta de cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, los jurisconsultos franceses han establecido, fundados en los preceptos del derecho Romano, las siguientes excepciones al principio á que aludimos; declarando que subsiste la cláusula penal á pesar de la nulidad de la obligación principal: <sup>1</sup>

1.ª Cuando la nulidad de ésta se funda en la falta de interés del acreedor; porque entonces la cláusula penal purga el vicio de que aquella está afectada haciendo nacer el interés, de manera que la obligación accesoria, por excepción de las reglas ordinarias, da vida á la principal, lejos de recibirla de ella.

Y ponen por ejemplo el caso de que un individuo contratara con otro en provecho de un tercero á quien no representa legalmente, agregando la cláusula penal en el contrato; pues en tal caso es nulo éste porque el deudor puede faltar á él impunemente respecto del tercero, que carece de acción para pretender la indemnización de daños y perjuicios, y sin embargo, la cláusula penal le purga de este vicio, impidiendo que el deudor falte á sus compromisos.

La razón en que se funda esta excepción es fácil de comprender, porque en el caso á que se refiere, la cláusula penal no es accesoria de la obligación, pues siéndolo, adolecería como ésta del vicio de nulidad, sino principal, aunque bajo condición, cuya existencia depende de la falta de cumplimiento del contrato. O lo que es lo mismo, una obligación

<sup>1</sup> Mourloa, tomo II, núm. 1,303; Aubry y Rau tomo IV, pág. 113; Pothier, De obligations núms 339 v 340; Delvincourt, tomo II, pág. 518; Toullier, tomo VI, núm 814; Duranton, tomo XI, núm. 330; Demolombe, tomo XXV, núms. 641 y 642; Larombière, tomo III, artículo 1,227, núm. 6; Colmet de Sauterre, tomo V, núm. 33, bis, I; Merlin, Répertoire, v.º Peine contractuelle.

útil no se vicia, sólo por el hecho de que se encuentre unida á una inútil. (Ley 1, párrafo 5, título 1, libro 45, D.)

Esta excepción no puede tener aplicación entre nosotros, porque desde que se promulgó la famosa ley 1<sup>a</sup>, título 1<sup>o</sup>, libro X de la Novísima Recopilación, que declaró que toda obligación sería y deliberada hecha entre presentes ó ausentes tiene fuerza obligatoria, cualesquiera que sean las formas que se empleen, quedaron derogados los principios que la fundan, según la opinión de respetables autores, sancionada por la jurisprudencia de los tribunales. Y el artículo 1,392 del Código ha sancionado el principio que estableció aquella ley. <sup>1</sup>

2<sup>a</sup> Cuando la nulidad de la obligación da lugar al pago de los daños y perjuicios.

Por ejemplo, en la venta de cosa ajena que es nula; pero que da derecho al comprador de exigir del vendedor el pago de los daños y perjuicios.

Todos los jurisperitos tienen particular cuidado en enseñar las diferencias que existen entre las obligaciones con cláusula penal y las alternativas, facultativas y condicionales, con las que tiene cierta semejanza; y nosotros siguiendo su ejemplo, vamos á marcar esas importantes diferencias que las distinguen.

En la obligación alternativa, el deudor está obligado á prestar con el carácter de principal, de dos cosas una, ó de dos hechos uno, según su voluntad; de manera que si una de las cosas peca por caso fortuito subsiste la obligación sobre la otra. Esto es, el deudor queda obligado á entregar la cosa que no pereció.

Por el contrario, en la obligación con cláusula penal, se debe una sola cosa con el carácter de principal y otra subsidiariamente, que sólo es exigible en el caso de falta de

<sup>1</sup> Pichardo, super Inst. De inut. stip. párrafo 4, número 22; Acevedo, in leg. 2, título 16, libro 5, Recop. número 41; Ayllón, ad Gómez, tomo II, Var. res., número 24; Gregorio López, in leg. 11, título 11, Partida 5<sup>a</sup>. Ceballos, quaest. 616, y otros.

cumplimiento de la obligación, que garantiza, por cuyo motivo si peca fortuitamente la cosa objeto de ella, se extingue la penal accesoria.

La obligación facultativa, que es aquella que tiene una ó muchas cosas por objeto, con facultad para el deudor de dar en pago una cantidad de dinero ú otra cosa en lugar de la que ó las que debe, sin que tal cosa ó tal cantidad se hayan convenido en la obligación, difiere esencialmente de las obligaciones alternativas y con cláusula penal.

En efecto: el carácter distintivo de la obligación facultativa, consiste en que el acreedor tiene derecho solamente á una cosa, y si el deudor puede librarse entregando otra, es en virtud sólo de la facultad de pago, *in facultate solutionis*, como dicen los jurisperitos.

Como en la obligación facultativa se debe una sola cosa, es evidente que el acreedor no tiene el derecho de elección como puede tenerlo en la alternativa, y en consecuencia, si peca la cosa objeto de la obligación, se extingue ésta, sin que el deudor pueda ser compelido á entregar aquella, con la cual podía sustituirla.

Finalmente, se diferencia también de la obligación alternativa, en que la acción que produce no está en suspenso como la que engendra ésta mientras se hace la elección entre las cosas debidas, sino que está determinada por la cosa misma, objeto de la obligación.

Puede servirnos de ejemplo de una obligación facultativa el caso del saneamiento de la cosa vendida por defectos ó gravámenes ocultos, que impone al vendedor la obligación de restituir el precio que recibió y el importe de los gastos que por el contrato hubiere erogado el comprador, recibiendo su cosa, ó á devolver una parte proporcionada del precio, á juicio de peritos (artículo 3,606, Código Civil). <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 2,875, Código Civil de 1,884

Se distingue la obligación facultativa de aquella que lleva cláusula penal, en que por ella tiene el deudor facultad de entregar al acreedor otra cosa distinta de aquella que constituye el objeto del contrato; mientras que en la obligación con cláusula penal no puede eximirse el deudor de cumplirla, ofreciendo al acreedor el importe de la pena, pues éste tiene siempre el derecho de exigirle el cumplimiento del contrato.

Finalmente: se diferencia la obligación con condición potestativa de la obligación con la cláusula penal, en que, en la primera, depende de la voluntad del deudor el verificativo de la condición, y por consiguiente la existencia de la misma obligación, mientras que la segunda no depende de la voluntad del deudor.

Además, se distingue la cláusula penal en que siempre y necesariamente está precedida de una obligación principal, que subsiste por sí misma, independientemente de dicha cláusula que forma un nuevo vínculo, pero no una condición esencial para la existencia de aquella obligación.

Por el contrario; las obligaciones condicionales no comienzan realmente su existencia sino hasta el verificativo de la condición, del acontecimiento incierto del cual depende.

En pocas palabras, en los contratos con cláusula penal existen dos obligaciones distintas, una principal y otra accesoria, mientras que en los condicionales no hay más que una.<sup>1</sup>

La ley que ha querido garantizar el cumplimiento de los contratos mediante la adición de la cláusula penal, no permite que ésta se convierta en el origen de un injusto gravamen, y por lo mismo, le fijó un límite prudente, declarando, que la cláusula penal no puede exceder en valor ni en cuantía á la obligación principal. (art. 1,430, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Toullier, tomo VI, núm. 804; Merlin, Quert. v.º Aïnesse, 12; Rolland Villargues Repertoire, v.º. Clause pénale, párr. 3, núm. 47; Cujas in leg. 115, lib. 44 tít. 7. D.  
<sup>2</sup> Art. 1,313, Código Civil de 1,884.

La Exposición de motivos del Código Civil da las siguientes razones como fundamento de esa justa tasa de la cláusula penal:

1.º El objeto esencial de la pena es indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan de la falta de cumplimiento de la obligación; el cual se consigue dándole por tasa el mismo valor ó interés de la obligación principal:

2.º Si la pena puede exceder del interés de la obligación principal, se halaga con un incentivo muy poderoso al acreedor para que ponga obstáculos al cumplimiento ó cuando menos para ser moroso en exigirlo, pues que en uno y en otro caso puede obtener no sólo una indemnización justa, sino también una ganancia considerable:

3.º Los deudores aceptan muchas veces obligados por la necesidad, la imposición de penas excesivas; y no pudiendo cumplir la obligación principal, menos pueden aún librarse de la pena; de donde resulta que ésta es ó un pacto estéril si no se cumple ó un gravamen realmente insoportable, si se lleva á cabo.

El acreedor conserva, no obstante la cláusula penal, los mismos derechos que tendría sin ella para pedir y obtener el cumplimiento del contrato; pues de otra manera se convertiría esa cláusula para el deudor en un medio de eludir el cumplimiento de la obligación, y su falta en un derecho; lo cual es absurdo é inmoral.

Por tal motivo, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación ó el de la pena, pero no ambos. (art. 1,433, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Pero como esta prohibición no es de derecho público, y por lo mismo, está en el arbitrio de los contrayentes estipular otra cosa; y tal estipulación es perfectamente válida, pues la autoriza el art. 1,433 del Código, como una excepción de la regla que contiene.

<sup>1</sup> Artículo 1,316, Código Civil de 1884.

La razón es perfectamente perceptible, porque la pena se estipula por la falta de cumplimiento del contrato, y si se permitiera al acreedor exigir la ejecución de la obligación y la pena á la vez, se le autorizaría para pedir dos veces la misma cosa, supuesto que la pena es el equivalente del cumplimiento del contrato.

Pero cuando se conviene que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación y la pena, ésta no tiene por objeto fijar un equivalente de aquél para sustituirlo, sino compensar los perjuicios que sufre el acreedor por la mora del deudor, y por tanto, se debe satisfacer sin perjuicio del cumplimiento del contrato.

Por la misma razón, si el deudor cumple en parte la obligación, se debe modificar proporcionalmente la pena; pues, como hemos dicho, ésta se estipula por la falta de cumplimiento del contrato, y si se permitiera al acreedor exigir el pago íntegro de ella después de que el deudor ha cumplido en parte la obligación, se le autorizaría para pedir dos veces la misma cosa, supuesto que la pena es el equivalente del cumplimiento del contrato. (Art. 1,431, Código Civil.)<sup>1</sup>

Pero si la pena no puede reducirse de una manera exactamente proporcional, el juez tiene facultad para hacer la reducción de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación. Esto es, la ley prevee el caso en que los jueces no puedan establecer una exacta proporción entre la parte no ejecutada de la obligación y la pena, y quiere que en todo caso pague el deudor sólo el equivalente de aquella para que no se le exija más de lo que debe.

A este fin les faculta para que, teniendo por norma la equidad, la naturaleza y demás circunstancias de la obligación, disminuyan el monto de la pena de modo que sea, en

<sup>1</sup> Art. 1,314, Código Civil de 1884.

cuanto fuese posible, el equivalente de la parte no ejecutada de ésta. (Art. 1,432, Código Civil.)<sup>1</sup>

Los comentaristas del Código Francés, que sanciona el principio cuyo estudio hacemos, sostienen que la disminución de la pena sólo puede tener lugar cuando la ejecución parcial de la obligación produce provecho al acreedor que la admite voluntariamente, pero no en aquel en que no le resulta beneficio alguno.<sup>2</sup>

Y proponen para mayor claridad los siguientes ejemplos: un individuo vendió á otro una granja obligándose á entregarle dos pares de bueyes de labranza y á pagar una cantidad si falta al cumplimiento de esta obligación. El vendedor no puede obligar al comprador á recibir un sólo par de dichos animales; pero si lo recibe voluntariamente, y aquel no entrega el par restante procede la reducción de la pena. Pero no tiene lugar, por ejemplo, si un pintor se ha obligado bajo cierta pena á pintar un cuadro, cuya obra deja incompleta.

Creemos perfectamente equitativa esta teoría, y por lo mismo, que debe tener aplicación en la práctica.

Lo expuesto no quiere decir de ninguna manera que el deudor pueda obligar al acreedor á que consienta en la ejecución parcial del contrato y el pago de una parte de la pena; pues ésto sería tanto como dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de los deberes que se impuso, violando la ley del contrato y el precepto contenido en el artículo 1,639 del Código, que ordena que el pago se haga del modo que se hubiere pactado; y prohíbe que pueda hacerse parcialmente, sino en virtud de convenio expreso ó de disposición de la ley.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 1,315, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Pothier. Des obligations, núm. 350; Toullier, tomo VI, núm. 837; Demolombe, tomo XXVI, núm. 670; Larombière, tomo III, art. 1,232, núm. 7; Colmet de Sante-  
rre, tomo V, núm. 168 bis I; Mourlon, tomo II, núm. 1,303; Rolland de Villargues,  
Repertoire, vervo Clause Pénale, pár. 4, núm. 59; Baudry Lacantinerie, tomo II, nú-  
mero 963.

<sup>3</sup> Art. 1,525, Código Civil de 1884.



Las reglas que hemos establecido quedan sin aplicación y sin efecto alguno, y por lo mismo, no puede hacerse efectiva la pena, cuando el obligado á ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito ó fuerza insuperable. (Art. 1,434, Código Civil.)<sup>1</sup>

La razón es obvia, la pena tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato y fijar de antemano el importe de los daños y perjuicios cuyas veces desempeña, y por tanto, sólo puede hacerse efectiva en aquellos casos en que el deudor está obligado á la indemnización de éstos; pero como cesa esta obligación cuando la falta proviene de hecho del otro contratante, fuerza mayor ó caso fortuito, á los que no haya contribuido de ninguna manera, según lo declara el artículo 1,575 del Código, es consiguiente que en tales casos no pueda hacerse efectiva la pena.<sup>2</sup>

Esta razón se hace más tangible, por decirlo así, teniendo presente, que nadie está obligado á lo imposible, que el caso fortuito y la fuerza mayor no dependen de la voluntad del deudor; y por último, que sería una notoria injusticia exigirle la pena por la falta de cumplimiento del contrato debido á hechos del acreedor, porque sería imputarle y hacerle efectiva una responsabilidad ajena.

En las obligaciones mancomunadas con cláusula penal basta la contravención de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena; y el acreedor puede exigirla en todo caso del contraventor, ó de cualquiera de los herederos, siempre que notificados de la falta del requerido, no redima la pena cumpliendo con la obligación (arts. 1,435 y 1,436, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Nuestro Código se separó de las legislaciones europeas al establecer tales principios, pues éstas distinguen entre las obligaciones divisibles é indivisibles con cláusula penal,

<sup>1</sup> Art. 1,317, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,459, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículos 1,318, y 1,319, Código civil de 1884.

señalándole á ésta diversos efectos, según la naturaleza de aquellas.

Pero tal distinción, que se fundaba en varios preceptos del derecho Romano, fué proscrita de nuestro Código á pretexto de que daba lugar á intrincadas controversias por la contrariedad de algunos de éstos, de los cuales fué preciso alejarse omitiéndola, mediante la de las obligaciones mancomunadas y no mancomunadas, que permite una fácil explicación de sus efectos jurídicos.<sup>1</sup>

Esta distinción permite también que se comprendan fácilmente los efectos que le atribuye la ley; pues si la mancomunada de la obligación de los deudores les impone á cada uno por sí, el deber de prestar en su totalidad la suma ó hechomateria del contrato, es claro que la contravención de uno de ellos hace que todos incurran en la pena, porque la responsabilidad de uno es la de los demás (art. 1,506 Cód. civ.)<sup>2</sup>

Pero también se separó nuestro Código de los europeos al determinar las personas de quien se puede exigir el pago de la pena en las obligaciones mancomunadas, estableciendo que para hacer efectivo el cobro del contraventor, deben ser notificados los demás herederos, para que si alguno paga, redima la pena; pues sería inícuo que por acto ajeno y no conocido, se hiciera ésta efectiva.<sup>3</sup>

Es decir que, según el sistema adoptado por el Código Civil, aunque la contravención de uno de los deudores mancomunados da derecho al acreedor para exigir el pago de la pena del contraventor y de los demás deudores, no puede realizar su intención sino llenando el requisito esencial de

<sup>1</sup> Véanse las leyes, 4, pár. 1 y 5, pár. 4, tít. 1. lib. 45. D. Pothier, Des obligations núm. 359; Demolombe, tomo XXVI, núm. 707 y siguientes. Como veremos en su oportunidad, no es jurídica la razón alegada por nuestros codificadores.

<sup>2</sup> Art. 1,390, Código civil de 1884.

Este precepto contiene una reforma, que consiste en la sustitución de la palabra *suma* por la palabra *cosa*, que por su significación más amplia es más propia.

<sup>3</sup> Exposición de motivos.

notificar á éstos, á fin de que rediman la pena, haciendo el pago.

Como consecuencia necesaria de la naturaleza de las obligaciones mancomunadas, declara el artículo 1,437 del Código, que el contraventor está obligado á indemnizar al que huíere pagado, repitiendo el principio contenido en otros términos en el artículo 1,523.<sup>1</sup>

Si la obligación no es mancomunada, rigen las mismas reglas que acabamos de exponer; pero si el acreedor hubiere admitido el pago parcial de la deuda ú obligación de parte de alguno de los coherederos, debe descontarla de la pena, aun cuando la exija del contraventor (artículo 1,438, Código Civil).<sup>2</sup>

Como se vé, esta determinación de la ley no es más que la reproducción de los principios, cuyo desarrollo hemos procurado.

Con el temor que constantemente nos domina, conociendo nuestra insuficiencia, nos atrevemos á manifestar, que á nuestro juicio adolece la distinción á que hemos aludido, de oscuridad y falta de desarrollo, cuyas circunstancias pueden ser el origen fecundo de cuestiones intrincadas y de difícil solución.

## VI

### De la forma externa de los contratos.

“El requisito de mayor importancia para los romanos, dice Gutiérrez Fernández, es entre nosotros el de ménos interés, aludimos á la parte externa de las obligaciones, su forma, su solemnidad.”

<sup>1</sup> Artículos 1,320, y 1,407, Código Civil de 1,884

<sup>2</sup> Artículo 1,321, Código Civil de 1,884.

“La ley recopilada suprimió todos los accidentes, declarando válida, sin más que ser cierta toda obligación. Acaso por su misma facilidad ocasionada á no pocos abusos, la ley ha necesitado buscar la seguridad de ciertos contratos en formas determinadas, y si ella no, los particulares las han establecido con objeto de señalar á su voluntad límites precisos. No; no vale toda obligación, ó por lo menos no es perfecta, contraída de cualquier modo, cuando deba reunir solemnidades especiales, ó por declaración de la ley ó por voluntad de los contrayentes.”<sup>1</sup>

Hemos invocado los principios que sostiene Gutiérrez Fernández, porque son los mismos que han regido entre nosotros bajo el imperio de la legislación antigua, y los que sanciona el Código Civil.

En efecto, reproduciendo el artículo 1,392, el principio sancionado por la ley 1<sup>ª</sup>, título 1<sup>º</sup>, libro X de la Novísima Recopilación, según el cual los contratos se perfeccionan sólo por consentimiento, es evidente que la validez de ellos no depende de ninguna forma ó solemnidad externa. Sin embargo, siguiendo los principios á que hemos aludido, establece una excepción, á fin de asegurar mejor los derechos de los contrayentes en cierta clase de contratos.<sup>2</sup>

Por eso es que el artículo 1,439 declara que la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa, menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa.<sup>3</sup>

Varias excepciones de la regla contenida en el precepto que antecede, señala el Código Civil, de los cuales mencionaremos algunas.

Así, por ejemplo, el contrato de compra-venta de inmuebles exige para su validez que se haga constar en instrumento privado, si su valor no excede de quinientos pesos; y que

<sup>1</sup> Tomo IV, página 51.

<sup>2</sup> Artículo 1,276, Código Civil de 1884. Véase la nota 1<sup>ª</sup>, pág. 14.

<sup>3</sup> Artículo 1,323, Código Civil de 1,884.

notificar á éstos, á fin de que rediman la pena, haciendo el pago.

Como consecuencia necesaria de la naturaleza de las obligaciones mancomunadas, declara el artículo 1,437 del Código, que el contraventor está obligado á indemnizar al que huíere pagado, repitiendo el principio contenido en otros términos en el artículo 1,523.<sup>1</sup>

Si la obligación no es mancomunada, rigen las mismas reglas que acabamos de exponer; pero si el acreedor hubiere admitido el pago parcial de la deuda ú obligación de parte de alguno de los coherederos, debe descontarla de la pena, aun cuando la exija del contraventor (artículo 1,438, Código Civil).<sup>2</sup>

Como se vé, esta determinación de la ley no es más que la reproducción de los principios, cuyo desarrollo hemos procurado.

Con el temor que constantemente nos domina, conociendo nuestra insuficiencia, nos atrevemos á manifestar, que á nuestro juicio adolece la distinción á que hemos aludido, de oscuridad y falta de desarrollo, cuyas circunstancias pueden ser el origen fecundo de cuestiones intrincadas y de difícil solución.

## VI

### De la forma externa de los contratos.

“El requisito de mayor importancia para los romanos, dice Gutiérrez Fernández, es entre nosotros el de ménos interés, aludimos á la parte externa de las obligaciones, su forma, su solemnidad.”

<sup>1</sup> Artículos 1,320, y 1,407, Código Civil de 1,884

<sup>2</sup> Artículo 1,321, Código Civil de 1,884.

“La ley recopilada suprimió todos los accidentes, declarando válida, sin más que ser cierta toda obligación. Acaso por su misma facilidad ocasionada á no pocos abusos, la ley ha necesitado buscar la seguridad de ciertos contratos en formas determinadas, y si ella no, los particulares las han establecido con objeto de señalar á su voluntad límites precisos. No; no vale toda obligación, ó por lo menos no es perfecta, contraída de cualquier modo, cuando deba reunir solemnidades especiales, ó por declaración de la ley ó por voluntad de los contrayentes.”<sup>1</sup>

Hemos invocado los principios que sostiene Gutiérrez Fernández, porque son los mismos que han regido entre nosotros bajo el imperio de la legislación antigua, y los que sanciona el Código Civil.

En efecto, reproduciendo el artículo 1,392, el principio sancionado por la ley 1<sup>ª</sup>, título 1<sup>º</sup>, libro X de la Novísima Recopilación, según el cual los contratos se perfeccionan sólo por consentimiento, es evidente que la validez de ellos no depende de ninguna forma ó solemnidad externa. Sin embargo, siguiendo los principios á que hemos aludido, establece una excepción, á fin de asegurar mejor los derechos de los contrayentes en cierta clase de contratos.<sup>2</sup>

Por eso es que el artículo 1,439 declara que la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa, menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa.<sup>3</sup>

Varias excepciones de la regla contenida en el precepto que antecede, señala el Código Civil, de los cuales mencionaremos algunas.

Así, por ejemplo, el contrato de compra-venta de inmuebles exige para su validez que se haga constar en instrumento privado, si su valor no excede de quinientos pesos; y que

<sup>1</sup> Tomo IV, página 51.

<sup>2</sup> Artículo 1,276, Código Civil de 1884. Véase la nota 1<sup>ª</sup>, pág. 14.

<sup>3</sup> Artículo 1,323, Código Civil de 1,884.

se reduzca á escritura pública si el precio pasa de dicha cantidad (arts. 3,056, 3,057 y 3,060, Cód. Civ.) <sup>1</sup>

El contrato de sociedad, debe hacerse constar en escritura pública, siempre que su objeto ó capital exceda en valor de trescientos pesos, bajo la pena de nulidad de la obligación (arts. 2,357 y 2,358, Cód. Civ.) <sup>2</sup>

El contrato de mandato, debe constar por escritura pública, cuando sea general, cuando el negocio á que se refiere excede de mil pesos; cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario á nombre del mandante algún acto que conforme á la ley deba constar en instrumento público; y cuando tenga por objeto negocios judiciales que deban seguirse por escrito, según los preceptos del Código de Procedimientos.

Y debe constar por lo menos en escrito privado, cuando el interés del negocio excede de trescientos pesos y no llega á mil (arts. 2,484 y 2,485, Cód. Civ.) <sup>3</sup>

Como la voluntad de los contrayentes es la suprema ley de los contratos, es evidente que depende de su arbitrio imponer como requisito esencial para la validez de las obligaciones, que se reduzcan á escritura pública, y que tal estipulación produzca el efecto jurídico, de que la falta de ese requisito cause la nulidad del contrato.

Reasumiendo lo expuesto, podemos establecer, que fuera de los casos expresamente determinados por la ley ó por la voluntad de los contratantes, la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa.

Grande controversia se ha sostenido antes de ahora, entre los jurisconsultos, acerca de si el requisito de la escritura pública ó privada, según el caso, es de forma, y sólo para el

<sup>1</sup> Artículos 2,920, 2,921 y 2,924, Código civil, de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 2,225 y 2,226, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículos 2,352 y 2,353, Código Civil Reformado, este último precepto en el sentido de que el mandato puede conferirse verbalmente sólo por negocio, cuya cuantía no exceda de *doscientos pesos*.

efecto de demostrar la existencia del contrato, ó si constituye una solemnidad esencial, cuya falta produce la nulidad de la obligación.

Por fortuna nosotros nos hallamos lejos de esa controversia, porque en los casos que el Código señala como excepciones de la regla general, á que nos hemos referido, declara que es un requisito esencial el otorgamiento de la escritura.

Debemos advertir que aun cuando la falta de este requisito no produce acción para exigir el cumplimiento de la obligación, si la da para estrechar al contrayente que rehusa firmar la escritura á que llene este deber ó á que le indemnice los daños y perjuicios.

El Código de Procedimientos de 1,872, sancionó este sistema en el artículo 10, aunque refiriéndose sólo á los contratos traslativos de dominio; pero el de 1,880 hizo extensivo en su artículo 10, el mismo sistema á todo género de contratos, sin restricción alguna. <sup>1</sup>

## VII

### De la interpretación de los contratos.

Los preceptos de la ley, fuera de las condiciones esenciales de los contratos, tienen sólo aplicación, como hemos dicho, para suplir las omisiones de los contrayentes, pues en ellos domina el principio que declara, que la voluntad de éstos es la suprema ley de los contratos.

En otros términos más precisos, la ley reglamenta los contratos; pero tiene por base esencial de ellos la voluntad de los contrayentes.

<sup>1</sup> Artículo 9, Código de Procedimientos de 1884.

Por este motivo es nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, no puede venirse en conocimiento de cuál haya sido la intención ó voluntad de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación; pues en tal caso no sólo es arbitraria, sino imposible la interpretación, cualquiera que sea el extremo que ella adopte. (art. 1,440, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

«Cuando es perfectamente conocida la voluntad de los contratantes sobre el objeto principal del contrato, pero recae la duda sobre las circunstancias accidentales y no puede resolverse por los términos de éste, como no puede declararse su nulidad, pues se obraría contra la voluntad de las partes, se deben observar las reglas siguientes: (art. 1,441, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

1.<sup>ª</sup> Si el contrato fuere gratuito, se resolverá la duda en favor de la menor transmisión de derechos é intereses, pues la circunstancia de que nada adquiere el contratante que enajena en compensación de la cosa que entrega, hace presumir que ha tenido intención de desprenderse de la menor suma de derechos:

2.<sup>ª</sup> Si el contrato fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de interés; pues habiendo adquisición y cesión recíproca de derechos, la equidad exige que haya la mayor reciprocidad de intereses.

Estas son las únicas reglas que para la interpretación de

1 Artículo 1,324, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,325, Código Civil de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Si la duda recae sobre circunstancias accidentales del contrato, y no puede resolverse por los términos de éste, se observarán las reglas siguientes:»

«I. Si las circunstancias aunque accidentales, por la naturaleza del contrato, revelaren que sin ella no se habría prestado el consentimiento de alguno de los contratantes, se estará á lo dispuesto en el artículo anterior.»

«II. Si el contrato fuere gratuito, se resolverá la duda en favor de la menor transmisión de derechos é intereses.»

«III. Si el contrato fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor transmisión de derechos é intereses.»

La reforma consiste, pues, en la adición de la primera fracción.

los contratos, establece el Código Civil, por cuyo motivo se le ha censurado por algunos abogados de omiso é incompleto en materia tan importante; pero juzgamos ese cargo injusto, porque el sistema adoptado por dicho ordenamiento es preferible en atención á que prevee en general las cuestiones que pueden suscitarse sobre la intención de los contratantes sin descender á reglas minuciosas, que llevarían al legislador al casuismo, enteramente impropio de un Código bien meditado.

Además, en el artículo 1,392, que tantas veces hemos citado, establece el Código Civil una regla general de interpretación, en virtud de la cual, los tribunales en caso de duda sobre el cumplimiento de un contrato, deben interpretarlo conforme á la voluntad de los contratantes y á las indicaciones de la buena fe, esto es, de la equidad y la justicia y la naturaleza del mismo contrato, supliendo las omisiones de aquellos por el uso y por la ley.<sup>1</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia fundada en los principios del derecho Romano, ha establecido las siguientes reglas de interpretación:

1.<sup>ª</sup> En todo contrato se debe consultar la intención común de los contratantes, más bien que el sentido literal de las palabras:<sup>2</sup>

2.<sup>ª</sup> Cuando una cláusula es susceptible de dos ó más sentidos, se debe entender en el más adecuado para que surta efecto, y el más conforme á la razón y á la verdad:<sup>3</sup>

3.<sup>ª</sup> Las cláusulas, de los contratos, deben interpretarse las unas por las otras, dando á cada una en particular el sentido que resulte de ellas:<sup>4</sup>

4.<sup>ª</sup> Cuando la aplicación de las reglas anteriores no permite fijar el verdadero sentido de las palabras, se debe aten-

1 Artículo 1,276, Código Civil de 1,884.

2 Leyes 219, tít. 16, lib. 50, y 7, tít. 10; lib. 33, D.

3 Leyes 12, tít. 5, lib. 34, D., 25, tít. 11, Partida 5.<sup>ª</sup>, y 2, tít. 33 Partida 7.<sup>ª</sup>.

4 Leyes 50, párr. 3, tít. 1, lib. 30 y 126, tít. 16, lib. 50, D.

der al uso observado en el lugar en donde se celebró el contrato: <sup>1</sup>

5.<sup>ª</sup> Las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aún cuando no se haya hecho mención de ella: <sup>2</sup>

Esta misma regla se halla contenida en el artículo 1,427 del Código Civil, que declara, que las cláusulas que se refieren á requisitos esenciales del contrato ó que sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tienen por puestas aunque no se expresen: <sup>3</sup>

6.<sup>ª</sup> En caso de duda, la cláusula oscura debe interpretarse contra la parte que por su falta de explicación hubiere dado origen á la oscuridad, y si esto no fuere posible, se interpretará dél modo más favorable al obligado: <sup>4</sup>

Creemos que esta regla no puede tener aplicación actualmente, supuesta la existencia de las contenidas en los artículos 1,440 y 1,441 del Código Civil. <sup>5</sup>

7.<sup>ª</sup> Por generales que sean los términos de un contrato, jamás pueden cemprender cosas diversas de aquellas sobre las cuales aparece que quisieron contratar los otorgantes: <sup>6</sup>

8.<sup>ª</sup> Cuando el objeto del contrato es un compuesto de diversas partes, la denominación dada al todo comprende todas las partes que lo forman: <sup>7</sup>

9.<sup>ª</sup> La expresión de un caso se estima hecha por vía de ejemplo, á no ser que aparezca claramente haberse verificado con objeto de limitar la extensión de la obligación: <sup>8</sup>

10.<sup>ª</sup> En los contratos, lo mismo que en los tratamientos, la cláusula concebida en plural, se descompone en otras particulares:

1 Leyes 34, tít. 17, lib. 50, D.

2 Leyes 31, párr. 20, tít. 1, lib. 21, D.

3 Artículo 1,310. Código Civil de 1,884.

4 Leyes 38, párrafo 18 y 99, título 1, libro 45, y 39, título 14, libro 2, D.

5 Artículos 1,324 y 1,325, Código Civil de 1884. Véase la nota 2.<sup>ª</sup> pág. 70.

6 Ley 9, tít. 15, lib. 2, D.

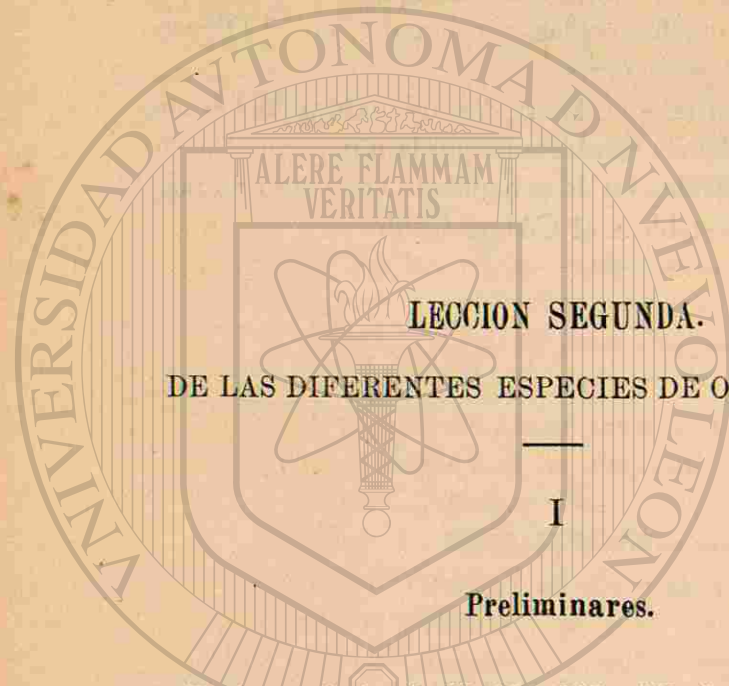
7 Ley 29, tít. 4, lib. 2, Cód.

8 Leyes 81 y 94, tít. 17, lib. 45, D.

11.<sup>ª</sup> La conclusión de una frase se refiere á toda ella, y no á la frase que inmediatamente le precede, siempre que convenga en género y número á toda aquella.

Existen otras muchas reglas, consignadas en el Digesto en el título *de Regulis Juris*.

Conviene advertir, que las reglas de interpretación que preceden, y las demás establecidas por la jurisprudencia, solamente son aplicables en la actualidad, en cuanto no pugnan con las que establece el Código Civil.



En los artículos I, II, III, IV y VI de la lección precedente nos hemos ocupado de los caracteres esenciales de las obligaciones, y ahora vamos á hacer el estudio de sus caracteres accidentales; esto es, de sus diversas modalidades y de los efectos que éstas producen.

Por razón de las modalidades de que pueden estar afectadas las obligaciones, se distinguen:

- 1.º En reales y personales:
- 2.º En puras y condicionales:
- 3.º A plazo:
- 4.º En conjuntivas y alternativas:
- 5.º Solidarias ó mancomunadas:

Vamos á ocuparnos separadamente de cada una de estas modalidades en el mismo orden en que las hemos enumerado.

## II

### De las obligaciones personales y reales.

Siguiendo los principios del Derecho Romano y de nuestra antigua legislación, distingue el Código Civil las obligaciones en personales y reales.

En efecto: según esos principios el que contrae lo hace para sí y sus herederos; y éstos representan la persona del difunto y le suceden en todos sus derechos y obligaciones.

*Qui paciscitur sibi heredique suo pacisci intelligitur, tam heredibus nostris, quam nobis meptisu caveamus.*

*Hæres personam defuncti sustinet.*

“Todo ome que face pleyto ó postura con otri, dice la ley II, tít. 14, Partida 3.ª, lo face también por sus herederos como por sí, magüer ellos non sean nombrados en la postura.”

Obligación personal es la que solamente liga á la persona que la contrae, y á sus herederos. (Art. 1,442, Código Civil.)<sup>1</sup>

Obligación real es la que afecta á la cosa y obra contra cualquier poseedor de ella (Art. 1,443, Código Civil.)<sup>2</sup>

En otros términos: la obligación personal es aquella que otorga á uno de los contratantes, ó á ambos, el derecho de exigir del otro ó de sus herederos, que hacen sus veces, porque le suceden en todos sus derechos y obligaciones, que les procuren alguna utilidad ó provecho, dando, haciendo ó absteniéndose de hacer algo; y real es aquella que otorga á uno de los contrayentes la facultad ó derecho de atri-

<sup>1</sup> Artículo 1,326, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,327, Código Civil de 1884.

buirse, con exclusión de cualquiera otra persona, la utilidad total ó parcial de una cosa.

Unos ejemplos harán más comprensible estas definiciones.

Si una persona hace donación á otra del usufructo de una heredad, crea una obligación real, que afecta directamente á la cosa y da origen á un derecho que puede ejercitarse contra cualquier poseedor de la heredad, sea ó no heredero del donante.

Pero si una persona se obliga á dar á otra una cantidad de dinero, ó á la prestación de algún hecho, la obligación es personal.

En consecuencia: la obligación real crea un derecho que engendra una relación directa é inmediata entre la persona y la cosa, objeto de aquel vínculo, y por consiguiente, sólo existen en ese derecho dos elementos, la persona, sujeto activo de él, y la cosa.

Por el contrario, la obligación personal crea solamente una relación entre el acreedor y el deudor, quien está obligado al primero por razón de una cosa ó de un hecho; y por tanto, existen en el derecho que engendra tres elementos, el sujeto activo de él ó acreedor, el sujeto pasivo ó deudor y la cosa ú objeto sobre que recae.

### III

#### De las obligaciones puras y condicionales.

La obligación pura es definida por el Código Civil por contraposición á la condicional, diciendo que es aquella cuyo cumplimiento no depende de condición alguna. (Artículo 1,444, Código Civil.)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,328, Código Civil de 1884.

El efecto de esta obligación consiste en que desde luego está obligado el deudor á dar ó hacer aquello que prometió, y el acreedor adquiere derecho de exigir el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, este principio no es absoluto y está sujeto á justas limitaciones, que tienen por objeto facilitar el cumplimiento de las obligaciones, evitando que exigencias extemporáneas de los acreedores conviertan los contratos en actos de ningún valor ni efecto.

Por ese motivo, declara el art. 1,631 del Código Civil, que si no se hubiere determinado el tiempo en que debe hacerse el pago, se hará cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el tiempo que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato.<sup>1</sup>

En otros casos, por ejemplo, tratándose del mutuo, establece el Código las reglas siguientes, si los contratantes no hubieren convenido nada acerca del plazo de la restitución (Artículos 2,811 y 2,812 y siguientes):<sup>2</sup>

1.º Si el mutuario fuere labrador, y el préstamo consistiere en cereales ú otros productos del campo, la restitución se debe hacer en la siguiente cosecha de los mismos ó semejantes frutos ó productos:

2.º La misma disposición se debe observar respecto de los mutuarios, que no siendo labradores, perciban frutos ó productos semejantes de sus tierras:

3.º En todos los demás casos la obligación comienza desde el requerimiento judicial.

La obligación es condicional, dice el art. 1,445 del Código Civil, cuando depende de un acontecimiento futuro é incierto, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien

<sup>1</sup> Art. 1,517, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Art. 2,686, Código Civil de 1884. En este precepto se refundieron tres del Código de 1870, con las reformas que haremos conocer al ocuparnos del contrato de mandato.



buirse, con exclusión de cualquiera otra persona, la utilidad total ó parcial de una cosa.

Unos ejemplos harán más comprensible estas definiciones.

Si una persona hace donación á otra del usufructo de una heredad, crea una obligación real, que afecta directamente á la cosa y da origen á un derecho que puede ejercitarse contra cualquier poseedor de la heredad, sea ó no heredero del donante.

Pero si una persona se obliga á dar á otra una cantidad de dinero, ó á la prestación de algún hecho, la obligación es personal.

En consecuencia: la obligación real crea un derecho que engendra una relación directa é inmediata entre la persona y la cosa, objeto de aquel vínculo, y por consiguiente, sólo existen en ese derecho dos elementos, la persona, sujeto activo de él, y la cosa.

Por el contrario, la obligación personal crea solamente una relación entre el acreedor y el deudor, quien está obligado al primero por razón de una cosa ó de un hecho; y por tanto, existen en el derecho que engendra tres elementos, el sujeto activo de él ó acreedor, el sujeto pasivo ó deudor y la cosa ú objeto sobre que recae.

### III

#### De las obligaciones puras y condicionales.

La obligación pura es definida por el Código Civil por contraposición á la condicional, diciendo que es aquella cuyo cumplimiento no depende de condición alguna. (Artículo 1,444, Código Civil.)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,328, Código Civil de 1884.

El efecto de esta obligación consiste en que desde luego está obligado el deudor á dar ó hacer aquello que prometió, y el acreedor adquiere derecho de exigir el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, este principio no es absoluto y está sujeto á justas limitaciones, que tienen por objeto facilitar el cumplimiento de las obligaciones, evitando que exigencias extemporáneas de los acreedores conviertan los contratos en actos de ningún valor ni efecto.

Por ese motivo, declara el art. 1,631 del Código Civil, que si no se hubiere determinado el tiempo en que debe hacerse el pago, se hará cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el tiempo que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato.<sup>1</sup>

En otros casos, por ejemplo, tratándose del mutuo, establece el Código las reglas siguientes, si los contratantes no hubieren convenido nada acerca del plazo de la restitución (Artículos 2,811 y 2,812 y siguientes):<sup>2</sup>

1<sup>o</sup> Si el mutuario fuere labrador, y el préstamo consistiere en cereales ú otros productos del campo, la restitución se debe hacer en la siguiente cosecha de los mismos ó semejantes frutos ó productos:

2<sup>o</sup> La misma disposición se debe observar respecto de los mutuarios, que no siendo labradores, perciban frutos ó productos semejantes de sus tierras:

3<sup>o</sup> En todos los demás casos la obligación comienza desde el requerimiento judicial.

La obligación es condicional, dice el art. 1,445 del Código Civil, cuando depende de un acontecimiento futuro é incierto, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien

<sup>1</sup> Art. 1,517, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Art. 2,686, Código Civil de 1884. En este precepto se refundieron tres del Código de 1870, con las reformas que haremos conocer al ocuparnos del contrato de mandato.

sea resolviéndola; según que el acontecimiento previsto llegue ó no á verificarse. <sup>1</sup>

De esta definición se infiere que la condición es todo acontecimiento futuro é incierto de que se hace depender alguna obligación.

Se infiere también que las obligaciones pueden contraerse bajo condición suspensiva, ó bajo condición resolutoria. Es suspensiva cuando suspende el cumplimiento de la obligación hasta que se verifique ó no el acontecimiento; y es resolutoria, cuando cumplida que sea, produce la resolución de la obligación y repone las cosas en el estado que tenían antes de otorgarse aquella. (Artículos 1,447 y 1,448, Código Civil.) <sup>2</sup>

Al hacer esta clasificación se ha separado nuestro Código, siguiendo al Francés, de los principios del Derecho Romano, adoptado por la legislación de las Partidas, según los cuales no se consideraba como condicional la obligación cuya subsistencia dependía del verificativo de un acontecimiento incierto, sino como pura y simple, aunque dependiente su resolución de una condición suspensiva; porque queda perfecta en el acto mismo en que se celebra el contrato y da derecho al acreedor para exigir su cumplimiento. <sup>3</sup>

Estos mismos efectos se producen según el Código Civil; como veremos después, y han servido á los comentaristas del Francés, que hace la misma clasificación, para criticarla como contrario á los principios verdaderamente jurídicos. <sup>4</sup>

Se funda la crítica en la circunstancia de que la condición resolutoria no suspende la existencia de la obligación, porque ésta existe y produce todos sus efectos como cualquiera

<sup>1</sup> Art. 1,329, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,331, y 1,332, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Leyes 2, tít. 2, 1, tít. 3, lib. 18, D., y 38, tít. 5, Partida 5.<sup>a</sup>

<sup>4</sup> Laurent, tomo XVII, núm. 32; Demolombe, tomo XXV, núm. 279; Baudry Lacantinerie, tomo II, núm. 891; Mourlon tomo II, núm. 1,194; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 100 bis III; Marcadé, tomo IV, núm. 542; y otros muchos.

otra obligación pura y simple, y no hay nada en suspenso relativamente á su existencia; y lo único que permanece incierto es su resolución, que queda en suspenso hasta el verificativo del acontecimiento del cual depende.

De cuya circunstancia deducen los jurisconsultos, que la condición resolutoria no es suspensiva, y en consecuencia, que hay dos especies de obligaciones condicionales, sino una sola, la de aquellas que se contraen bajo condición suspensiva; pues cuando se celebran bajo condición resolutoria son puras y simples, porque ésta sólo se refiere á su resolución.

La consecuencia que se deriva de lo expuesto es perfectamente clara, luego el Código hace una mala é inexacta clasificación distinguiendo dos especies de obligaciones condicionales, las que se celebrarán bajo condición suspensiva, y aquellas que se contraen bajo condición resolutoria, siendo así que sólo hay una obligación condicional, la que se celebra bajo condición suspensiva.

Sin embargo, tenemos que servirnos de esta distinción, ya porque está sancionada por la ley, ya porque se emplea en el tecnicismo del derecho, por más que no sea exacta.

La definición que hemos dado de la condición nos demuestra, que para que se le estime tal y produzca sus efectos, debe reunir las circunstancias siguientes:

<sup>1</sup> Que la existencia de la obligación dependa del verificativo de un acontecimiento futuro, pues si éste ya se verificó ó existe actualmente no puede haber condición, porque sólo son inciertos los acontecimientos futuros; y los actuales son ciertos aun cuando ignorados por los contrayentes. <sup>1</sup>

Por este motivo declaraban los preceptos del derecho Romano que las condiciones que se refieren al tiempo pasado ó al presente inutilizan inmediatamente la obligación, ó no la difieren; y la ley 2.<sup>a</sup> tít. 6, Partida 6.<sup>a</sup> declara á su vez

<sup>1</sup> Vinnio, Instit. lib. 3, tít. 16, párrafo 6.

que "tal condición no lo es propiamente, porque aquella cosa en que la ponen non es dudosa." <sup>1</sup>

Sin embargo, el Código declara en el artículo 1,446, que también puede constituirse obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes, fundado sin duda en que, según la opinión de los comentaristas del derecho Romano y de nuestra antigua legislación, aunque la condición prepóstera no es propiamente una condición ni produce los efectos de tal, la ignorancia de los contratantes produce resultados idénticos, porque se suspende la existencia de la obligación hasta que adquieren la certeza de haberse verificado ó no el acontecimiento del cual la hacen depender. <sup>2</sup>

2.ª Que dependa de un acontecimiento que igualmente pueda verificarse ó no; pues si debe verificarse necesariamente deja de ser condición, porque no suspende la existencia de la obligación, sino que difiere el derecho del acreedor para exigir su cumplimiento, lo cual equivale á la concesión de un plazo: <sup>3</sup>

3.ª Que verse sobre un hecho posible y lícito; pues si fuera imposible no podría verificarse y jamás existiría la obligación; y si fuera ilícito, sería contrario á las leyes y á las buenas costumbres, cuya circunstancia lo harían legalmente imposible:

4.ª Que no destruya la obligación á la cual afecta; pues sería perfectamente inútil la obligación del contrato si debiera obtenerse tal resultado.

Las condiciones se dividen además:

1.º En tácitas y expresas, ó de derecho y de hecho:

2.º En casuales, potestativas y mistas:

3.º En positivas y negativas:

<sup>1</sup> Leyes 100 y 120, tít. 1, lib. 45 y 37. y siguientes, tít. 1, lib. 2, D.

<sup>2</sup> Vinnio, loc. cit.; Viso tomo III, pág. 75; Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 289, y tomo IV, pág. 79.

<sup>3</sup> Pothier, Des. obligations, núm. 203; Laurent, tomo XVII, núm. 36; Viso, tomo III, pág. 76; Ley 8.ª, tít. 4, Partida 6.ª

4.º En conjuntivas y alternativas,

5.º En posibles é imposibles.

El Código civil no sanciona expresamente la primera y la última de las especies indicadas, pero sí de una manera implícita en algunos de sus preceptos, como después veremos.

La condición tácita es la que resulta de la voluntad presunta de los contrayentes, ó más bien, la que se sobreentiende en los contratos, aunque no se haya expresado.

Se le llama también condición de derecho, á causa de que se suple por la ley ó por los tribunales, y los jurisconsultos romanos la llamaban *extrínseca*, porque aunque no se pone expresamente en el contrato, se entiende virtualmente puesta, ya por la naturaleza del contrato, ya por exigirlo así la ley. <sup>1</sup>

Las condiciones tácitas se derivan de las causas siguientes.

1.ª De la ley:

2.ª De la naturaleza del contrato, ó de la cosa objeto de éste:

3.ª De la voluntad tácita de los contrayentes.

Es fuera de toda duda que hay condiciones tácitas, que se derivan de la ley, toda vez que existen preceptos que las establecen, y nos pueden servir de ejemplo la revocación de las donaciones, por el hecho de sobrevenir al donante hijos legítimos ó legitimados, ó naturales ó espúreos reconocidos, que hayan nacido con todas las condiciones que exige la ley; la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpla su obligación, y la condición suspensiva que se sobreentiende en las compras que se hacen á vistas, ó de cosas que se acostumbran gustar, pesar ó medir, (arts. 2,753, 1,465 y 2,953, Cód. Civ.) <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ley 99, tít. 1, lib. 44, D.

<sup>2</sup> Artículos 2,631, 1,319 y 2,825, Código Civil de 1831. El primero de éstos precep-

Nos pueden servir de ejemplo de condiciones tácitas, que se derivan de la naturaleza del contrato ó de la cosa que es objeto de él, los casos de la venta de los frutos, por nacer de un campo, en cuyo contrato se sobrentiende la condición, *si nacieren*; y el de un testador que teniendo dos hijos legítimos ó naturales ordena que por la muerte del uno herede el otro, en cuyo caso se sobrentiende la condición, *si muriese sin hijos*.<sup>1</sup>

Es evidente que las condiciones pueden deber su origen á la voluntad tácita de los contrayentes, supuesto que son las modalidades de los contratos, y que éstos pueden celebrarse mediante un consentimiento tácito.

Pueden servirnos de ejemplos de esta especie de condiciones tácitas, los siguientes, que propone Rolland de Villargues. Un individuo promete á su sobrina una dote, cuyo importe tomará de la sucesión de Ticio, que lo instituyó su heredero universal; pero resulta que la institución había sido revocada por un testamento posterior, desconocido del que constituyó la dote. La constitución queda revocada, porque se hizo bajo la condición tácita de que el dotante heredaría á Ticio.<sup>2</sup>

De la misma manera, si un individuo promete darle á otro las cantidades necesarias para obtener el título de doctor, no está obligado á pagarlas si éste no presenta los exámenes necesarios para obtener ese título.

Condición expresa es aquella que se manifiesta con palabras propias para determinarla; y como tiene por objeto hechos afirmativos ó negativos, se le llama también condición de hecho.

La condición es casual, cuando depende enteramente del acaso, ó de la voluntad de un tercero, no interesado en el contrato, (art. 1,449, Cód. Civ.)<sup>3</sup>

tos reformó al art. 2,753 del Código de 1,870, de acuerdo con el sistema que permite la libre testamentación.

<sup>1</sup> Leyes 2<sup>ª</sup>, título 11, Partida 5<sup>ª</sup>. y 10, título 4, Partida 6<sup>ª</sup>.

<sup>2</sup> Répertoire, art. Condition, párrafo 8, números 153 y 154.

<sup>3</sup> Artículo 1,333, Código Civil de 1,884.

La ley asimila la voluntad de un tercero no interesado en el contrato al acaso, porque, como éste, no depende del arbitrio de los contrayentes y produce respecto de ellos el mismo efecto que aquél.

La condición es potestativa ó voluntaria cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes. (Art. 1,450, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Los autores distinguen la condición potestativa de la puramente potestativa de parte del deudor, porque la primera es perfectamente válida y la segunda hace nula é ineficaz la obligación en que se impone; pues equivale á dejar al arbitrio de él su cumplimiento, contra la prohibición del artículo 1,394 del Código civil.<sup>2</sup>

En otros términos, la condición puramente potestativa deja al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, no crea ningún vínculo entre él y el acreedor, y es aquella que los jurisconsultos romanos designaban con estas palabras *si vuluero, si vulueris* á la cual negaban todo valor y eficacia, en virtud del axioma que dice: *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit*.<sup>3</sup>

Unos ejemplos harán más perceptible esta diferencia y sus efectos.

Si una persona se obliga á vender una finca en diez mil pesos, si el presente año construye otra, contrae una obligación perfectamente válida, bajo condición suspensiva, por más que ésta sea potestativa, pues no puede sustraerse de ella, sino haciendo un sacrificio, absteniéndose de construir la finca.

De la misma manera, si una persona vende la finca, obligándose á hacerle ciertas reparaciones, bajo la condición de que se rescindirá la venta si dentro de un año no las ha hecho; la obligación contraída bajo condición resolutoria, por

<sup>1</sup> Art. 1,334, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,278, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Leyes 108, pár. 17, 46, pár. 3, tít. 1, lib. 45, 8, tít. 7, lib. 44 y 7, tít. 1, lib. 18, D

más que ésta sea potestativa, es perfectamente válida, porque no basta para destruirla la voluntad del vendedor; pues multitud de circunstancias pueden impedir que llene la condición en el plazo convenido.

Pero si una persona se obliga á entregarle á otra una cantidad, si quiere, hay una condición puramente potestativa, que depende sólo de la voluntad del deudor, no produce ningún vínculo entre él y el acreedor, y por consiguiente anula y hace ineficaz la obligación.

Es la condición mixta, cuando depende juntamente de un acontecimiento ajeno de la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas. (Art. 1,450, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Por ejemplo; si un individuo promete á otro una cantidad si se casa dentro de un plazo determinado, ó si hace un viaje á Londres, la condición es mixta, porque depende en parte su cumplimiento de la voluntad de este individuo, y en parte de la voluntad de la persona con la cual pretende unirse en matrimonio, sobre la cual no ejerce ningún imperio, y de otras muchas circunstancias que pueden impedir que se case ó que efectúe el viaje propuesto; como una enfermedad, un naufragio, el bloqueo de nuestros puertos, etc.

Condición positiva ó afirmativa es aquella cuyo cumplimiento depende de la realización del hecho previsto: por ejemplo, prometo cederte mi habitación si hago un viaje á Europa.

Condición negativa es aquella cuyo cumplimiento depende de la no realización de un hecho determinado: por ejemplo, prometo ceder mi caballo, si dentro de tres meses no tengo necesidad de hacer un viaje.

Esta división, que implícitamente sanciona nuestro Código, declarando en el artículo 1,451, que si el cumplimiento del contrato depende de alguna condición positiva ó negativa, de hecho ó de tiempo, cumplida que sea, se tendrá por

1 Art. 1,334, Código Civil de 1884.

perfeccionado el contrato, se ha estimado por los autores de origen poco ó nada científico.<sup>1</sup>

Entre otros, dice Demolombe, refiriéndose á ella, que es tanto menos esencial, cuanto que la diferencia que distingue á las condiciones positivas de las negativas, proviene comúnmente de la diferencia de las expresiones ó del giro de las frases empleadas por dos contrayentes; y propone, para acreditar su aserto, el ejemplo siguiente:<sup>2</sup>

La condición, *si yo me caso*, es positiva, pero si se dice, *si no permanezco célibe*, se tiene una condición negativa. Sin embargo, el acontecimiento en el cual consiste la condición es el mismo en uno y en otro caso.

Condición conjuntiva es aquella cuyo cumplimiento depende de varios acontecimientos previstos ó determinados simultáneamente por los contrayentes. Por ejemplo; si soy electo Magistrado de la Corte de Justicia y si soy comisionado para proponer ternas para la provisión de los Juzgados de Distrito, te prometo postularte en una de esas ternas.

Condición alternativa es aquella cuyo cumplimiento depende del verificativo de uno de los acontecimientos determinados por los contrayentes. Por ejemplo; si soy electo Magistrado de la Suprema Corte de Justicia, ó si soy comisionado para proponer ternas para la provisión de los Juzgados de Distrito, prometo postularte en una de esas ternas.

Condición posible es aquella que puede cumplirse por no haber obstáculo que lo impida; y condición imposible es aquella que no puede cumplirse por haber un obstáculo irresistible que lo impide.

Las condiciones imposibles se dividen por los autores: siguiendo las leyes de las Partidas, en imposibles por la naturaleza, por derecho, de hecho y por ser dudosas y perplejas.<sup>3</sup>

1 Art. 1,331, Código Civil de 1884.

2 Tomo XXV, núm. 284.

3 Ley 1, tít. 4, Partida 6ª

Se llaman imposibles por naturaleza aquellas cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si se dijere te instituyo mi heredero si alcanzas el cielo con la mano. <sup>1</sup>

Son imposibles por derecho las contrarias á la ley, la honestidad y las buenas costumbres, por ejemplo, le instituyo mi heredero, si no das alimentos á tu padre. <sup>2</sup>

Son imposibles de hecho las que de hecho jamás pueden existir, como por ejemplo, la de dar un monte de oro, que es la que señala la ley 4.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, Partida 6.<sup>a</sup>

Son perplejas ó dudosas aquellas cuyas palabras se contradicen ó cuyo sentido no se puede entender, como si un testador dijera, instituyo mi heredero á Juan si lo fuere Pedro, é instituyo á Pedro si lo fuere Juan. <sup>3</sup>

Las condiciones física ó legalmente imposibles anulan el contrato que de ellas depende, porque los que contratan de ese modo indican de una manera clara y significativa, que tratan de divertirse, no hablan con seriedad, ni tienen intención de obligarse. Además, la ley no puede autorizar aquellos contratos que tienen por objeto la violación de sus preceptos, ó que ofenden á la moral y las buenas costumbres. <sup>4</sup>

Los autores critican, con razón, los ejemplos que preceden, propuestos por las leyes, y entre ellos, Gutiérrez Fernández, se expresa así: "El ejemplo de la ley es impropio; pues una cosa necesaria no es condición: claro es que nadie ha de tocar con el dedo en el cielo ni beberse el agua del mar." <sup>5</sup>

También distinguen los autores las condiciones imposibles en positivas y negativas, atribuyéndoles distintos efectos, fundados en los preceptos del derecho Romano y en la ley 17, tít. 11, Partida 5.<sup>a</sup>

1 Ley 3, tít. 4, Partida 6.<sup>a</sup>

2 Ley 3, citada.

3 Ley 5, tít. 4, Partida 6.<sup>a</sup>

4 Artículo 1,354, Código Civil de 1884.

5 Tomo IV, pág. 81.

Según éstos, la condición negativa, como necesaria, no vicia el contrato, y por el contrario, la positiva la anula; porque aquella condición aunque absurda y ridícula, está cumplida desde luego, toda vez que es imposible que deje de cumplirse.

*Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat. Aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi, si in caelum non ascenderit, non utilis et praesens est; et pecuniam creditam continet.* (Ley 7, tít. 1, lib. 45, D.)

La ley 17, tít. 11, Partida 5.<sup>a</sup>, da la razón de la diferencia en las siguientes palabras: "Ca pues cierta cosa es que ningun ome, segun curso de natura, podría esto facer, finca por ende obligado el que face la promisión."

Conocidas las diversas especies de condiciones que se pueden imponer en los contratos, veamos cuáles son sus efectos jurídicos.

Para que las condiciones produzcan los efectos que los contrayentes se proponen, es requisito indispensable que se cumplan en la manera convenida por ellos, á no ser que de los términos del contrato se infiera su intención de que se puedan cumplir por equivalentes. Por ejemplo; si una persona se obligó condicionalmente á pagar quinientos pesos en plata, cumple la condición si satisface esa cantidad en billetes del Banco Nacional, porque para el acreedor es indiferente recibir la cantidad en efectivo ó en los billetes que lo representan y tienen el mismo valor en el comercio. <sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere, que no se puede reputar cumplida una condición, sino cuando lo ha sido en su totalidad, y por tanto, que su cumplimiento parcial no otorga derecho de ninguna especie al contrayente en cuyo favor se celebró el contrato condicional.

En otros términos; el cumplimiento de la condición es in-

1 Pothier, Des obligations, núm. 206; Toullier, tomo VI, núm. 586; Larombière tomo II, art. 1,175, números 2 á 4; Colmet de Santerre, tomo V, números 95 y 95 bis Zachariae, pár. 302, nota 10; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 68.

divisible, aun cuando el objeto de ella sea divisible. Por ejemplo, un individuo conviene con otro en poner término al litigio que siguen sobre la propiedad de un inmueble, si dentro del plazo de un mes le entrega la cantidad de quince mil pesos. Si el promitente no paga en el plazo convenido toda la cantidad expresada, no se habrá cumplido la condición y aquél no tendrá derecho alguno, por más que la naturaleza de la cosa objeto de la condición sea susceptible de dividirse.<sup>1</sup>

El mismo principio tiene aplicación cuando la persona obligada fallece dejando muchos herederos; pues no bastaría que uno de ellos cumpliera la condición en la parte que le correspondiera. Por ejemplo; si entregara cinco mil pesos de los quince mil que debía pagar el testador en el plazo convenido.

La razón es perfectamente perceptible, porque la condición produce el efecto de suspender la existencia de la obligación hasta el verificativo de un acontecimiento previsto y determinado, y mientras no se cumpla tal como se convino por los contrayentes, no está obligado el que prometió á llenar el deber que se impuso.

Por este motivo, si muere el contrayente á quien se impuso la condición antes del verificativo de ella, dejando varios herederos, no basta que uno de ellos la cumpla en la parte que le corresponda, sino que es indispensable que todos la cumplan en su totalidad.<sup>2</sup>

La condición puede verificarse, y por consiguiente, producir efecto, después de la muerte de los contrayentes; pues como hemos dicho antes, el que contrata lo hace para sí y para sus herederos, y por tanto, puede cumplirse aquella respecto de éstos como respecto de aquellos.

<sup>1</sup> Leyes 23 y 56, lib. 1, lib. 35, D.; Pothier, Des obligations, núm. 217; Laurent tomo XVII, núm. 70; Demolombe, tomo XXV, números 336 y 337; Toullier, tomo VI núm. 598; Duranton, tomo XI, núm. 53, Larombière, tomo II, núm. 22. Zachariae pár. 302 nota 11; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 68.

<sup>2</sup> Leyes citadas, tít. I, lib. 35, D.

Este principio es de aplicación absoluta relativamente á las condiciones casuales; pero no respecto de las potestativas, con relación á las cuales es preciso distinguir, si la condición consiste en un hecho personal del contrayente, en cuyo caso se tiene como no verificada si éste fallece, ó si puede prestarse por el heredero, pues entonces no hay razón que impida que la condición se cumpla por él.<sup>1</sup>

La obligación contraída bajo la condición de que se verifique un hecho dentro de un plazo determinado, caduca, si espira ese plazo sin que el hecho se realice, ó luego que haya certeza de que no puede realizarse (Art. 1,440, Código Civil).<sup>2</sup>

La razón es, porque el tiempo señalado para el verificativo de la condición forma parte del contrato, y por lo mismo es necesario que se verifique dentro del plazo fijado en éste; y si no es así, no se realiza tal como la establecieron los contrayentes y no puede existir la obligación.

Si ésta se contrae bajo la condición de que no se verifique un acontecimiento dentro de un plazo determinado, tal condición se cumple cuando espira éste sin que aquel acontecimiento se realice; y si llegara á realizarse después del tiempo convenido, no por eso dejaría de haberse cumplido la condición, pues, como en el caso precedente, el término es un elemento esencial de la condición, y ésta no puede tomarse en cuenta contra la voluntad de los contrayentes, que hicieron la designación de él para poner un límite al vínculo que se impusieron.

Si la condición no tiene un tiempo determinado para su verificativo y es positiva, puede cumplirse en todo tiempo, y sólo se tiene por no verificada luego que hay certeza de que no puede realizarse; pero si es negativa se tiene por cumplida solamente cuando hay certeza de que el acontecimiento no se ha de verificar.

<sup>1</sup> Pothier, Des obligations, núm. 208.

<sup>2</sup> Art. 1,334, Código Civil de 1884.

Siguiendo los principios del derecho Romano, declara el Código Civil en el art. 1,452, que se tendrá por cumplida la condición que dejare de realizarse por hecho voluntario del obligado; porque al establecerla los contrayentes han subordinado el derecho del acreedor al verificativo de un acontecimiento incierto, y no es justo que el deudor impida la realización de éste, pues equivaldría á dejar á su arbitrio el cumplimiento de la obligación, contra los principios elementales que hemos establecido. <sup>1</sup>

Es decir; que según el precepto del Código Civil que acabamos de citar, cuando el deudor impide el cumplimiento de la condición resulta obligado de la misma manera que si se hubiera verificado ésta.

Ese precepto es una justa consecuencia de la regla de derecho, según la cual se tiene por hecho aquello que ha dejado de hacerse por morosidad de otro, y de la equidad que exige que reparemos el daño que por nuestra culpa se causa á alguno. <sup>2</sup>

Sin embargo, todos los autores convienen en que el principio contenido en dicho precepto, y las palabras con que éste está concebido vienen en su apoyo, es sólo aplicable cuando el hecho del obligado que impide que se realice la condición ha sido culpable; pues siendo inculpable ó el efecto del ejercicio de un legítimo derecho no se tiene por cumplida la condición. (Art. 1,452, Código Civil in fin.) <sup>3</sup>

Por ejemplo; un individuo se obliga á vender á otro su casa, bajo la condición de que dentro de seis meses le prestará éste una cantidad de dinero á Pedro. Si el primero es acreedor del segundo de una cantidad igual ó mayor, y an-

<sup>1</sup> Leyes 85, pár. 7, tít. 1, lib. 45 y 81, pár. 1, tít. 1, lib. 35 D., y art. 1,336, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Ley 39, tít. 17, lib. 50 D.

<sup>3</sup> Leyes 20, pár. 5 y 38, tít. 5, lib. 40, D.; Pothier, Des obligations, núm. 212, Laurent, tomo XV, núm. 76; Demolombe, tomo XXV, núm. 350; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 97 bis II; Larombière, tomo II, art. 1,178, núm. 2; Mourlon, tomo II núm. 1,202.

tes del plazo convenido exige judicialmente el pago embargando los bienes del deudor, cuya circunstancia le impide cumplir la condición, no será culpable de ella ni se le puede imputar, porque no ha hecho más que ejercer un legítimo derecho.

La definición que hemos dado de la obligación condicional nos hace comprender perfectamente cuáles son sus efectos, ya se trate de una condición suspensiva, ya de una resolutoria. Sin embargo, el estudio de estos efectos es de tal manera importante, que hay necesidad de hacerlo consagrándole alguna atención.

Al efecto, haremos las explicaciones respectivas, separando debidamente el estudio de los efectos jurídicos de una y otra de las condiciones indicadas.

Hablando con propiedad, el único efecto de la condición suspensiva consiste en suspender los efectos jurídicos de la obligación, de manera que sólo se realizan cuando se verifica el acontecimiento previsto por los contratantes.

Pero como las consecuencias del estado que crea la condición son muy importantes, es preciso estudiarlas detalladamente, considerándolas en tres tiempos distintos.

1.º Antes del verificativo de la condición:

2.º Después de éste:

3.º Cuando la condición no se realiza.

Según los principios del derecho Romano, transmitidos hasta nosotros, en tanto que la condición no se verifica, no existe la obligación, y aquella persona en cuyo favor se celebró no adquiere ningún derecho, pues sólo tiene una simple esperanza de adquirirlo.

En efecto: la Instituta párr. 4. de Verb. oblig. consagra esa teoría en las siguientes palabras: "*Ex conditionale stipulatione tantum spes est debitum iri;*" y la ley 12, tít. 11, Partida 5.ª dice refiriéndose á la condición suspensiva: "Mas en la otra non es assi; que non puede ser obligado, nin desobligado por ella, hasta que se cumpla lo que señalo,



E si acaesciesse que se cumpla aquello que se dixo, finca entonce obligado. E si non se cumple la condición, entonce non vale la promision."

Los autores modernos sostienen, con justicia, que la locución empleada por el derecho Romano para expresar los efectos jurídicos de la obligación condicional, mientras no se verifica el acontecimiento incierto del cual depende, no es exacta, porque es algo más que una esperanza. Lo que adquiere el acreedor en virtud de ella, es un derecho eventual, un derecho irrevocable, aunque incierto, que forma parte de su patrimonio, y del cual no se le puede privar sin su consentimiento.<sup>1</sup>

Dicen en apoyo de su averación, que si la obligación condicional produjera solamente una simple esperanza, podría ser privado de ella el acreedor por una ley nueva, sin que pudiera decirse que se le daba efecto retroactivo; y por el contrario, los principios fundamentales del derecho declaran la retroactividad en el caso indicado, lo que demuestra que el acreedor tiene un derecho eventual creado por la obligación condicional.<sup>2</sup>

La teoría de los autores modernos es tanto más justa, cuanto que encuentra robustos fundamentos en los principios del derecho Romano, sancionados por el Código Civil, según los cuales el acreedor de obligación condicional transmite su derecho á los herederos, si fallece antes de que se realice la condición, y pueden ejercer todos los actos necesarios para la conservación de ese derecho.

*Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet antea conditionem decesserit, postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte* (Instituta, lib. 3, tít. 19, párr. 25.)

<sup>1</sup> Toullier, tomo VI, núms. 527 y 528. Rolland de Villarguez, Repertoire v.º Condition, núm. 214; Laurent, tomo XVII, núm. 87; Baudry Lancantinerie, tomo II, núm. 897; Molitor, Cours Droit Romain, tomo II, núm. 127, pág. 162.

<sup>2</sup> Baudry Lancantinerie, loco cit; Laurent, tomo I, núm. 87; Merlin, Repertoire, v.º Effect retroactif, sect. 3, párr. 2, núm. 4.

*Creditoribus, quibus ex die, vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio debetur, quoniam et ipsis cautione eommuni consulatur* (Ley 4, tít. 6, lib. 42, D).

Los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecen antes del cumplimiento de la condición pasan á sus herederos. (art. 1,453, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Los acreedores cuyos contratos dependieren de alguna condición, pueden, aún antes de que ésta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho. (art. 1,454, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

De lo expuesto se infiere, que mientras no se verifica la condición el deudor no reporta obligación alguna exigible, y por consiguiente, puede repetir lo que en ese tiempo hubiere pagado. (art. 1,455, Cód. Civil.)<sup>3</sup>

Aunque eventual y dependiente del verificativo de la condición, el derecho del acreedor condicional forma parte de su patrimonio, y por lo mismo, puede disponer libremente de él, como de los demás bienes y derechos que forman su patrimonio, y transmitirlos á sus herederos.

Por esa razón lo declara así de una manera terminante el Código Civil en el artículo 1,453, y confiere facultad á los acreedores condicionales en el 1,454, para ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de sus derechos.

Fácil es comprender el fundamento de esta última declaración, pues si bien es cierto que antes de cumplirse la condición no puede decirse propiamente obligado el deudor, también lo es que mientras haya esperanza de que la condición se cumpla, existe por lo menos un principio de obligación por parte del deudor, que consiste en la guarda y conservación de la cosa para poderla entregar llegado el caso.

<sup>1</sup> Artículo 1,337, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,338, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,339, Código Civil de 1884.

Pues bien, este principio de obligación supone necesariamente en el acreedor el derecho que le concede la ley. <sup>1</sup>

En otros términos, la ley ha querido conceder al acreedor medios eficaces para hacer efectiva la obligación en el caso de que se realice el acontecimiento incierto del cual depende, evitando que entre tanto dilapide el deudor sus bienes y se ponga en la imposibilidad de cumplir, llegada la oportunidad, los deberes que se impuso.

Previendo el Código Civil el caso de que se perdiere, deteriorare ó se mejorare la cosa objeto del contrato, estando pendiente la condición suspensiva, ha establecido las reglas siguientes en los artículos 1,456 al 1,461, que como es de presumirse, tienen por objeto prevenir contiendas y establecer los respectivos derechos y obligaciones del acreedor y del deudor: <sup>2</sup>

1.<sup>o</sup> Si la cosa se perdió por culpa del deudor este queda obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios (Art. 1,457 Cód. Civ): <sup>3</sup>

La razón de esta regla es clara; pues sería inmoral é injusto establecer el principio de que el deudor se libertara de la obligación en el caso de que por un hecho suyo pereciera la cosa objeto del contrato; y por esto se perpetúa la obligación. Y si bien el promitente no puede ser compelido á entregar la cosa estipulada, porque pereció, no se puede eximir de pagar su estimación. Lo mismo acontece en el caso de que por su demora para entregar la cosa perece ésta, ó deja de estar en el comercio. <sup>4</sup>

2.<sup>o</sup> Cuando la cosa se deteriora, sin culpa del deudor, el menos cabo es de cuenta del acreedor (Art. 1,458. Cód. Civ): <sup>5</sup>

1 Exposición de motivos.

2 Arts. 1,340, á 1,345, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,341, Código Civil, de 1,884.

4 Gómez de la Serna, Curso de Derecho Romano, tomo II, pág. 220, Leyes 91, tit. 1, lib. 45 y 58, pár. 1, tit. 1, lib. 46, D.

5 Artículo 1,313, Código Civil de 1884.

En esta regla adoptó nuestro Código los principios del derecho Romano y se separó del Código Francés y de las demás legislaciones europeas que lo siguieron, según creemos, con razón; pues el motivo que sirvió de fundamento á los redactores de aquel ordenamiento es, como dijo Bigot. Préameneu, la consideración de que las decisiones del derecho Romano eran contrarias al supuesto de que en la condición suspensiva no hay traslación de dominio; y por tanto, la disminución ó deterioro debía ser de cuenta del deudor que seguía siendo propietario por cuanto á que respondía de la pérdida; en tanto que según los principios de ese derecho, reproducidos por las leyes de las Partidas, más justos declaran que el acreedor á quien pertenece el aumento debe sufrir el daño. <sup>1</sup>

*Secundum naturam est commodum cuiusque rei eum sequi quem sequitur incommoda* (Ley 10, tit. 17, lib. 50, D.).

E aun dijeron; que según el derecho natural, aquel debe sentir el embargo de la cosa, que ha el pro de ella (Ley 27, tit. 34, Partida 7.<sup>o</sup>).

El Código nada establece respecto del caso en que perezca la cosa objeto de la obligación condicional, sin culpa del deudor, antes de que se realice la condición.

No podemos explicarnos esta omisión si no es admitiendo que, por haber establecido los autores del Código la regla que hace responsable al deudor de la pérdida de la cosa acaecida por su culpa, creyeron implícitamente establecido por contraposición que cuando no existe tal culpa no reporta responsabilidad alguna.

Puede hacerse con justicia tal deducción, que es perfectamente lógica; pero no es el único efecto que puede producir la pérdida de una cosa, sin culpa del deudor, pues si aceptáramos de una manera absoluta la consecuencia á que aludimos incurriríamos en un error.

1 Loaré, *Exposé des motifs*, tomo XII, pág. 341 y 342.

En efecto: es cierto que cuando perece ó deja de estar en el comercio, sin culpa del deudor, la cosa que es objeto del contrato, se extingue la obligación, en virtud del principio que establece que el deudor de una cosa determinada se libera cuando ésta perece; pero tal teoría deja de ser aplicable cuando el objeto de la obligación no es una especie determinada sino un género, porque es sabido que éste nunca perece.<sup>1</sup>

En consecuencia debemos admitir la responsabilidad del deudor en el caso indicado, con la restricción que precede.

3.<sup>o</sup> Cuando se deteriora la cosa por culpa del deudor, puede optar el acreedor entre la indemnización de daños y perjuicios ó la rescisión del contrato (Artículo 1,459, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta regla es la consecuencia del principio sancionado por el artículo 1,465 del Código Civil, según el cual la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso en que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación; porque el deudor está obligado á conservar la cosa objeto del contrato con la misma diligencia de un buen padre de familia; y si por su culpa sufre algún deterioro, falta á su deber, y no es justo que el acreedor sufra el perjuicio consiguiente.

Los términos en que está concebida la regla á que aludimos denotan, que sólo en el caso de que el acreedor opte por la entrega de la cosa determinada tiene derecho á la indemnización de los daños y perjuicios, y que no goza de él cuando prefiere la rescisión del contrato.

Pero no es así, pues cualquiera que sea el extremo por que opte el acreedor, tiene derecho para exigir la indemnización de los daños y perjuicios, según los principios generales contenidos en los artículos 1,537 y 1,575 del Código que declaran, que el contratante que falte al cumplimiento

1 Leyes 23, 33, pár. 182, y 91, pár. 1, tít. 1, lib. 45, D.

2 Artículo 1,342 Código civil 1884.

del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante; y que si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, puede el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido ó la rescisión del contrato y en uno y en otro caso el pago de los daños y perjuicios.<sup>1</sup>

Estos principios son generales y no puede admitirse que la regla de que nos ocupamos sea derogatoria de ellos, porque sería convenir en el absurdo de que cuando el deudor deja de cumplir en parte la obligación, su responsabilidad debe regirse por reglas especiales, que se hallan en pugna con aquellos principios establecidos para todos los casos en que falta alguno de los contrayentes á los deberes que se ha impuesto.

4.<sup>o</sup> Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, ceden las mejoras en favor del acreedor art. 1,460, (Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es, porque si nada gastó el deudor, si no impendió ningún trabajo, no tiene derecho para pretender que le pertenezca la mejora, tanto más cuanto que según los principios elementales del derecho, las cosas fructifican para sus dueños (art. 948, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

5.<sup>o</sup> Si se mejora la cosa á expensas del deudor, no tiene éste otro derecho que el concedido al usufructuario por el artículo 990 del Código Civil; esto es, tiene sólo derecho para retirar las mejoras útiles y voluntarias, siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de la cosa; pero no de reclamar su pago (art. 1,461, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Es decir, que según la regla que precede, el deudor sólo tiene derecho á que se le abonen los gastos necesarios, pero

1 Artículo 1,421 y 1,459 Código civil 1884.

2 Art. 1,344, Código Civil de 1,884.

3 Art. 851, Código Civil de 1884.

4 Art. 1,435, Código Civil de 1,884.

no los útiles y puramente voluntarios que haya invertido en la cosa.

Tan luego como la condición se cumple, se convierte la obligación en pura y simple, y produce los efectos de tal, como si desde el principio no hubiera existido la condición.

En otros términos, luego que se realiza la condición se tiene el contrato por perfeccionado desde el día de su celebración (1.451, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

A primera vista parece extraño este efecto, que la ley atribuye al verificativo del acontecimiento, del cual depende la obligación; pero el más ligero examen basta para convenirse que está perfectamente fundado en justicia.

En efecto: los derechos y obligaciones que nacen de los contratos, cualesquiera que sean éstos, puros ó condicionales, son el producto del consentimiento, del concurso de las voluntades de los contrayentes, el cual existe desde el día de la celebración del contrato; y por lo mismo, se deben retrotraer los efectos de los derechos y obligaciones creados por éste al día en que se celebró, luego que se verifica la condición.

Laurent explica este efecto de la condición, diciendo que suspende la existencia de la obligación, en el sentido de que no produce los efectos jurídicos que le son propios, y no otorga acción al acreedor para exigir su cumplimiento, ni el deudor está obligado á cumplirla; pero la existencia de la obligación no está en suspenso, en el sentido de que el contrato se forma solamente cuando la condición se realiza.

El contrato se forma por el concurso de las voluntades de los contrayentes, y éste existe no cuando se realiza la condición, sino cuando se celebra, y por lo mismo no es exacto que el contrato condicional se perfeccione hasta el verificativo de la condición, y que hasta ese momento reúna todos los elementos esenciales para su formación.

<sup>1</sup> Artículo 1,335, Código Civil de 1,884.

Para convencerse de esta verdad, basta tener presente que no se requiere para la existencia del contrato que los contrayentes otorguen su consentimiento en el momento en que se verifica la condición, y antes por el contrario, declara la ley que si el acreedor fallece antes de que aquella se realice, pasan sus derechos á sus herederos. De donde se infiere que existe el contrato, pues de otra manera no podrían tener los contrayentes derechos y obligaciones.<sup>1</sup>

En consecuencia; debemos establecer que por el verificativo de la condición se convierte el contrato en puro y simple, y se tiene por perfeccionado desde el día de su celebración, produciendo desde él los efectos que le son propios.

La ley no dice expresamente cuáles efectos se producen cuando la condición no llega á verificarse; pero prescindiendo de que fácilmente se comprenden, tenemos los principios generales del derecho que establecen, que en tal caso se considera el contrato como si nunca hubiera existido.

Entre otras leyes, la 8<sup>a</sup>, título 6, libro 18 del Digesto, dice: "*Quod si conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio;*" y la ley 12, título 11 Partida 5<sup>a</sup>, reproduce el mismo principio, en las siguientes palabras: "E si non se cumple la condición, entonces non vale la promisión."

El mismo principio ha servido de fundamento á los jurisconsultos para establecer el axioma, que expresando el efecto de las obligaciones cuando no se realiza la condición, dice:

*Actus conditionalis, defecta conditione, nihil est.*

Véamos ahora cuáles son los efectos jurídicos de la condición resolutoria.

La definición que dá el artículo 1,448 del Código, diciendo que la condición es resolutoria, cuando cumplida que sea produce la resolución de la obligación, y repone las cosas en

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVII, número 101.

el estado que tenían antes de otorgarse aquella, nos indican cuáles son los efectos jurídicos que tal condición produce.<sup>1</sup>

Según hemos dicho al principio de este artículo, fundados en la definición que precede, la condición resolutoria no es suspensiva de la existencia de las obligaciones que celebran los contrayentes, y lo único que permanece en suspenso hasta el verificativo del acontecimiento incierto es la resolución del contrato: de donde se infiere que éste y las obligaciones que produce son puros y simples, y por consiguiente eficaces, que reciben la debida ejecución como si no se hubiera previsto aquel acontecimiento incierto.

En consecuencia, el comprador de una cosa bajo condición resolutoria adquiere todos los derechos que se derivan de la naturaleza del contrato de compra-venta, y está sujeto á las obligaciones relativas, y por tanto, adquiere el dominio de la cosa, tiene derecho para exigir su entrega y está obligado á pagar el precio al comprador, quien á su vez tiene derecho para exigir el pago del precio, y está obligado á entregar la cosa y á guardarla y conservarla mientras hace la entrega.

En una palabra, las obligaciones contraídas bajo condición resolutoria, son puras y simples, como si ésta no existiera.

Pero como la resolución del contrato celebrado bajo tal condición permanece en suspenso y dependiendo del verificativo de un acontecimiento incierto, se infiere que el comprador, por ejemplo, es deudor de la cosa bajo condición suspensiva, y el vendedor es acreedor de ella bajo la misma condición.

En consecuencia de esto, que el vendedor que es acreedor condicional, tenga facultad para ejercitar los actos necesarios para la conservación de su derecho, pues su situación es enteramente análoga á la de los demás acreedores, cuyos contratos dependen de alguna condición y se halla bajo el amparo

<sup>1</sup> Artículo 1,332, Código Civil de 1,834.

del artículo 1,454 del Código Civil, que les otorga tal derecho á éstos.

En el caso de pérdida, deterioro ó mejora de la cosa debida, bajo condición resolutoria se aplican las reglas que hemos establecido para idénticos casos respecto del deudor, bajo condición suspensiva, pues militan las mismas razones en una y otra, y es idéntica en ellas la situación de los deudores (art. 1,464, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Tan luego como se cumple la condición resolutoria, debe restituirse lo que se hubiere percibido en virtud del contrato; pues es lógico y natural que produciendo la resolución de la obligación, se repongán las cosas al estado que tenían antes de que ésta existiera, y que los contrayentes se hagan mutuas restituciones de lo que por efecto de ella hubieren percibido (arts. 1,448 y 1,462, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

En otros términos, tan luego como se verifica la condición resolutoria, se resuelve el contrato de pleno derecho y no hay necesidad de interpelación ni procedimiento alguno judicial para conseguir ese efecto previsto, consentido y determinado por la voluntad de los contrayentes, quienes si se hicieron prestaciones en virtud del contrato, tienen que restituir las á fin de colocarse en la misma situación que tenían antes de celebrarlo.

Así, por ejemplo; si una persona vende á otra bajo condición resolutoria una finca y recibe del vendedor su precio ó parte de él y se realiza la condición, inmediatamente y sólo por efecto del verificativo de ella se resuelve el contrato, quedando obligado el primero á restituir la finca y el segundo el precio que recibió.

Es consecuencia de la naturaleza de la condición resolutoria, que no impida la existencia de la obligación, cuya circunstancia hace que ésta sea pura y simple, que en los contratos traslativos de dominio se transfiera luego la propiedad.

<sup>1</sup> Art. 1,348, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,332, y 1,346, Código Civil de 1,884.

al contratante y que éste adquiriera todas las facultades inherentes á ese derecho, inclusa la de enajenar, pero subordinadas al evento de la condición, de manera que llegando á realizarse ésta se extinguen en la persona del adquirente y vuelven á la de aquel que hizo la enajenación condicional.

Este efecto de la condición resolutoria, respecto de los actos de dominio ejercidos por el comprador condicional, ha sido el origen del axioma que dice:

*“Resoluto juris dantis, resolvitur jus accipientis.”*

La restitución debe hacerse con los frutos é intereses por aquel de los contrayentes que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación; porque prescindiendo de que nadie puede alcanzar provecho de su mala fe, y por lo mismo, es justo que indemnice los daños que causare, este principio se halla enteramente conforme con la ley 38, título 5<sup>o</sup>, Partida 5<sup>a</sup>, cuyas palabras trasladamos textualmente: *“Otrosi dezimos que si la vendida se desfiziesse é la cosa fuere empeorada por culpa del comprador, demientra que la touo; es tenuto de mejorar al vendedor el empeoramiento.”*

En este mismo artículo hemos expuesto la división que la ley y la doctrina hacen de las condiciones, entre las cuales distinguimos las expresas y las tácitas, y aún señalamos como un ejemplo de éstas la condición resolutoria en los contratos bilaterales: pues bien, vamos á ocuparnos de ella, ya que hemos hecho el estudio de la resolutoria expresa.

El artículo 1,465 del Código declara que la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación.<sup>1</sup>

El principio sancionado por este precepto está tomado del Código Francés, cuyos comentaristas lo hacen derivar del derecho consentudinario, que lo sancionó por razones de utilidad y de equidad juntamente; y sostienen que también está conforme con los principios del derecho,

1 Artículo 1,349. Código Civil de 1,884.

Según ellos, en los contratos bilaterales, la obligación de uno de los contrayentes es la causa de la del otro; y si uno no cumple el deber que contrajo, la obligación del otro deja de tener causa por este mismo hecho: de donde se infiere, que la condición resolutoria tácita es una consecuencia lógica de los principios relativos á la causa de las obligaciones.<sup>1</sup>

Pero Laurent critica semejante teoría, que toma como un motivo de derecho lo que no es más que una razón de equidad, y sostiene con justicia que la causa es un elemento esencial de la obligación, cuya falta impide su existencia, pero que ese elemento existe en las obligaciones bilaterales aun cuando no se cumplan, porque el acreedor tiene acción para obligar al deudor á cumplir los deberes que se impuso. De donde infiere, que cuando el comprador, por ejemplo, no paga el precio de la cosa, no puede decir con exactitud que la obligación del vendedor carece de causa.<sup>2</sup>

Muchos jurisconsultos franceses sostienen que la condición resolutoria tácita existe no sólo en los contratos bilaterales, sino también en todos los contratos onerosos, aun los unilaterales, no obstante que el artículo 1,184, del Código Francés, del cual está liberalmente tomado el 1,465 del nuestro, sólo se refiere á aquellos; y fundan su teoría en que militan las mismas razones en unos que en otros contratos: es decir, que en tanto han convenido los contrayentes en cuanto á que han entendido contratar mediante un equivalente.<sup>3</sup>

Pero esta teoría ha sido criticada, entre otros motivos, porque establece la existencia de la condición resolutoria implícita en obligaciones distintas de aquellas que expresamente señala la ley, cuyo precepto se infringe por una aplicación extensiva que carece de todo fundamento.<sup>4</sup>

1 Larombière, tomo II. art. 1,184, núm. 1. Demolombe, tomo XXV, núm. 489.

2 Tomo XVII, núm. 122.

3 Larombière, loco cit.; Demolombe, tomo XXV, números 492 á 494; Vallette sur Proudhon, tomo I, pág. 65; Duvergier sur Toullier, tomo VI, núm. 579, nota b.

4 Laurent, tomo XVII, núm. 123; Aubry y Rau tomo IV, pág. 82, nota 79.

Tal es la razón por la cual creemos que esa teoría es ilegal é inadmisibile.

Los términos generales del artículo 1,465 del Código, que no hacen distinciones de ninguna especie, nos obligan á establecer, siguiendo la opinión unánime de los juriscultos, que la condición resolutoria tácita se aplica aún en los casos en que se ejecute la obligación é independiente de las circunstancias que hayan podido impedir su cumplimiento á los contratantes; y en consecuencia, que no se debe distinguir si la falta de cumplimiento procede de culpa ó negligencia del contrayente, ó de caso fortuito ó fuerza mayor.<sup>1</sup>

La condición resolutoria implícita, á diferencia de la expresa que produce sus efectos de pleno derecho, esto es, por el hecho solo de haberse verificado el acontecimiento incierto del cual se hizo depender la existencia de la obligación, no produce esos efectos sino mediante un juicio y en virtud de una sentencia ejecutoria que declare la resolución del contrato.

En apoyo de esta aseveración tenemos el artículo 1,466 del Código Civil, que declara, que el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación ó la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; y que puede adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación.<sup>2</sup>

García Goyena dice, comentando el artículo 1,042 del Proyecto del Código Español, de donde está tomado el precepto que antecede: "Aun cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, es necesario acudir á los tribunales, poner en claro la inexecución, examinar sus causas, distinguirlas de un simple retardo, y en el examen de

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXV, núm. 497; Laurent, tomo XV, núm. 124; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 83; Larombière, tomo II, art. 1,184, núm. 6.

<sup>2</sup> Artículo 1,350, Código Civil de 1,884.

estas causas puede haberlas tan favorables, que el juez se vea forzado por la equidad para conceder "un plazo."

Además de esta razón existe otra igualmente poderosa, que viene en apoyo del principio establecido.

La ley otorga al contratante perjudicado el derecho de optar entre el cumplimiento de la obligación ó la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses, cuyo ejercicio demanda necesariamente la manifestación de la voluntad, pues de otra manera, efectuándose la resolución *ipso jure*, se privaría al perjudicado del derecho de exigir el cumplimiento del contrato. De donde se infiere que el efecto á que aludimos no se produce del pleno derecho, sino en virtud de sentencia ejecutoria pronunciada en juicio contradictorio (Art. 1,466, Código Civil).<sup>1</sup>

Pero la ley no sólo concede al contrayente perjudicado el derecho de optar entre exigir el cumplimiento de la obligación y la resolución del contrato, porque no puede quedar al arbitrio del culpable ó que obró con dolo resolverlo, sino que le otorga también facultad para adoptar este segundo extremo, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación. (Art. 1,466, Código Civil).<sup>2</sup>

Cuanta justicia hay en el otorgamiento de esta facultad nos lo demuestra la consideración de que, si la elección del primer medio importa la renuncia del segundo, es condicionalmente y subordinándola al cumplimiento del contrato; y la equidad y la justicia no permiten suponer que el perjudicado que lo exige, renuncie de una manera absoluta al derecho de pedir la resolución si es imposible obtenerlo.

El principio establecido en el precepto, cuyo estudio hemos venido haciendo, sufre limitación para que no ceda en perjuicio de tercero de buena fe, en los términos del artículo 1,467 del Código Civil, según el cual la resolución del

<sup>1</sup> Artículo 1,350, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,350, Código Civil de 1884.

contrato fundada en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real sobre los mismos, no surte efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro público, en la forma prevenida por el mismo Código.

Es decir, que en el contrato de compra-venta de bienes inmuebles va implícita la condición resolutoria para el caso en que no sea satisfecho el precio, y produce sus efectos ordinarios mientras el comprador posea la cosa vendida; pero no surtirá tales efectos contra el tercero adquirente de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y se ha inscrito el título respectivo, con los requisitos de la ley, en el Registro Público; pues siendo éste la única guía para adquirir y conservar con seguridad, como dice Goyena, la propiedad de los bienes inmuebles, el que no tiene fundado en él su derecho para lo uno ó lo otro, mal podrá hacerlo valer contra el tercero que adquirió de buena fe é inscribió su derecho.

El mismo precepto sufre también limitación en beneficio de tercero relativamente á los bienes inmuebles, pues el artículo 1,468 del Código declara, que respecto de ellos, haya ó no habido estipulación expresa, nunca tiene lugar la resolución contra el tercero que los adquirió de buena fe.

En otros términos: si el comprador conserva en su poder la cosa vendida, la condición resolutoria surte sus efectos jurídicos; pero no los produce si la vendió á una tercera persona de buena fe, porque además de que carece del recurso de consultar el Registro Público para su seguridad, el vendedor debe imputarse á sí mismo las consecuencias adversas que le origina el hecho imprudente de haber entregado la cosa sin recibir su precio.

1 Art. 1,351. Código Civil de 1884.

2 Concordancias, tomo III, pág. 81.

3 Art. 1,352, Código Civil de 1,884.

Para concluir este artículo, debemos hacer presente, que si la resolución del contrato dependiere de un tercero, y éste es dolosamente inducido á rescindirlo, se tiene por no rescindido, porque de otra manera se autorizaría el fraude y el dolo con perjuicio de la moral y la justicia (Art. 1,469, Código Civil).

Reasumiendo lo expuesto, resultan las siguientes diferencias en los efectos jurídicos de las condiciones resolutoria expresa y resolutoria implícita:

1.ª La resolución del contrato producida por el verificativo de la condición resolutoria expresa se produce de pleno derecho en el acto en que ésta se realiza; por el contrario, la resolución debida á la condición resolutoria implícita exige una sentencia judicial en juicio contradictorio:

2.ª La resolución motivada por el verificativo de la condición resolutoria implícita depende de la voluntad del contrayente perjudicado, que tiene derecho para exigirla ó para pretender el cumplimiento del contrato y la indemnización de daños y abono de intereses.

En la condición resolutoria expresa nada hay dependiente de la voluntad de los contrayentes, pues tan luego como se verifica el acontecimiento previsto por ellos, se resuelve el contrato de pleno derecho.

3.ª La resolución producida por la condición expresa no da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios á favor de alguno de los contrayentes, porque es el resultado natural de su voluntad y no el efecto de una falta imputable á alguno de ellos.

Por el contrario, la resolución proveniente de la condición resolutoria implícita otorga derecho al perjudicado para exigir el resarcimiento de los daños y abono de intereses.

1 Art. 1,359, Código civil de 1884.



## IV

## De las obligaciones á plazo.

Se llama plazo, dice Escriche, el espacio de tiempo concedido al deudor para que satisfaga su obligación.

Esta definición no es exacta, pues como dicen los autores modernos, el plazo se establece en las obligaciones no sólo en beneficio del deudor, sino que también se señala frecuentemente en pro del acreedor.

Por este motivo da el artículo 1,471 del Código Civil una definición concebida en mejores términos que comprenden tanto al deudor como al acreedor, diciendo que la obligación á plazo es aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto; ó lo que es lo mismo, se limita á decir, que el plazo retarda el cumplimiento de la obligación, sin expresar en provecho de quién.<sup>1</sup>

Notables diferencias existen entre las obligaciones puras, las condicionales y á plazo que es preciso tener presentes para evitar una lamentable confusión.

La obligación pura nace en el instante mismo en que se celebra el contrato, y es exigible su cumplimiento en el acto y sin más demora que el tiempo moralmente necesario para que el deudor llene el deber que contrajo.

Por el contrario; aunque la obligación á plazo nace como la pura, en el instante mismo en que se celebra el contrato, se diferencia en que no es exigible mientras no espira el plazo convenido; esto es, está en suspenso su ejecución hasta que se cumple éste.

La condición, como hemos dicho en el artículo preceden-

<sup>1</sup> Artículo 1,355, Código Civil de 1,884.

te, suspende la existencia de la obligación hasta el verificativo de un acontecimiento incierto, de manera que, mientras éste no se realice, el deudor no lo es verdaderamente y puede, por lo mismo, repetir lo que hubiere pagado antes.

Por el contrario; la obligación á plazo nace en el acto en que se perfecciona el contrato por el concurso de las voluntades de los contrayentes, aunque no puede exigirse su cumplimiento antes de que espire el término convenido; y por tal motivo; no puede repetir el deudor lo que hubiere pagado antes.

El plazo es cierto ó incierto.

Es cierto cuando el acontecimiento que constituye el plazo se debe verificar necesariamente en una época conocida ó día cierto, por el cual se entiende aquel que necesariamente ha de llegar (Art. 1,472, Código Civil).<sup>1</sup>

Por ejemplo, cuando alguno se obliga á entregar mil pesos, vencido el plazo de dos meses, contados desde el día primero de Enero.

Es incierto el plazo, cuando se ignora el día en que debe espirar, aunque es cierto que debe llegar. Por ejemplo; si alguno se obliga á pagar cierta suma cuando muera determinada persona.

La designación del término en este caso, en los legados constituye una verdadera condición, porque es incierto si vivirá el legatario cuando muera la persona designada, sin cuya circunstancia caduca el legado, que como veremos después, sólo se hace en consideración á la persona del legatario, quien por esa causa no trasmite sus derechos á sus herederos.

Esto explica suficientemente por qué en el ejemplo propuesto el plazo difiere solamente el cumplimiento de la obligación, á diferencia del legado, en que importa una condición, pues en el primero adquiere el contrayente derechos

<sup>1</sup> Artículo 1,356, Código Civil de 1,884.

que forman parte de su patrimonio, trasmisibles á sus herederos.

Pero cuando la incertidumbre consiste en si ha de llegar ó no el día, es condicional la obligación, y se rige por las reglas que hemos establecido en el artículo precedente de esta lección. Por ejemplo; si uno se obliga á dar ó hacer á otro una cosa el día en que contragere matrimonio una tercera persona (art. 1,473, Cód. Civ).<sup>1</sup>

La razón es, porque hay una doble incertidumbre, que no sólo difiere de una manera indefinida la obligación, sino que suspende su existencia hasta el verificativo de un acontecimiento incierto, como lo es el hecho de que la persona designada contraega matrimonio.

Los autores distinguen dos especies de plazos: el *de derecho* y el *de gracia*.

El primero es aquel que constituye un derecho para el contrayente, en cuyo favor se otorga y no una merced; y se subdivide en *legal* y *convencional*.

Es legal, cuando su origen proviene de una determinación de la ley.

Es convencional, cuando debe su origen á la voluntad de los contrayentes.

El plazo convencional puede ser *expreso* ó *tácito*.

Es expreso, cuando resulta de una cláusula expresa del contrato: por ejemplo; cuando uno de los contrayentes se obliga á pagar al otro al vencimiento de un tiempo determinado una cantidad de dinero.

Es tácito, cuando resulta de la naturaleza de la cosa, objeto del contrato, ó del lugar en que debe ejecutarse la obligación: por ejemplo, si Pedro se obliga á entregar á Juan una cantidad de dinero en Madrid, esta obligación implica necesariamente un plazo, el indispensable para que ambos contratantes puedan trasladarse á la capital de España.

<sup>1</sup> Artículo 1,357, Código Civil de 1884.

El plazo de gracia, como su nombre lo indica, es aquel que constituye para el deudor una merced, un favor especial, que se le concede fuera del contrato por razones de equidad.

Pueden servirnos de ejemplo los plazos que las leyes 7, título 3 y 2, título 13, Partida 3<sup>a</sup>, mandan que se concedan á los demandados, para el pago de las cantidades que confiesan judicialmente que deben, y los que señalan los artículos 1,657 y 1,658 del Código de Procedimientos de 1,872; 1,562 y 1,563 del de 1,880; y 745 y 746 del de 1,884.

El plazo en las obligaciones se cuenta de la manera prevenida para contar el tiempo en la prescripción, y por consiguiente, son perfectamente aplicables las cuatro reglas que, siguiendo los preceptos de los artículos 1,240 á 1,244 del Código Civil, establecimos en el art. VIII, lección undécima del tomo segundo de esta obra (art. 1,474, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

El plazo en los contratos se estipula comunmente á favor del deudor, y algunas veces también en el del acreedor. Por esta razón, y previendo los casos que de ordinario acontecen, declara el art. 1,476 del Código, que siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, á no ser que del contrato mismo ó de otras circunstancias resultare haberse puesto también en favor del acreedor.<sup>2</sup>

En consecuencia, siempre se presume concedido el plazo en beneficio del deudor, menos cuando se deduce otra cosa de la naturaleza del contrato, por ejemplo, en el depósito, pues no resultando ninguna utilidad de él al depositario, es evidente que el término se ha señalado en favor del deponente; y cuando resulta de otras circunstancias que tal ha sido la intención de los interesados: como por ejemplo, en la venta de animales de tiro ó de labranza, pues el término convenido indica con bastante claridad que el comprador ha

<sup>1</sup> Artículo 1,358, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,360, Código Civil de 1884.

querido evitarse del cuidado y alimentación de ellos durante el tiempo estipulado.

En algunas ocasiones se señala el plazo en favor de ambos contratantes, como en el contrato de mutuo con interés; porque si el deudor está interesado en conservar la cantidad que recibió durante todo el tiempo convenido, también lo está el acreedor en que no se le pague antes, porque tal vez le resultaría perjuicio por no tener destino que darle á su dinero, cuya circunstancia le obligaría á conservarlo improductivo en su poder.

Lo expuesto nos sirve de fundamento para decidir la cuestión relativa á si el deudor puede pagar antes del vencimiento del plazo estipulado.

Todos los autores y la jurisprudencia han establecido las siguientes reglas:

1.<sup>ª</sup> Cuando el plazo se establece en beneficio del deudor, puede éste renunciarlo, supuesto que cada uno es libre para prescindir del derecho constituido á su favor:

2.<sup>ª</sup> Cuando el plazo se señala en beneficio del acreedor, no puede pagar el deudor contra su voluntad, porque le despojaría de un derecho que adquirió en virtud del contrato; pero el acreedor puede renunciar libremente ese derecho, y entonces se hace la obligación pura y simple y por tanto, exigible desde luego.

Esta regla tiene sanción legal, pues el artículo 1,697 del Código declara, que el depositario está obligado á restituir la cosa depositada en cualquier tiempo en que la reclame el deponente, aunque al constituirse el depósito se haya fijado plazo, y éste no haya llegado.<sup>1</sup>

3.<sup>ª</sup> Cuando el plazo se ha establecido en beneficio de ambos contratantes no puede renunciarlo uno sin consentimiento y con perjuicio del otro.

Todos los autores están de acuerdo sobre este punto, pe-

<sup>1</sup> Artículo 2,579, Código Civil de 1,884.

ro se han dividido acerca de si el deudor puede hacer el pago antes del vencimiento del plazo, abonando los intereses del capital que corresponden hasta el día en que aquél se verifica; pues unos sostienen la afirmativa y otros la opinión contraria.

Los primeros sostienen que el deudor tiene tal facultad, porque el acreedor no sufre ningún perjuicio, toda vez que percibe todos los intereses que debía producir su capital hasta el vencimiento del plazo.<sup>1</sup>

Pero los segundos, cuya opinión está más generalmente admitida, sostienen que el pago anticipado del capital puede causar perjuicio al acreedor que se encontraría con la dificultad de guardarlo, cuando no debía disponer de él hasta el vencimiento del plazo, por no encontrarle una segura colocación, y por tanto que puede rehusar con derecho ese pago anticipado, aunque se le ofrezcan los intereses correspondientes hasta el vencimiento del plazo.<sup>2</sup>

Laurent da una razón, á nuestro juicio más concluyente, en apoyo de la segunda teoría pues dice que el deudor no tiene derecho para derogar por sólo el efecto de su voluntad las condiciones del contrato, y que para modificarlo en cualquier sentido que sea, es indispensable que concorra también la voluntad del acreedor. Además, los contratos producen efectos de una ley entre los contratantes, y el acreedor puede rehusar el pago anticipado escudándose con su contrato, porque el deudor no tiene por él derecho de hacer el anticipo.<sup>3</sup>

Dijimos al principio de este artículo que el carácter esencial y distintivo de la obligación á plazo consiste en que, como la pura, nace en el instante mismo en que el contrato se perfecciona por el concurso de las voluntades de los contra-

<sup>1</sup> Voët, ad Pandet., lib. XII. tit. 1, núm. 20; Duranton, tomo XI, núm. 109.

<sup>2</sup> Toullier, tomo VI, núm. 677; Massé, Droit Commercial, tomo III, 1862; Massé y Vergé, tomo III, pág. 386, nota 14; Demolombe, tomo XXV, núm. 630; Larombière, tomo II, art. 1,187, núm. 5.

<sup>3</sup> Tomo XVII, núm. 182.

yentes, y que se diferencia de aquella solamente en que no puede exigir el acreedor su cumplimiento sino hasta que espira el plazo. Pues bien, este principio esencialmente jurídico produce consecuencias de notoria importancia en su aplicación práctica.

Por ejemplo; en el contrato de compra-venta se trasmite al comprador la propiedad de la cosa, solamente por el efecto del consentimiento de los contratantes, y desde entonces es de su cuenta el riesgo de la cosa, aun cuando no le haya sido entregada, sin distinguir si se ha señalado ó no un plazo para verificar la entrega ó el pago del precio. (Arts. 1,552, 2945 y 2,950, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Por la misma razón, esto es, porque el acreedor no puede exigir el pago antes de que concluya el plazo convenido, no pueden ser objeto de la compensación las cantidades debidas á plazo, porque ésta supone necesariamente que las dos sean exigibles, y que cada uno de los interesados puede obligar al otro á verificar el pago: es decir, que es preciso que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles, ó lo que es lo mismo, de cuantía determinada, y que el pago no pueda rehusarse conforme á derecho (arts. 1,687 y 1,689, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

Tales circunstancias no concurren en las obligaciones á plazo, pues si bien pueden ser de cantidad líquida, no son exigibles antes de que aquél espire.

En el mismo principio que reconoce la existencia de la obligación á plazo, desde el momento en que se celebra el contrato, se funda el precepto que declara que no puede repetirse lo que se hubiere pagado anticipadamente. (Art. 1,475, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

En la Exposición de motivos se expresan los autores del Código en los términos siguientes, refiriéndose á dicho precepto: "Aunque la obligación á plazo no es exigible sino al

<sup>1</sup> Artículos 1,436, 2,817 y 2,822, Código civil, de 1,884.

<sup>2</sup> Artículos 1,573 y 1,575, Código Civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,359, Código Civil de 1884.

vencimiento de éste; como la cosa ya es debida, no es justo autorizar su repetición cuando ha sido pagada anticipadamente."

El precepto á que aludimos se funda también en la consideración de que si el deudor paga sabiendo que tiene un plazo de que disponer, renuncia al derecho que el contrato le otorga, su obligación se convierte en pura y simple, y por lo mismo no puede repetir lo que hubiere pagado.

Este mismo principio tiene aplicación aun cuando el deudor hubiere hecho el pago por error, esto es, ignorando ó olvidando la concesión del plazo, porque la repetición tiene por objeto el pago de una cosa indebida, y no puede decirse propiamente que hay error de parte del que pagó aquello que debía.

Además, la ley no distingue entre el pago anticipado que el deudor hace voluntariamente y el que se hace por error, pues sus términos son generales, y por consiguiente no podemos establecer distinción alguna, que no permitan ni autorizan los preceptos de aquella.

Hemos dicho que el efecto que produce la adición del plazo en los contratos, es suspender hasta su vencimiento la ejecución de las obligaciones que de ellos nacen, pero esta regla deja de ser aplicable cuando se verifican los tres casos que señala el artículo 1,477 del Código Civil, que declara, que al deudor constituido en quiebra, al que se hallare en notoria insolvencia y al que hubiere disminuido por medio de actos propios las seguridades otorgadas al acreedor, podrá exigírseles el cumplimiento de la obligación aun cuando no se haya vencido.<sup>1</sup>

La quiebra del deudor hace que caduque el plazo, porque en tanto le fué concedido por el acreedor en cuanto que le estimaba solvente, pues de otra manera se lo habría negado; y porque, habiendo cedido todos sus bienes á sus

<sup>1</sup> Artículo 1,361, Código Civil de 1,884.

acreedores, no le queda con que pagarles á aquellos cuyos créditos no han vencido, ni es posible esperar á su vencimiento con perjuicio de los demás, cuyo interés exige la pronta liquidación del activo y del pasivo del deudor, á fin de ser pagados en la porción en que fuere posible.

La quiebra es el estado de un comerciante ó de una negociación mercantil que ha suspendido el pago de sus créditos líquidos y de plazo cumplido; ó que se encuentra en la imposibilidad de cumplir con puntualidad sus obligaciones, pero tal estado no existe jurídicamente, y por tanto, no puede producir el efecto que determina el artículo 1,477 del Código Civil, sino después de una sentencia judicial declarando la existencia de ese estado, (Art. 945, Código de Comercio.)

La insolvencia notoria del deudor produce también la caducidad del plazo, porque el acreedor ha concedido éste bajo el supuesto de la seguridad de pago que le daba la solvencia del deudor: pero desde el momento en que ésta no existe, falta la condición sin la cual no habría concedido el plazo, y adquiere el derecho de exigir luego el pago á fin de no exponer su crédito á una pérdida segura, ya porque los acreedores de obligaciones de plazo vencido se pueden apoderar de los bienes del deudor para reembolsarse, ya porque éste disponga de ellos en provecho propio ó prefiriendo á alguno de sus acreedores.

Finalmente: caduca el plazo cuando el deudor disminuye por medio de actos propios las seguridades que otorgó al acreedor; porque éste concedió el plazo teniendo en consideración las garantías ó seguridades de pago que el deudor le ofreció, y por lo mismo, cuando faltan ó se disminuyen, falta también el requisito sin el cual no se hubiera concedido aquél; y es justo que la ley le autorice para exigir el cumplimiento de la obligación y evitarse el peligro inminente de un perjuicio en sus intereses.

Pero para que el acreedor pueda exigir el cumplimiento

de la obligación antes de que espire el plazo, es preciso que se llenen las dos condiciones siguientes:

1.ª Que el deudor haya otorgado al acreedor las seguridades ó garantías en el contrato:

2.ª Que por medio de actos propios haya disminuido las seguridades que otorgó al acreedor.

El primer requisito es indispensable, porque el otorgamiento de las seguridades, por ejemplo, una hipoteca, constituye una condición del contrato que obliga al deudor á abstenerse de todos aquellos actos que tiendan á disminuir el derecho del acreedor.

Si no se ha hecho el otorgamiento en el contrato, el acreedor no ha adquirida ningún derecho especial sobre los bienes del deudor, y por consiguiente, éste no encuentra límite alguno en el ejercicio de su derecho de propiedad, con el cual no perjudica á aquel, á quien no le constituyó garantía alguna.

El segundo requisito es también indispensable, porque no basta la disminución de las seguridades; sino que es además preciso que provenga de actos propios del deudor, porque sólo así falta á las obligaciones que contrajo; y la caducidad del plazo se funda en la violación del contrato.

De aquí se infiere, que si la disminución de las seguridades otorgadas proviene de caso fortuito ó fuerza mayor, sin culpa del deudor, no caduca el plazo y no es exigible el cumplimiento de la obligación.

Pero esto no quiere decir que, cuando la disminución proviene de caso fortuito reporte el acreedor las consecuencias, pues antes por el contrario, la ley le otorga derecho para exigir la mejora de la hipoteca, y para pretender el pago anticipado, si no consigue ésta; y del mismo derecho goza cuando la cosa empeñada se pierde ó se deteriora sin su culpa. (Artículos 1,963 y 1,906, Código Civil).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,844 y 1,789, Código Civil de 1884.

El primero de estos preceptos se adicionó previniendo que la mejora de la hipoteca sea á satisfacción del acreedor.

En consecuencia, resulta, que si las seguridades disminuyen por caso fortuito ó fuerza mayor, sin culpa del deudor, puede exigirse el pago anticipado al acreedor, pero aquel puede continuar gozando del plazo si mejora la seguridad ó garantía.

Las reglas que acabamos de establecer son aplicables, tratándose de varios deudores solidarios, sólo á aquel que se hallare en alguno de los casos en ellas comprendidos; porque ninguno de sus codeudores puede ser responsable de sus actos, ni sufrir las consecuencias de ellos (Artículo 1,478, Código Civil).<sup>1</sup>

En consecuencia: si uno de los deudores solidarios se constituye en quiebra, se halla en notoria insolvencia, y por su culpa se disminuyen las seguridades otorgadas al acreedor, caduca el plazo solamente respecto de él; pero los demás continuarán en su goce hasta su terminación, sin que reporten responsabilidad alguna por los actos de su codeudor.

## V

### De las obligaciones conjuntivas y alternativas.

La obligación conjuntiva es aquella, según dice Demolombe, por la cual el deudor está obligado á entregar á la vez muchas cosas en virtud de un mismo título y por un sólo precio.<sup>2</sup>

Por ejemplo; si un individuo vende á otro en 3,000 pesos la casa H y la casa R, está obligado á entregar las dos, y sólo así cumplirá su obligación.

<sup>1</sup> Artículo 1,362, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXVI, núm. 24.

La obligación alternativa es aquella por la cual está obligado el deudor á entregar, de varias cosas, una á elección de él ó del acreedor, de manera que satisface su obligación y se liberta mediante la entrega sola de la cosa elegida, pero de ningún modo puede obtener ese resultado entregando parte de una cosa y parte de otra.

Estas definiciones están conformes con los preceptos contenidos en los artículos 1,479 y 1,480 del Código Civil, que expresan cuáles son los efectos de una y otra obligación, pues aquel establece, que el que se ha obligado á diversas cosas ó hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todas las segundas; y éste declara, que si el deudor se ha obligado á uno de dos hechos, ó á una de dos cosas, ó á un hecho ó una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos ó cosas; más no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, ó ejecutar en parte un hecho.<sup>1</sup>

Todos los autores ponen particular empeño en distinguir la obligación conjuntiva de la alternativa, de la condicional, de la que lleva cláusula penal y de aquella que los juriscónsultos franceses llaman facultativa. Vamos, pues, á marcar las diferencias que aquellos señalan para distinguir la obligación conjuntiva de las demás, con tanta mayor razón, cuanto que las creemos consecuencias lógicas y necesarias de las definiciones que hemos dado y de las declaraciones hechas por los preceptos á que acabamos de aludir.

Se diferencia la obligación conjuntiva de la alternativa en que ésta comprende dos cosas, pero sólo una de ellas es debida, pues el deudor está obligado solamente á entregar aquella que prefiere si le corresponde á él la elección, ó que designa el acreedor, si goza de ese derecho (Artículo 1,479, Código Civil).<sup>2</sup>

Por el contrario: en la obligación conjuntiva se compren-

<sup>1</sup> Artículos 1,363 y 1,364, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,363, Código Civil de 1884.

En consecuencia, resulta, que si las seguridades disminuyen por caso fortuito ó fuerza mayor, sin culpa del deudor, puede exigirse el pago anticipado al acreedor, pero aquel puede continuar gozando del plazo si mejora la seguridad ó garantía.

Las reglas que acabamos de establecer son aplicables, tratándose de varios deudores solidarios, sólo á aquel que se hallare en alguno de los casos en ellas comprendidos; porque ninguno de sus codeudores puede ser responsable de sus actos, ni sufrir las consecuencias de ellos (Artículo 1,478, Código Civil).<sup>1</sup>

En consecuencia: si uno de los deudores solidarios se constituye en quiebra, se halla en notoria insolvencia, y por su culpa se disminuyen las seguridades otorgadas al acreedor, caduca el plazo solamente respecto de él; pero los demás continuarán en su goce hasta su terminación, sin que reporten responsabilidad alguna por los actos de su codeudor.

## V

### De las obligaciones conjuntivas y alternativas.

La obligación conjuntiva es aquella, según dice Demolombe, por la cual el deudor está obligado á entregar á la vez muchas cosas en virtud de un mismo título y por un sólo precio.<sup>2</sup>

Por ejemplo; si un individuo vende á otro en 3,000 pesos la casa H y la casa R, está obligado á entregar las dos, y sólo así cumplirá su obligación.

<sup>1</sup> Artículo 1,362, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXVI, núm. 24.

La obligación alternativa es aquella por la cual está obligado el deudor á entregar, de varias cosas, una á elección de él ó del acreedor, de manera que satisface su obligación y se liberta mediante la entrega sola de la cosa elegida, pero de ningún modo puede obtener ese resultado entregando parte de una cosa y parte de otra.

Estas definiciones están conformes con los preceptos contenidos en los artículos 1,479 y 1,480 del Código Civil, que expresan cuáles son los efectos de una y otra obligación, pues aquel establece, que el que se ha obligado á diversas cosas ó hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todas las segundas; y éste declara, que si el deudor se ha obligado á uno de dos hechos, ó á una de dos cosas, ó á un hecho ó una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos ó cosas; más no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, ó ejecutar en parte un hecho.<sup>1</sup>

Todos los autores ponen particular empeño en distinguir la obligación conjuntiva de la alternativa, de la condicional, de la que lleva cláusula penal y de aquella que los juriscónsultos franceses llaman facultativa. Vamos, pues, á marcar las diferencias que aquellos señalan para distinguir la obligación conjuntiva de las demás, con tanta mayor razón, cuanto que las creemos consecuencias lógicas y necesarias de las definiciones que hemos dado y de las declaraciones hechas por los preceptos á que acabamos de aludir.

Se diferencia la obligación conjuntiva de la alternativa en que ésta comprende dos cosas, pero sólo una de ellas es debida, pues el deudor está obligado solamente á entregar aquella que prefiere si le corresponde á él la elección, ó que designa el acreedor, si goza de ese derecho (Artículo 1,479, Código Civil).<sup>2</sup>

Por el contrario: en la obligación conjuntiva se compren-

<sup>1</sup> Artículos 1,363 y 1,364, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,363, Código Civil de 1884.

den y se deben á la vez las dos cosas prometidas de una manera indivisible, de modo que el deudor no se liberta sino entregando esas cosas íntegramente (Artículo 1,480, Código Civil).<sup>1</sup>

Se diferencian también la obligación conjuntiva y la alternativa, en que por la primera se transmite inmediatamente la propiedad de las cosas sobre que recae, en virtud de que la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la traslación de aquel derecho se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato. (Art. 1,552, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Por el contrario: en la obligación alternativa hay la más completa incertidumbre acerca de cual de las cosas comprendidas en ellas debe entregarse por el deudor mientras no hace la elección, y por lo mismo, no se transmite la propiedad de ninguna de ellas por la sola celebración del contrato.

La obligación alternativa se distingue de la condicional, en que es pura simple y existe desde el momento en que se perfecciona el contrato, aunque haya incertidumbre acerca de la cosa que deba entregar el deudor mientras no se hace la elección; y la segunda no existe sino hasta el verificativo de un acontecimiento incierto, determinado por los contratantes, y por lo mismo, ni el uno reporta obligación alguna, ni el otro tiene ningún derecho.

En otros términos: la incertidumbre que hay acerca de la cosa que debe entregarse en la obligación alternativa no afecta la existencia de ella, pues sólo se refiere á su ejecución, que no está sujeta ó dependiente del verificativo de un acontecimiento incierto; pues la elección debe hacerse indefectiblemente, sea por el deudor ó por el acreedor, sea por sus herederos.

Por el contrario: la existencia de la obligación condicional es enteramente incierta y no comienza sino hasta que se rea-

<sup>1</sup> Artículo 1,364, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,536, Código Civil, de 1,884.

liza el acontecimiento del cual se hace depender, de manera, que antes de que éste se verifique no hay obligación alguna.

También se distingue la obligación alternativa de la obligación con cláusula penal, en que, en la primera se deben dos ó más cosas principalmente para entregar una de ellas á elección del deudor ó del acreedor, mientras que la segunda tiene por objeto una sola cosa principalmente, y la pena de una manera subsidiaria y para el evento de que no cumpliera el deudor la obligación, quien no tiene facultad de elegir entre prestar la cosa prometida ó pagar la pena, como la tiene en la obligación alternativa de elegir entre las cosas prometidas y entregar la que mejor le parezca.

Además, si es ilícita la obligación lo es también la cláusula penal, porque es accesoria y dependiente ella. Por el contrario: si es ilícita la enajenación de una cosa, objeto de la obligación alternativa, subsiste el contrato y el vínculo impuesto al deudor, que sólo se liberta de él entregando la otra cosa (Art. 1,482, Cód. Civ).<sup>1</sup>

Antes de expresar en qué se distingue la obligación alternativa de la facultativa, conviene definir ésta.

Se llaman obligaciones facultativas, dice Laurent, aquellas que tienen por objeto una cosa con facultad para el deudor de pagar otra en lugar de la debida: por ejemplo; si un individuo debe una cosa con facultad de librarse entregando una cantidad de dinero.<sup>2</sup>

Esta definición basta para hacernos comprender la enorme diferencia que hay entre la obligación alternativa y la facultativa.

En efecto: esta difiere de aquella en que por ella debe el deudor solamente una cosa, mientras que en la obligación alternativa se comprenden dos ó más; pues la cosa accesoria, por medio de la cual se libra el deudor de la obligación facultativa, no puede considerarse como comprendida en ella,

<sup>1</sup> Artículos 1,366, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Tomo XVII, núm. 226.



porque sólo se le ha agregado para facilitar el pago; ó como dicen los jurisconsultos: "*Non est obligatione, sed adjectus tantum solutionis gratia.*"

En otros términos: en la obligación alternativa adquiere el acreedor el derecho de exigir la una ó la otra de las dos cosas sobre que versa el contrato, siempre que el deudor tenga la facultad de elegir; pero en la obligación facultativa sólo puede exigir la cosa comprendida en ella y no aquella que el deudor tiene facultad de entregar, porque realmente éste no la debe.

La obligación alternativa pierde este carácter y se convierte en pura y simple en los casos siguientes:

1.º Cuando una de las cosas comprendidas alternativamente en el contrato no puede ser objeto de él, porque en tal caso la obligación versa sobre una sola cosa.

Por ejemplo; si un individuo promete á otro entregarle su caballo árabe ó su caballo negro, creyendo que el primero vivía al celebrar el contrato, ó que aun era suyo, la obligación se convierte en pura recayendo solamente sobre el caballo negro que se conserva vivo, ó que está aún en el dominio del que lo prometió.

Este principio tiene sanción en el artículo 1,482 del Código Civil, que declara, que cuando se han prometido dos cosas alternativamente, si una de las dos no puede ser objeto de la obligación, debe entregarse la otra. <sup>1</sup>

2.º Cuando una de las dos cosas comprendidas en la obligación se pierde por caso fortuito ó por culpa del deudor, si le corresponde á él la elección, pues entonces el acreedor está obligado á recibir la que queda (Art. 1,483, Código Civil). <sup>2</sup>

3.º Cuando el acreedor tiene derecho de elección y se pierde una de las dos cosas comprendidas en el contrato,

1 Art. 1,366, Código Civil de 1884.

2 Art. 1,367, Código Civil de 1884.

pues tiene obligación de recibir la que haya quedado (Art. 1,487, Código Civil). <sup>1</sup>

De la definición que hemos dado de la obligación alternativa se deduce, que el acreedor no adquiere la propiedad de ninguna de las cosas comprendidas en ella por solo el efecto del contrato, mientras no se haga la elección por quien tiene derecho de hacerla.

A primera vista parece que esta consecuencia se halla en abierta pugna con el artículo 1,552 del Código que declara, que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario; pero un ligero exámen basta para convencerse de que no existe tal pugna. <sup>2</sup>

El artículo 1,552 declara que la propiedad se trasmite por mero efecto del contrato; pero siempre que sea cierta y determinada. De donde se infiere, que mientras no se llene este requisito esencial no basta que se perfeccione el contrato por el concurso de las voluntades de los contrayentes para que se produzca tal efecto jurídico.

Ahora bien: en la obligación alternativa permanece incierta la cosa sobre que versa, mientras que el contratante á quien corresponde el derecho de elegir no hace la elección, y por lo mismo, el acreedor no puede adquirir la propiedad de ninguna de las cosas comprendidas en el contrato.

Bastaría para convencerse de la justicia de esta consecuencia, recordar que la propiedad es, según la define el artículo 827 del Código Civil, el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes; y que el acreedor en la obligación alternativa no puede gozar ni disponer de ninguna de las cosas comprendidas en

1 Art. 1,371, Código Civil de 1884.

2 Art. 1,436, Código Civil de 1884.

ella mientras no se hace la elección; y que es absurdo é imposible ejercer ese derecho en una cosa indeterminada. <sup>1</sup>

En las obligaciones alternativas corresponde la elección al deudor, si no se ha pactado lo contrario; ó lo que es lo mismo, basta que no se haya pactado expresamente que el acreedor tiene el derecho de elección para que le corresponda al deudor, y que fuera del convenio expreso y terminante, jamás le corresponde ese derecho á aquél (Art. 1,481, Código Civil). <sup>2</sup>

Pero sea que le corresponda la elección al deudor, sea al acreedor, basta la simple manifestación de su voluntad para que quede determinada la cosa que el primero debe entregar, sin que ninguno de ellos necesite jamás del consentimiento del otro para el ejercicio de su derecho.

La definición que hemos dado de la obligación alternativa, nos indica de una manera clara y terminante, que el deudor se libra entregando una sola de las cosas prometidas; de donde se infiere que no puede obligarse al acreedor á recibir contra su voluntad parte de una y parte de otra de ellas, y que éste tampoco puede exigir de aquel que le pague de la misma manera (Art. 1,480, Cód. Civ.). <sup>3</sup>

Es fácil comprender la razón de esta consecuencia, pues si la voluntad de los contrayentes es la ley de los contratos, que no puede alterarse sino por el mutuo consentimiento de ellos, es claro que se infringiría esa ley si le fuera á uno lícito hacer lo que le pareciera, sin consultar la voluntad del otro.

La obligación alternativa produce diversos efectos respecto de la pérdida de una de las cosas prometidas, según que corresponde la elección al deudor ó al acreedor; y la ley previene los cuatro casos siguientes:

1<sup>o</sup> Pérdida de una ó de todas las cosas prometidas, cuando corresponde la elección al deudor:

1 Art. 729, Código Civil de 1884.

2 Art. 1,365, Código Civil de 1884.

3 Art. 1,364, Código Civil de 1884.

2<sup>o</sup> Pérdida de una ó de todas las cosas prometidas, cuando la elección corresponde al acreedor:

3<sup>o</sup> Pérdida de la cosa, cuando la obligación alternativa es de cosa ó de hecho, y corresponde la elección al deudor:

4<sup>o</sup> Pérdida de la cosa, cuando la obligación es de cosa ó de hecho, y corresponde al acreedor la elección:

Vamos á ocuparnos separadamente de cada una de las hipótesis indicadas, fijando las reglas que con relación á ellas establece la ley.

Esta establece respecto de la primera hipótesis, las reglas siguientes:

1<sup>a</sup> Si la elección corresponde al deudor, y alguna de las cosas se pierde por culpa suya ó caso fortuito, el acreedor está obligado á recibir la que queda (Art. 1,483, Cód. Civ.). <sup>1</sup>

La razón del precepto contenido en la regla anterior, es perfectamente clara, pues si el deudor tiene derecho de entregar la cosa que mejor le parezca de las prometidas, es evidente que puede disponer de cualquiera de ellas, porque haciéndolo así manifiesta su voluntad de entregar la que queda, con la cual satisface la obligación, supuesto que ya no recae más que sobre una sola cosa.

Pero el deudor no puede sustituir una cosa por otra, ni el acreedor pretender que le pague el precio de la pérdida, porque se faltaría á las condiciones bajo las cuales se celebró el contrato.

Resulta de lo expuesto, que cuando se pierde una de las cosas, se convierte la obligación alternativa en pura y simple, siempre que no se haya señalado un plazo, y el acreedor adquiere derecho para exigir la entrega de la cosa que queda.

2<sup>a</sup> Si las dos cosas se han perdido, y una lo ha sido por

1 Artículo 1,367, Código civil de 1884.

culpa del deudor, éste debe el precio de la última que se perdió (Art. 1,484, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Fácil es comprender que esta regla es la consecuencia de la razón, en que se funda la precedente, pues si la pérdida de una de las dos cosas prometidas produce el efecto de convertir la obligación en pura y simple, respecto de la que queda, ó lo que es lo mismo, priva al deudor del derecho de elegir y de la ventaja que pudiera proporcionar la elección, es evidente que es responsable de ella al acreedor, y que si perece por su culpa es justo que esté obligado á pagar su precio.

4.<sup>o</sup> Si las dos cosas se han perdido por culpa del deudor, debe pagar éste el precio de la última que se perdió (Art. 1,484 Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Si las dos cosas se han perdido por caso fortuito queda libre el deudor de la obligación, porque no puede hacerse ninguna imputación de culpa, y por lo mismo, no se le puede hacer responsable de ninguna manera de la pérdida (Art. 1,485, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

5.<sup>o</sup> Si una de las dos cosas se pierde por culpa del acreedor, puede pedir el deudor que se le dé por libre de la obligación ó que rescinda el contrato con indemnización de los daños y perjuicios, (art. 1,490 Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Los dos extremos propuestos en la regla precedente son justos. pues en el primero se sanciona el derecho de elección del cual se privaría sin razón al deudor; y en el segundo se autoriza la rescisión del contrato y la reparación de los perjuicios causados por culpa del acreedor, porque sería inicuo garantizar los derechos del culpable con violación y daño evidente de los del deudor, que en todo caso resultaría perjudicado porque se le privaría de la facultad de elección.

1 Artículo 1,368, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,368, 2.<sup>a</sup> parte del Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,369, Código Civil de 1884.

4 Artículo 1,374, Código Civil de 1884.

6.<sup>o</sup> Si las dos cosas se pierden por culpa del acreedor, y á él le corresponde la elección, queda obligado á devolver á su arbitrio el precio de una de las dos cosas; y si es la elección del deudor, éste designará el precio de una de las dos cosas; pero en uno y otro caso, el acreedor está obligado al pago de los daños y perjuicios (Artículos 1,392 á 1,494 Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Habría podido notarse que la ley no fija regla alguna previendo el caso, muy posible de acontecer, en que una de las cosas se pierda por culpa del deudor y la otra por caso fortuito; cuya circunstancia ha hecho suponer á algunos que hay una verdadera deficiencia en ella.

No somos de la misma opinión, y antes por el contrario, creemos que el caso indicado está perfectamente resuelto por las reglas generales que el Código Civil establece sobre la ejecución de los contratos, relativamente á la prestación de las cosas, y por los principios que acabamos de establecer.

En efecto: el deudor de una obligación alternativa, tiene facultad de elegir entre las cosas debidas la que ha de entregar al acreedor, y por lo mismo, puede disponer á su arbitrio de una de ellas, convirtiendo la obligación en pura y simple. Esta circunstancia hace que, si perece por caso fortuito la cosa que se ha convertido en el objeto único del contrato, se extinga la obligación quedando el deudor libre de toda responsabilidad; pues aun cuando está obligado á conservarla como un buen padre de familia, desde que el contrato se perfecciona es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa; y nadie está obligado al caso fortuito, sino cuando ha dado causa ó ha contribuido á él y cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad (Artículos 1,545, 1,546 y 1,578, Código Civil).<sup>2</sup>

En cuanto á la segunda hipótesis, establece el Código las siguientes reglas:

1 Artículo 1,377 y 1,378, Código Civil de 1884.

2 Artículos 1,429, 1,430 y 1,462, Código Civil de 1884.

1.ª Si la elección compete al acreedor, y una de las cosas se pierde por culpa del deudor, puede el primero elegir la cosa que ha quedado, ó el valor de la pérdida (Artículo 1,486, Código Civil).<sup>1</sup>

En este caso puede elegir el acreedor la cosa que queda, porque le es debida, ó el precio de la que se perdió, por vía de indemnización; pues el valor de la cosa viene á ser la reparación de la culpa del deudor, que no puede privar por ningún motivo al otro contrayente del derecho de optar entre una y otra de las cosas debidas.

2.ª Si la cosa se perdió sin culpa del deudor está obligado el acreedor á recibir la que haya quedado, pues el caso fortuito, que constituye una desgracia, no le otorga ningún derecho sobre el precio de la cosa perdida, y le priva de la facultad de elección (Artículo 1,487, Código Civil).<sup>2</sup>

3.ª Si ambas cosas se perdieren por culpa del deudor, puede el acreedor exigir el valor de cualquiera de ellas con los daños y perjuicios, ó la rescisión del contrato (Artículo 1,488, Código Civil).<sup>3</sup>

Esta regla se funda en los principios de la más estricta justicia, porque nada es más justo que, cuando por culpa del deudor perecen las dos cosas, y con ellas el derecho del acreedor de elegir la que más le conviniera, que aquel haga la debida reparación, la cual se obtiene trasportando el derecho de elección sobre el precio de las cosas prometidas.

4.ª Si ambas cosas se pierden sin culpa del deudor, la ley hace la siguiente distinción (Art. 1,489, Código Civil).<sup>4</sup>

I. Si se hubiere hecho ya la elección ó designación de la cosa, la pérdida es por cuenta del acreedor:

II. Si la elección no se hubiere hecho, queda el contrato sin efecto.

1 Artículo 1,370, Código Civil de 1884.  
2 Artículo 1,371, Código Civil de 1884.  
3 Artículo 1,372, Código Civil de 1884.  
4 Artículo 1,373, Código Civil de 1884.

Esta distinción está fundada en los principios elementales que rigen los contratos, según los cuales las cosas perecen para sus dueños, y en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, cuyo resultado se obtiene en las obligaciones alternativas tan luego como se hace la elección por quien tiene derecho de hacerla.

Así, pues, en el primer caso de la distinción, la cosa pertenece al acreedor, y por consiguiente, á él le toca sufrir su pérdida; y en el segundo, como aun no se ha hecho la elección, las cosas permanecen indeterminadas para los efectos jurídicos de la obligación, su propiedad pertenece aún al deudor, para quien perecen. Pero como ya no hay objeto alguno sobre que recaiga la elección, es consiguiente que quede sin efecto el contrato.

5.ª Si una de las cosas se pierde por culpa del acreedor, queda satisfecha la obligación con la cosa perdida; porque él mismo se priva de la facultad de elegir, y no es justo que el deudor sufra las consecuencias, sin acción alguna de su parte que le sea imputable (Art. 1,491, Código Civil).<sup>1</sup>

6.ª Si las dos cosas se pierden por culpa del acreedor, queda á su arbitrio devolver el precio que quiera de una de las dos cosas, y está obligado al pago de los daños y perjuicios que se le sigan al deudor (Arts. 1,492 y 1,494, Código Civil).<sup>2</sup>

El derecho de elección da al acreedor la facultad de designar una de las cosas contenidas en la obligación, pero no á las dos; y por tanto, nada hay más justo que, cuando por su culpa perecen, haga al deudor la reparación debida de los perjuicios que sufre, usando de su derecho de elección en los precios de ellas, á fin de pagarle el correspondiente á una, que por por ningún título le debía pertenecer.

1 Artículo 1,375, Código Civil de 1884.  
2 Artículo 1,376 y 1,378, Código Civil de 1884.

Respecto de la tercera hipótesis, en el caso de pérdida de la cosa, cuando la alternativa es de cosa ó de hecho y corresponde la elección al deudor, establece el Código la regla siguiente:

Sea que haya ó no habido culpa en la pérdida de la cosa por parte del deudor, el acreedor está obligado á recibir la prestación del hecho, por la misma razón que funda la primera regla de la hipótesis primera (Art. 1,501, Código Civil).<sup>1</sup>

Finalmente: respecto de la última hipótesis, cuando la alternativa es de cosa ó de hecho, y se pierde la cosa, correspondiente á la elección del acreedor, se observan las reglas siguientes:

1.<sup>o</sup> Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, está obligado el acreedor á recibir la prestación del hecho (Art. 1,499, Código Civil).<sup>2</sup>

2.<sup>o</sup> Si la cosa se pierde por culpa del deudor, puede, exigir el acreedor el precio de la cosa ó la prestación del hecho (Art. 1,500, Código Civil).<sup>3</sup>

3.<sup>o</sup> Si la cosa se pierde ó el hecho deja de prestarse por culpa del acreedor, se tiene por cumplida la obligación (Art. 1,502, Código Civil).<sup>4</sup>

Estas reglas no necesitan explicación, porque se fundan en las mismas razones que aquellas que establecimos respecto de la segunda hipótesis.

Si la obligación alternativa es de hecho, es claro que, según los principios generales que hemos establecido, tiene el deudor facultad de prestar el hecho que quiera, si le corresponde la elección, y que, si por el contrario, le compete al acreedor, éste puede exigir cualquiera de los hechos que son materia del contrato (Arts. 1,495 y 1,496, Cód. Civ.).<sup>5</sup>

1 Artículo 1,385, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,383 Código civil de 1884.

3 Artículo 1,384, Código Civil de 1,884.

4 Artículo 1,386, Código Civil de 1,884.

5 Artículo 1,389, y 1,380, Código Civil de 1,884.

Si la obligación fuere de cosa ó hecho, según los mismos principios, el que tiene la facultad de elección, puede exigir ó prestar en su caso la primera ó el segundo (Art. 1,497, Código Civil).<sup>1</sup>

Cuando el obligado se rehusa á ejecutar el hecho, el acreedor puede exigir la cosa ó la ejecución del hecho por un tercero á costa de aquél, siendo posible la sustitución (Art. 1,498 y 1,542, Código Civil).<sup>2</sup>

Esta regla está regida por los principios que norman las obligaciones que tienen por objeto la prestación de hechos, por cuyo motivo reservamos su explicación para el artículo la siguiente lección (Art. 1,503, Código Civil).<sup>3</sup>

## VI

### De la mancomunidad.

Los códigos modernos distinguen las obligaciones en las especies que hemos designado al principio de esta lección, entre las que enumeran las divisibles é indivisibles, distinguiendo estas últimas de las mancomunadas ó solidarias; pero nuestro Código ha prescindido de tal distinción por las razones siguientes, contenidas en la Exposición de motivos,

“La comisión examinó detenidamente los diversos sistemas conocidos sobre las obligaciones solidarias é indivisibles. Estas últimas se consignan expresamente en el Código Francés y fueron también adoptadas en el Proyecto de Código Civil Español.”

“Las obligaciones que se llaman indivisibles importan

1 Artículo 1,381, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,382 y 1,426, Código Civil de 1,884.

3 Artículo 1,387, Código Civil de 1,884.

Respecto de la tercera hipótesis, en el caso de pérdida de la cosa, cuando la alternativa es de cosa ó de hecho y corresponde la elección al deudor, establece el Código la regla siguiente:

Sea que haya ó no habido culpa en la pérdida de la cosa por parte del deudor, el acreedor está obligado á recibir la prestación del hecho, por la misma razón que funda la primera regla de la hipótesis primera (Art. 1,501, Código Civil).<sup>1</sup>

Finalmente: respecto de la última hipótesis, cuando la alternativa es de cosa ó de hecho, y se pierde la cosa, correspondiente á la elección del acreedor, se observan las reglas siguientes:

1.<sup>o</sup> Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, está obligado el acreedor á recibir la prestación del hecho (Art. 1,499, Código Civil).<sup>2</sup>

2.<sup>o</sup> Si la cosa se pierde por culpa del deudor, puede, exigir el acreedor el precio de la cosa ó la prestación del hecho (Art. 1,500, Código Civil).<sup>3</sup>

3.<sup>o</sup> Si la cosa se pierde ó el hecho deja de prestarse por culpa del acreedor, se tiene por cumplida la obligación (Art. 1,502, Código Civil).<sup>4</sup>

Estas reglas no necesitan explicación, porque se fundan en las mismas razones que aquellas que establecimos respecto de la segunda hipótesis.

Si la obligación alternativa es de hecho, es claro que, según los principios generales que hemos establecido, tiene el deudor facultad de prestar el hecho que quiera, si le corresponde la elección, y que, si por el contrario, le compete al acreedor, éste puede exigir cualquiera de los hechos que son materia del contrato (Arts. 1,495 y 1,496, Cód. Civ.).<sup>5</sup>

1 Artículo 1,385, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,383 Código civil de 1884.

3 Artículo 1,384, Código Civil de 1,884.

4 Artículo 1,386, Código Civil de 1,884.

5 Artículo 1,389, y 1,380, Código Civil de 1,884.

Si la obligación fuere de cosa ó hecho, según los mismos principios, el que tiene la facultad de elección, puede exigir ó prestar en su caso la primera ó el segundo (Art. 1,497, Código Civil).<sup>1</sup>

Cuando el obligado se rehusa á ejecutar el hecho, el acreedor puede exigir la cosa ó la ejecución del hecho por un tercero á costa de aquél, siendo posible la sustitución (Art. 1,498 y 1,542, Código Civil).<sup>2</sup>

Esta regla está regida por los principios que norman las obligaciones que tienen por objeto la prestación de hechos, por cuyo motivo reservamos su explicación para el artículo la siguiente lección (Art. 1,503, Código Civil).<sup>3</sup>

## VI

### De la mancomunidad.

Los códigos modernos distinguen las obligaciones en las especies que hemos designado al principio de esta lección, entre las que enumeran las divisibles é indivisibles, distinguiendo estas últimas de las mancomunadas ó solidarias; pero nuestro Código ha prescindido de tal distinción por las razones siguientes, contenidas en la Exposición de motivos,

“La comisión examinó detenidamente los diversos sistemas conocidos sobre las obligaciones solidarias é indivisibles. Estas últimas se consignan expresamente en el Código Francés y fueron también adoptadas en el Proyecto de Código Civil Español.”

“Las obligaciones que se llaman indivisibles importan

1 Artículo 1,381, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,382 y 1,426, Código Civil de 1,884.

3 Artículo 1,387, Código Civil de 1,884.

una verdadera solidaridad, y lo prueba el artículo 1,222 francés; de cuyas palabras se deduce que el efecto esencial de la mancomunidad, que es obligar á todos los deudores por el total de la obligación, se encuentra en las llamadas indivisibles, que por tanto no forman un género esencialmente diverso de las mancomunadas. La verdadera diferencia que hay entre unas y otras consiste, no en el efecto que es el mismo, sino en el origen; pues la solidaridad en las unas nace de la ley, y en las otras del convenio."

"Procurando la comisión penetrar las causas de esa dificultad, ha creído que consistía principalmente en el deseo de conciliar el principio absoluto, admitido en el Código Francés y en el Proyecto Español, de que la solidaridad nunca se presume, sino *que debe ser expresamente estipulada*, con la multitud de casos en que por la misma naturaleza de las cosas se produce la solidaridad fuera de convenio, y solamente por voluntad tácita de los contratantes. No siendo, pues, cierto en todos casos el principio de que la mancomunidad sólo puede establecerse por convenio expreso, y dimanando de él graves dificultades, entre otras, la de admitir una nueva especie de obligaciones sin un carácter esencialmente peculiar, se propuso la comisión refundir en un solo título la mancomunidad y la indivisibilidad."

No obstante esta explicación, que no creemos satisfactoria, juzgamos conveniente definir las obligaciones divisibles, las indivisibles y las solidarias ó mancomunadas.

La obligación es divisible, cuando la prestación que tiene por objeto puede hacerse por partes; y es indivisible cuando la prestación no puede hacerse por partes.

De estas definiciones se infiere, que es preciso atender al objeto de la obligación para saber si es divisible ó indivisible; y por tanto, que es divisible siempre que no hay una imposibilidad jurídica ó física que impida la división material ó intelectual del objeto sobre que recae.

La obligación mancomunada, dice Gutiérrez Fernández, reproduciendo la definición que da Gómez de la Serna, es aquella en que dos ó más personas se obligan á pagar, ya á prorata, ya *in solidum*, una deuda; ó dos ó más personas, acreedores, á recibirla de igual manera, de un mismo deudor. <sup>1</sup>

Hemos definido las obligaciones divisibles para poder definir por contraposición las indivisibles, y con el objeto de que se las pueda distinguir de las mancomunadas, pero sin el propósito de abordar las diferencias, de suyo llenas de dificultades que entre las segundas y éstas han hecho los autores y las legislaciones europeas, por no admitirlas nuestro Código, que, como lo indica la Exposición de motivos, otorga efectos análogos á dichas obligaciones, distinguiéndolas solamente por razón de su origen; pues las indivisibles producen la solidaridad por la naturaleza de las cosas sobre que recaen, y las mancomunadas por la voluntad expresa de los contrayentes.

Sin embargo, haremos notar, en su oportunidad, algunas diferencias, que caracterizan á las obligaciones indivisibles y las distinguen en sus efectos jurídicos de las solidarias ó mancomunadas.

Los autores llaman simple á la obligación mancomunada, cuando tiene que satisfacerse á prorata por los deudores, ó debe exigirse de la misma manera por los acreedores; y solidaria ó *in solidum* cuando es tal que puede exigirse el todo por cada acreedor del deudor común, ó debe pagarse el todo por cada deudor á un acreedor común.

Los acreedores y deudores mancomunados se llaman también solidarios (Artículo 1,507, Código Civil). <sup>2</sup>

La última especie de mancomunidad de las referidas, es a que constituye el objeto de nuestro estudio en el presente artículo.

<sup>1</sup> Tomo IV, página 95.

<sup>2</sup> Artículo 1,391, Código Civil de 1884.

De la definición que de ella hemos dado se infiere que puede ser activa ó pasiva (Art. 1,504, Código Civil).<sup>1</sup>

Mancomunidad activa es el derecho que dos ó más acreedores tienen para exigir, cada uno por sí, del deudor el cumplimiento total de la obligación (Art. 1,505 Código Civil).<sup>2</sup>

Mancomunidad pasiva es la obligación que dos ó más deudores reportan de prestar cada uno por sí, en su totalidad la suma ó hecho material del contrato (Artículo 1,506, Código Civil).<sup>3</sup>

Reasumiendo lo expuesto podemos establecer, que para que haya mancomunidad es indispensable:

- 1.º La unidad de causa en la obligación:
- 2.º La unidad de objeto:
- 3.º La unidad de vínculo jurídico; es decir, que los acreedores tengan el mismo derecho, ó que los deudores reporten la misma obligación:
- 4.º La unidad de tiempo.

Es necesaria la unidad de causa, porque si fueran diversos los títulos que tuvieran los contrayentes, resultarían distintas las obligaciones, y por lo mismo, no podría haber solidaridad: por ejemplo; si uno pretendiera el objeto de la obligación á título de arrendamiento, otro á título de comodato y otro á título de compra-venta, habría distintas obligaciones imposibles de producir la mancomunidad.

La unidad de objeto es también indispensable, pues si cada uno de los contrayentes estipula cosas diversas, aunque de la misma persona y al mismo tiempo, habrá tantas deudas distintas, cuantas son las cosas estipuladas, porque la diversidad de objetos produce la división de las obligaciones.

La unidad de vínculo, y por consiguiente, la unidad de personas, es indispensable para la existencia de la obliga-

1 Artículo 1,388, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,389, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,390, Código Civil de 1,884.

ción solidaria, porque si muchas personas estipulan separadamente de un mismo individuo la misma cosa, no habrá solidaridad, sino tantas obligaciones cuantos son los estipulantes; pues la diversidad de personas que estipulan separadamente excluye la solidaridad.

Por último: tampoco existe ésta, cuando diversas personas estipulan la misma cosa de un mismo individuo en diversos tiempos, porque la diferencia de éste produce la diversidad de obligaciones.

La mancomunidad es una derogación del derecho de común, según el cual la obligación contraída por muchas personas conjuntamente se divide á prorata entre los acreedores ó los deudores, y como importa una agravación, no se presume.

Por este motivo, declara la ley, que la mancomunidad de acreedores nunca se presume en los contratos, sino que debe constar por voluntad expresa de los contrayentes (Artículo 1,508, Código Civil).<sup>1</sup>

Esta regla tiene por objeto, según dicen sus autores en la Exposición de motivos del Código Civil, evitar las graves cuestiones que pueden sobrevenir en el caso de no haberse expresado terminantemente la mancomunidad activa; y para obtener tal resultado en todo caso determina también que, cuando no se hace constar expresamente la voluntad de los contrayentes, acerca de la mancomunidad, el deudor sólo está obligado á responder á cada acreedor por la parte que le corresponde; y si ésta no consta, sólo está obligado á contestar siendo requerido por todos ó por quien los represente legalmente (Art. 1,508, 2.ª parte, Código Civil).<sup>2</sup>

Sin embargo, la mancomunidad activa tiene por origen, no sólo la voluntad expresa de los contratantes, sino también la del testador ó el derecho de sucesión.

1 Artículo 1,392, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,392, 2.ª parte, Código Civil de 1884.



Son acreedores mancomunados en virtud de sucesión (Artículo 1,509, Código Civil): <sup>1</sup>

- 1.º Los herederos de un acreedor mancomunado;
- 2.º Los albaceas nombrados mancomunadamente;
- 3.º Los herederos y legatarios nombrados conjuntamente respecto de alguna cosa sin designación de partes;
- 4.º Todas las personas llamadas simultáneamente á la misma herencia; no habiendo albaceas y mientras no se practique la repartición.

Esta enumeración no es rigurosamente propia de este lugar, y si la hace la ley, es con el objeto de presentar toda la doctrina en su conjunto, por cuyo motivo luego nos ocuparemos de ella (Exposición de motivos).

No existe tampoco mancomunidad activa cuando un acreedor designa una ó más personas para solo el efecto de que á su nombre reciban el pago: pues los adjuntos tienen sólo el carácter de mandatarios del acreedor, y sus obligaciones son las que prescriben las reglas que norman el contrato de mandato (Art. 1,518, Código Civil). <sup>2</sup>

Por la misma razón que hemos expuesto, no se presume la mancomunidad pasiva, sino en virtud de pacto expreso (Artículos 1,510 y 1,511, Código Civil): <sup>3</sup>

- 1.º Cuando la obligación consiste en la entrega de una suma de dinero ó de cualquiera otra cosa fungible;
- 2.º Cuando la obligación se contrae para la ejecución de un hecho ó de una obra que puede obtenerse en su resultado final por la acción de un sólo individuo ó por la cooperación de varios; pero independientemente unos de otros.

La regla general que domina respecto de las obligaciones conjuntas ó en las que intervienen varias personas, deudores ó acreedores es, según acabamos de establecer, que la mancomunidad no se presume, sino que debe ser expresa-

<sup>1</sup> Artículo 1,393, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,402, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículos 1,394 y 1,395, Código Civil de 1884.

mente estipulada; pero esa regla no es absoluta, sino que sufre excepción respecto de las obligaciones indivisibles.

Así, pues, la mancomunidad pasiva se presume (Art. 1,512, Cód. Civ.). <sup>1</sup>

1.º Cuando la obligación es de dar alguna cosa individualmente determinada, y que por su naturaleza no admite cómoda división, ó aun cuando la admita, siempre que el conjunto de las partes prestadas separadamente tenga un valor menor que el que corresponda á la especie determinada:

2.º Cuando dos ó más personas heredan á un deudor solidario:

3.º Cuando la obligación se contrae para la prestación de un hecho ó ejecución de una obra que no puede obtenerse sino por el concurso simultáneo de las personas obligadas.

Claras son las razones que motivan la mancomunidad en los casos que preceden, pues si la cosa, objeto de la obligación no puede dividirse, ó dividiéndose disminuye su valor, es evidente que no puede cumplirse el contrato á prorata por los deudores, por imposibilidad física, ó porque resultaría gravemente perjudicado el acreedor, y por tanto, que cada uno de los deudores lo es de toda la cosa.

Si dos ó más personas heredan á un deudor solidario, como todos y cada uno son sucesores en los derechos y obligaciones de él, y representan á su persona, es evidente que están obligados mancomunadamente á cumplir los deberes que aquél se impuso; pero con la excepción que después marcaremos.

Finalmente, cuando la obligación versa sobre la prestación de un hecho ó la ejecución de una obra, que sólo puede obtenerse por el concurso simultáneo de las personas obligadas, hay mancomunidad, porque no es susceptible de

<sup>1</sup> Art. 1,396, Código Civil de 1884.

división, ni de satisfacerse la obligación á prorata por los deudores, y por lo mismo, todos y cada uno están en el deber de cumplirla en su totalidad.

Como en los casos que acabamos de señalar existe y se presume la mancomunidad por determinación de la ley, es claro que no puede dejar de existir sino por convenio expreso de los contrayentes, que por su voluntad pueden establecer las reglas que estimen convenientes para normar su conducta, siempre que no sean contrarias á la moral y al orden público (art. 1,513, Céd. Civ.).<sup>1</sup>

Para mayor claridad, vamos á hacer separadamente el estudio de cada una de las especies de mancomunidad, que hemos dado á conocer, y sus diversos efectos jurídicos; pero antes conviene advertir, que la interrupción de la prescripción en todas ellas está sujeta á las reglas que establecimos en el artículo VIII, lección undécima del tomo 2º de esta obra, estudiando los artículos 1,132 á 1,239 del Código Civil, y por lo mismo, remitimos á nuestros lectores al estudio contenido en ella (Art. 1,514, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

## VII

### De la mancomunidad activa.

La mancomunidad activa, es según hemos dicho, el derecho que dos ó más acreedores tienen para exigir cada uno por sí del deudor el cumplimiento total de la obligación (Art. 1,505, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,397, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,398, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,389, Código Civil de 1,884.

De esta definición se infiere, que para que haya mancomunidad activa, es preciso que concurren los requisitos siguientes:

- 1º Que muchas personas estipulen ó contraten:
- 2º Que estipulen la misma prestación:
- 3º Que la estipulen de la misma persona:
- 4º Que estipulen el total de la obligación, de manera que cada una de ellas pueda exigirlo, y que hecho el pago por el deudor se libre de ella,

Según los principios del Derecho Romano, cada uno de los acreedores solidarios era considerado respecto del deudor, como si fuera el único acreedor, y por consiguiente, tenía derecho para exigir la totalidad de la deuda y extinguirla también, para los demás acreedores.<sup>1</sup>

Según esos mismos principios, el acreedor que había obtenido el pago de la obligación, ó que la había remitido, no tenía que dividir con los demás acreedores la cantidad que había percibido, á no ser que estos tuvieran derecho para exigirle su parte en virtud del contrato de sociedad ó de cualquier otro título.<sup>2</sup>

Pero el Código Civil, siguiendo al Código Francés, ha adoptado otro sistema, según el cual, los acreedores son socios para el beneficio del crédito, y cada uno de ellos tiene derecho de hacer efectivo el pago y cuanto le sea útil, pero no remitir ó perdonar la deuda.

“La solidaridad, como decía Mouricauld, ante el Cuerpo Legislativo, en la discusión del Código Francés, se establece verdaderamente entre los acreedores para autorizar á cada uno de ellos á fin de que gestione en beneficio de todos y para constituirlos mandatarios recíprocos; de donde se infiere que siendo la remisión un acto extraño al interés co-

<sup>1</sup> Ley 2, título 2, libro 45, D.

<sup>2</sup> Ley 62, tit. 20. lib. 35, D.

división, ni de satisfacerse la obligación á prorata por los deudores, y por lo mismo, todos y cada uno están en el deber de cumplirla en su totalidad.

Como en los casos que acabamos de señalar existe y se presume la mancomunidad por determinación de la ley, es claro que no puede dejar de existir sino por convenio expreso de los contrayentes, que por su voluntad pueden establecer las reglas que estimen convenientes para normar su conducta, siempre que no sean contrarias á la moral y al orden público (art. 1,513, Céd. Civ.).<sup>1</sup>

Para mayor claridad, vamos á hacer separadamente el estudio de cada una de las especies de mancomunidad, que hemos dado á conocer, y sus diversos efectos jurídicos; pero antes conviene advertir, que la interrupción de la prescripción en todas ellas está sujeta á las reglas que establecimos en el artículo VIII, lección undécima del tomo 2º de esta obra, estudiando los artículos 1,132 á 1,239 del Código Civil, y por lo mismo, remitimos á nuestros lectores al estudio contenido en ella (Art. 1,514, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

## VII

### De la mancomunidad activa.

La mancomunidad activa, es según hemos dicho, el derecho que dos ó más acreedores tienen para exigir cada uno por sí del deudor el cumplimiento total de la obligación (Art. 1,505, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,397, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,398, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,389, Código Civil de 1,884.

De esta definición se infiere, que para que haya mancomunidad activa, es preciso que concurren los requisitos siguientes:

- 1º Que muchas personas estipulen ó contraten:
- 2º Que estipulen la misma prestación:
- 3º Que la estipulen de la misma persona:
- 4º Que estipulen el total de la obligación, de manera que cada una de ellas pueda exigirlo, y que hecho el pago por el deudor se libre de ella,

Según los principios del Derecho Romano, cada uno de los acreedores solidarios era considerado respecto del deudor, como si fuera el único acreedor, y por consiguiente, tenía derecho para exigir la totalidad de la deuda y extinguirla también, para los demás acreedores.<sup>1</sup>

Según esos mismos principios, el acreedor que había obtenido el pago de la obligación, ó que la había remitido, no tenía que dividir con los demás acreedores la cantidad que había percibido, á no ser que estos tuvieran derecho para exigirle su parte en virtud del contrato de sociedad ó de cualquier otro título.<sup>2</sup>

Pero el Código Civil, siguiendo al Código Francés, ha adoptado otro sistema, según el cual, los acreedores son socios para el beneficio del crédito, y cada uno de ellos tiene derecho de hacer efectivo el pago y cuanto le sea útil, pero no remitir ó perdonar la deuda.

“La solidaridad, como decía Mouricauld, ante el Cuerpo Legislativo, en la discusión del Código Francés, se establece verdaderamente entre los acreedores para autorizar á cada uno de ellos á fin de que gestione en beneficio de todos y para constituirlos mandatarios recíprocos; de donde se infiere que siendo la remisión un acto extraño al interés co-

<sup>1</sup> Ley 2, título 2, libro 45, D.

<sup>2</sup> Ley 62, tit. 20. lib. 35, D.

mún, un acto de beneficencia personal á aquel que lo quiere ejercer, se haya fuera de la misión de cada uno." <sup>1</sup>

De manera, que, según el sistema adoptado por nuestro Código, los acreedores son socios para el beneficio de la obligación y cada uno de ellos es mandatario de los demás con facultad de hacer todo aquello que les pueda ser útil y provechoso, pero no lo que les pueda ser perjudicial.

Es consecuencia de ese sistema, el derecho que tiene cada uno de los acreedores para exigir el pago del deudor común y la obligación de éste de verificarlo, quedando libre de la que contrajo.

Sin embargo, esta regla sufre excepción cuando el deudor ha sido requerido judicialmente por alguno de los acreedores; pues en tal caso debe hacer el pago al demandante, previa audiencia de los demás, porque habría mala fe, ó por lo menos se autorizaría una innoble venganza de parte del deudor si se le permitiera burlar el derecho del acreedor diligente (art. 1,515, Cód. Civ.). <sup>2</sup>

Estimamos enteramente justa esta excepción, pero no encontramos la razón que justifique la necesidad de la audiencia de los demás acreedores para que se haga el pago al que requirió judicialmente al deudor.

Tal vez tiene por objeto esa exigencia, vigilar por los derechos de los demás acreedores, á efecto de que no sean burlados por el demandante. Pero sea cual fuere la mente de la ley, creemos que la restricción indicada es contraria á los principios que siempre han regido sobre las obligaciones solidarias, en virtud de los cuales cada acreedor tiene derecho de exigir el total de ellas, el cual se encuentra limitado en el caso á que nos referimos; y puede ser el origen de perjudiciales contiendas.

Debemos advertir que nuestro Código es el único que establece semejante restricción.

<sup>1</sup> Loaré, Exposé, des motifs, tomo XII, pág. 564, núm. 33.

<sup>2</sup> Art. 1,399, Código civil de 1884.

Es también consecuencia del sistema que considera á cada uno de los acreedores solidarios como socios para el beneficio de la obligación, y como mandatarios de los demás para hacer todo aquello que les pueda ser útil, que el acreedor que recibe el pago está obligado á entregar á sus coacreedores la parte que les corresponde, ya sea en virtud de convenio, ya por disposición de la ley; y tenga este mismo deber de cualquiera manera que se haya hecho el pago, pues la obligación se entiende satisfecha no sólo por paga real, sino también por compensación, novación ó remisión (Artículos 1,516 y 1,517, Cód. Civ.). <sup>1</sup>

Aunque de acuerdo en este último punto con el sistema que adoptó, en cuanto al deber del acreedor de entregar á sus coacreedores la parte que les corresponde, se separó nuestro Código del Francés que no reconoce como válida la extinción de la obligación por alguno de los medios indicados efectuada por uno sólo de los acreedores, y siguió los principios del derecho Romano, que estiman á cada uno como si el solo hubiera estipulado, para el efecto de exigir el total de la obligación.

Esto no quiere decir que haya inconsecuencia y contradicción en las reglas que sobre esta importante y difícil materia establece el Código, pues existe una perfecta armonía entre ellos.

Para convencerse, basta tener presente que, si es cierto que según esos preceptos se estiman los acreedores solidarios como socios, para el beneficio de la obligación y como mandatarios los unos de los otros, para hacer todo aquello que les pueda ser útil y provechoso, pero no lo que les pueda ser perjudicial; y autoriza á cada uno de ellos para compensar novar ó remitir la obligación, con cuyos actos se perjudican los intereses de los demás; también lo es que vigilando por esos intereses, previenen que el acreedor que eje-

<sup>1</sup> Artículo 1,400 y 1,401, Código Civil de 1,831.

cuta alguno de esos actos tiene el ineludible deber de entregar á sus coacreadores la parte que le corresponde, ya sea por virtud del contrato, ya por determinación de la ley.

En otros términos, á la vez que tales preceptos otorgan á cada uno de los acreedores derecho para exigir el total de la obligación, y remitirlo, compensarlo ó novar ésta, les impone también el deber de entregar á sus coacreadores la parte que les corresponde, á fin de evitar los fraudes que pudieran cometerse y el injusto perjuicio que resultaría para los acreedores que no intervienen en el pago.

Así, pues, el Código Civil ha adoptado un sistema que participa del seguido por el Código Francés, y del establecido por el Derecho Romano, el cual nos parece más justo por ser más conforme á la equidad.

De lo expuesto se infiere; que el acreedor que, habiendo recibido el total de la obligación del deudor común, no entrega á sus coacreadores la parte que les corresponde, sino que la emplea en provecho propio, comete el delito de abuso de confianza, que se castiga con las mismas penas que el robo sin violencia; pues dispone fraudulentamente y con perjuicio de aquellos, del objeto de la obligación, que recibe en virtud de un contrato que no le trasfiere el dominio (Artículos 376 y 407 del Código Penal).

### VIII

#### De la mancomunidad pasiva.

La mancomunidad pasiva es, según la define el artículo 1,506 del Código Civil, la obligación que dos ó más deudores reportan de prestar cada uno por sí, en su totalidad la suma ó hecho material del contrato.

Esta definición puede convenir igualmente á las obligaciones indivisibles, y por lo mismo, es preciso marcar las diferencias que las distinguen de las solidarias.

Estas se contraen por cada uno de los deudores por el total, mientras que en las obligaciones indivisibles no se obliga el deudor por el todo, y si se le puede exigir el pago de él, es porque la cosa, objeto del contrato no es susceptible de división.

De manera que para que una obligación sea solidaria, no basta que cada uno de los deudores lo sea de toda la cosa; sino que es además necesario que se obligue también á la prestación total de ella, como si él sólo hubiera contratado.

La diferencia indicada resalta más, teniendo presente que para que haya mancomunidad pasiva, es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

- 1º Que cada uno de los deudores se obligue á hacer la misma prestación:
- 2º Que se obliguen al mismo tiempo:
- 3º Que cada uno de los deudores reporte la obligación cada uno por sí, de prestar en su totalidad la suma ó hecho material del contrato:
- 4º Que el pago hecho por uno solo exonere á los demás de la obligación.

Fácil es comprender la necesidad de la concurrencia de los requisitos indicados, pues si los deudores no se obligan, cada uno por sí, á la prestación de una misma cosa, sino á la de objetos distintos, no habrá una obligación solidaria, sino diversas obligaciones, si contratan en diversos tiempos y actos, se producen también distintas obligaciones, porque para que haya solidaridad es necesario el concurso de las voluntades, el consentimiento de los deudores, imponiéndose la obligación de pagar cada uno el total, cuya circunstancia demanda la unidad del acto, y por lo mismo, la del tiempo; y si cada uno queda obligado á pagar una parte de la deuda, hay mancomunidad simple, pero no solidaridad, y en consecuen-

cuta alguno de esos actos tiene el ineludible deber de entregar á sus coacreadores la parte que le corresponde, ya sea por virtud del contrato, ya por determinación de la ley.

En otros términos, á la vez que tales preceptos otorgan á cada uno de los acreedores derecho para exigir el total de la obligación, y remitirlo, compensarlo ó novar ésta, les impone también el deber de entregar á sus coacreadores la parte que les corresponde, á fin de evitar los fraudes que pudieran cometerse y el injusto perjuicio que resultaría para los acreedores que no intervienen en el pago.

Así, pues, el Código Civil ha adoptado un sistema que participa del seguido por el Código Francés, y del establecido por el Derecho Romano, el cual nos parece más justo por ser más conforme á la equidad.

De lo expuesto se infiere; que el acreedor que, habiendo recibido el total de la obligación del deudor común, no entrega á sus coacreadores la parte que les corresponde, sino que la emplea en provecho propio, comete el delito de abuso de confianza, que se castiga con las mismas penas que el robo sin violencia; pues dispone fraudulentamente y con perjuicio de aquellos, del objeto de la obligación, que recibe en virtud de un contrato que no le trasfiere el dominio (Artículos 376 y 407 del Código Penal).

### VIII

#### De la mancomunidad pasiva.

La mancomunidad pasiva es, según la define el artículo 1,506 del Código Civil, la obligación que dos ó más deudores reportan de prestar cada uno por sí, en su totalidad la suma ó hecho material del contrato.

Esta definición puede convenir igualmente á las obligaciones indivisibles, y por lo mismo, es preciso marcar las diferencias que las distinguen de las solidarias.

Estas se contraen por cada uno de los deudores por el total, mientras que en las obligaciones indivisibles no se obliga el deudor por el todo, y si se le puede exigir el pago de él, es porque la cosa, objeto del contrato no es susceptible de división.

De manera que para que una obligación sea solidaria, no basta que cada uno de los deudores lo sea de toda la cosa; sino que es además necesario que se obligue también á la prestación total de ella, como si él sólo hubiera contratado.

La diferencia indicada resalta más, teniendo presente que para que haya mancomunidad pasiva, es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

- 1º Que cada uno de los deudores se obligue á hacer la misma prestación:
- 2º Que se obliguen al mismo tiempo:
- 3º Que cada uno de los deudores reporte la obligación cada uno por sí, de prestar en su totalidad la suma ó hecho material del contrato:
- 4º Que el pago hecho por uno solo exonere á los demás de la obligación.

Fácil es comprender la necesidad de la concurrencia de los requisitos indicados, pues si los deudores no se obligan, cada uno por sí, á la prestación de una misma cosa, sino á la de objetos distintos, no habrá una obligación solidaria, sino diversas obligaciones, si contratan en diversos tiempos y actos, se producen también distintas obligaciones, porque para que haya solidaridad es necesario el concurso de las voluntades, el consentimiento de los deudores, imponiéndose la obligación de pagar cada uno el total, cuya circunstancia demanda la unidad del acto, y por lo mismo, la del tiempo; y si cada uno queda obligado á pagar una parte de la deuda, hay mancomunidad simple, pero no solidaridad, y en consecuen-

cia, ni los demás deudores quedarán libres por el pago de uno, ni el acreedor podrá exigir el total de ella de uno solo, que son los efectos principales de la solidaridad.

Estos requisitos no impiden que los deudores solidarios se obligen bajo distintas modalidades; por ejemplo, que uno se obligue pura y simplemente, y los demás bajo condición ó á plazo; pues como dice Pothier, la obligación solidaria es una relativamente al objeto de ella, pero se compone de tantos vínculos distintos cuantas son las personas que celebran el contrato, y por consiguiente, puede tener diversas modalidades.<sup>1</sup>

Un ligero examen basta para persuadirse de que estas no modifican en manera alguna la naturaleza de las obligaciones solidarias.

El plazo, por ejemplo, no quita á la obligación solidaria los caracteres que la distinguen ni modifica los efectos que le son propios, pues sólo difiere su cumplimiento é impide que el acreedor exija el pago al deudor hasta que llega el día convenido, dejándoles libertad para perseguir á los demás deudores que se obligaron pura y simplemente.

Si uno de los deudores se obliga bajo condición, tampoco se altera la naturaleza de la obligación solidaria; pues según los principios que hemos establecido, mientras no se verifica el acontecimiento incierto del cual se hace depender el contrato no hay, propiamente hablando, obligación alguna; pero si se realiza, se considera como si hubiera existido desde la celebración de aquél, y como si desde el principio hubiera sido pura y simple.

En cualquiera de los dos casos, no hay nada que sea contrario á la naturaleza de la obligación solidaria y que la haga degenerar.

Todos los autores explican los efectos que la mancomunidad produce entre los deudores, aplicando la siguiente teoría.

1 Des obligations, núm. 263.

Los deudores están ligados por el mismo vínculo que les obliga á pagar la misma deuda, cada uno por el total; pero como en la obligación común no tiene cada uno interés por su totalidad, tal interés se divide entre todos, y hay, en consecuencia, entre los deudores solidarios un vínculo común y un interés indiviso.

Así, pues, hay una comunidad que debe su origen á un contrato, constituye una sociedad, y por consiguiente, los deudores solidarios son socios y mandatarios los unos de los otros.

El mandato que implica la mancomunidad pasiva, produce sólo el efecto de perpetuar y conservar la obligación, como dijimos en el artículo VII, lección undécima del tomo segundo de esta obra, pero no faculta de ninguna manera á ninguno de los deudores para empeorar la condición de los demás, y por lo mismo, el acto por el cual hiciera alguno de ellos más onerosa la obligación no produciría ningún efecto contra los otros, por ser el resultado de una extralimitación del mandato.

Por este motivo declara el artículo 1,525 del Código, que los convenios que el acreedor celebrare acerca de la deuda con uno de los deudores mancomunados, no aprovechan ni perjudican á los demás, salvo lo dispuesto en las reglas siguientes:<sup>1</sup>

1.ª Cuando la novación se efectúa entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación á los bienes del deudor que contrae la nueva deuda (Artículo 1,729; Código Civil);<sup>2</sup>

2.ª Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores; sin perjuicio de que aquél sea indemnizado por

1 Artículo 1,409, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,614, Código Civil de 1884.

éstos en la parte respectiva (Artículo 1,730, Código Civil).<sup>1</sup>

Para que aprovechen ó perjudiquen los convenios celebrados por el acreedor con uno de los deudores solidarios, es necesario que los consientan y autoricen expresamente los demás fuera de los dos casos que hemos indicado, que se fundan en razones justas.

En el primero ha querido la ley que el deudor solidario que extingue la obligación de sus codeudores, y con ella los privilegios y las hipotecas que la garantizaban, conserve esas mismas garantías á su favor, para que su conducta benéfica no se convierta en su perjuicio, y pueda obtener con toda seguridad el reembolso de lo que pagare en virtud de la nueva obligación.

En el segundo se hace una declaración que se halla de acuerdo con los principios generales que rigen sobre la extinción de las obligaciones, pues, como después veremos, la novación es uno de los modos por el cual se obtiene ésta; y es lógico y justo que el deudor que, empleando ese modo, extingue la obligación de sus codeudores, sea indemnizando por ellos en la parte que les correspondía pagar, pues de otra manera se autorizaría el acto inmoral é inícuo de que se enriquecieran á expensas y con perjuicio del que los exoneró del cumplimiento de la obligación.

La teoría que hemos condensado en pocas palabras, nos da los principales fundamentos de los efectos jurídicos que la ley atribuye á la mancomunidad pasiva; pero no los explica todos.

Por tanto, hay necesidad de ocurrir á una nueva teoría que nos da la base de los efectos que no nos explica aquella.

Ya hemos indicado esta teoría, aunque no con bastante claridad, al expresar la anterior; y es sólo el resultado de la naturaleza peculiar de la obligación solidaria.

En efecto: ésta es al mismo tiempo múltiple con relación

<sup>1</sup> Artículo 1,615, Código Civil de 1881.

á los deberes que han contraído los deudores, y única respecto de la prestación que tiene por objeto.

Considerada bajo el primer aspecto, esto es, con relación al vínculo que crea entre cada uno de los deudores y el acreedor, se compone, como toda obligación conjuntiva, de tantos vínculos distintos cuantas son las personas que han contratado.

Reasumiendo lo expuesto resulta:

1.º Que considerada la obligación solidaria bajo el punto de vista del vínculo jurídico, se compone de tantas obligaciones distintas cuantos son los deudores:

20. Que considerada relativamente á la prestación, es una sola la obligación para todos los deudores.

Si descendemos á la aplicación de los principios expuestos, se comprenderán fácilmente los efectos que la ley atribuye á la mancomunidad pasiva.

En virtud de esos principios, el acreedor de una prestación á que están solidariamente obligados varios deudores, puede exigirla de todos á prorata, ó toda de alguno de ellos, á su arbitrio; sin que el requerido pueda implorar el beneficio de división (Artículo 1,519, Código Civil).<sup>1</sup>

La razón es obvia: si cada uno de los deudores está obligado hacia el acreedor de una manera tan absoluta como si fuera el único deudor, y si en sus relaciones con el acreedor están obligados los unos por los otros y cada uno por todos por el total de la deuda; es claro que aquél puede exigir el pago de ella, requiriendo colectivamente á todos, para que lo hagan á prorata, ó á uno solo, que estará obligado á satisfacer en su integridad la obligación, sin que pueda pretender el beneficio de división: esto es, el pago á prorata.

Pero este efecto de la obligación solidaria se produce solamente cuando todos los deudores viven ó cuando alguno fallece dejando un solo heredero; pues si ha muerto de-

<sup>1</sup> Artículo 1,403, Código Civil de 1884.



jando dos ó más herederos, se producen respecto de ellos otros efectos.

La deuda continúa siendo solidaria respecto de la sucesión, pero no respecto de los herederos entre quienes se divide, los cuales responden, en proporción á sus haberes hereditarios, hasta la cantidad que con ellos concurra, si todos están solventes; si sólo algunos estuvieren solventes, se debe dividir entre ellos proporcionalmente el pago; y si sólo uno lo estuviere, responde por la deuda hasta la cantidad concurrente con su cuota (Arts. 1,528 y 1,529, Código Civil).<sup>1</sup>

En los dos casos indicados, el deudor que paga conserva sus derechos contra los demás para obtener el reembolso, cuando mejoren de fortuna (Art. 1,530, Código Civil).<sup>2</sup>

La razón es perfectamente lógica y perceptible, porque muerto uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, la sucesión hereditaria es quien le representa y reporta todas sus obligaciones; pero como ésta se divide en tantas porciones cuantos son los herederos; se infiere que cada uno de ellos está obligado por la parte que le corresponde de la deuda, que lo es de la sucesión.<sup>3</sup>

Por el mismo motivo, la acción por el todo ó parte de la deuda contra alguno de los deudores solidarios, no quita al acreedor el derecho de proceder contra los otros en caso de insolvencia del requerido; y aunque el acreedor haya consentido en la división en favor de uno de los deudores, ó haya reclamado á éste la parte que le correspondía, puede reclamar el resto de los demás obligados (Arts. 1,520 y 1,521, Código Civil).<sup>4</sup>

La aplicación de los mismos principios nos conduce necesariamente á esta consecuencia: luego cuando uno de los

1 Artículos 1,412 y 1,413, Código Civil de 1884.

2 Art. 1,414, Código Civil de 1884.

3 Demolombe, tomo XXVI, números 319 y 359.

4 Artículos 1,404 y 1,405, Código Civil, de 1884.

deudores satisface el total de la deuda se extingue la obligación solidaria respecto de los demás.

Se extingue también por la quita ó remisión de la deuda hecha á favor de todos los deudores, pues la hecha por el acreedor á uno de los deudores mancomunados, no aprovecha á los demás si el perdón se halla limitado á una parte de la deuda ó á un deudor determinado (Art. 1,524, Código Civil).<sup>1</sup>

Si la cosa que fuere objeto de la prestación, se pierde por culpa de alguno de los deudores solidarios, no quedan los demás libres de la obligación; pero el que ha causado la pérdida, es responsable por ella y por los daños y perjuicios, tanto respecto del acreedor como de los demás obligados (Art. 1,522, Código Civil).<sup>2</sup>

Creemos que esta regla, establecida por el Código Civil, deja mucho que desear, que puede ser el origen de contiendas y litigios y que se aleja de los principios sobre que descansa la solidaridad.

Por más aventurada que parezca nuestra opinion, vamos á fundarla invocando en su auxilio el prestigio de autoridades respetables.

La regla á que aludimos no es bastante clara para hacernos comprender que se refiere á la pérdida de una cosa cierta y determinada, como un piano, un carruaje, etc., y no á la deuda de género, ó lo que es lo mismo, de alguna de aquellas cosas que pueden ser representadas por otro tanto de la misma especie y calidad, pues el género nunca perece.

En segundo lugar no expresa como deben cumplir los deudores la obligación, toda vez que la pérdida de la cosa no les exonera de ella.

En efecto: ¿cumplirán la obligación entregando otra cosa semejante ó pagando su valor?

El silencio de la ley sobre este punto nos obliga á ocu-

1 Artículo 1,408, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,406, Código Civil de 1884.

rrir á otros de sus preceptos para resolver la cuestión propuesta, estableciendo que los deudores satisfacen la obligación mediante el pago de todo valor legítimo de la cosa.

El artículo 1,583 del Código declara, refiriéndose á la responsabilidad civil de los contrayentes, que si la cosa se ha perdido, ó ha sufrido un deterioro tan grave que á juicio de peritos no pueda emplearse en el uso á que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella. <sup>1</sup>

Por último: al establecer la regla, cuyo estudio hacemos, que los deudores solidarios que no tienen la culpa de la pérdida de la cosa sólo están obligados al pago de ella, pero no al de los daños y perjuicios, que deben ser satisfechos por el culpable, tanto respecto del acreedor como de aquellos, se separó por completo de las reglas que siempre han regido respecto de la solidaridad, estableciendo un principio excepcional.

Refiriéndose Demolombe al artículo 1,205 del Código Francés, de donde está tomada la regla mencionada, propone el siguiente dilema, con respecto al hecho del deudor culpable. <sup>2</sup>

“O sus codeudores son responsables de él, porque el hecho del uno se debe considerar como el del otro que se ha constituido garante de él; y entonces deberían ser tan responsables como el codeudor que lo ejecutó; no sólo de las consecuencias inmediatas é intrínsecas, esto es, del valor de la cosa que pereció, sino también de las consecuencias mediatas y extrínsecas, es decir, de los daños y perjuicios que puedan deberse al acreedor.”

“O por el contrario, los demás codeudores no son responsables del hecho de su codeudor que, por lo que respecta á ellos, se debe considerar como un caso fortuito; y entonces

<sup>1</sup> Artículo 1,467, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Tomo XXVI núm. 344.

no deben ser responsables de ninguna de las consecuencias de ese hecho, cualesquiera que sean.”

Y luego agrega, que no es exacto que, cuando se obliga á los demás codeudores á pagar el precio de la cosa que pereció por culpa de uno, se conserva y perpetúa respecto de ellos la obligación primitiva, tal como la contrajeron; porque es evidente que se aumenta y se agrava, supuesto que se ven obligados á pagar una cantidad de dinero, en lugar de un cuerpo cierto, y puede suceder que esta nueva obligación sea más onerosa que la primera. Y concluye por establecer, que habría sido más conforme con los principios de la solidaridad y con la intención de los contratantes, decidir que los deudores solidarios fueran responsables de todas las consecuencias de la culpa ó la demora de uno de ellos.

En idénticos términos se expresan Colmet de Santerre, <sup>1</sup> Loison, <sup>2</sup> y Laurent, <sup>3</sup> quien concluyó por establecer este dilema: “O se debe librarle (al deudor inculpable) enteramente, ó se debe condenarle por el todo. Esta última opinión nos parece más conforme con la teoría de la solidaridad.”

El origen del principio establecido por el artículo 1,205 del Código Francés y seguido por el 1,522 de nuestro Código Civil, se debe á Dumoulin que, tratando de conciliar las leyes 18, título 2, lib. 45 y 32, párr. 4, título 1, lib. 22, del Digesto, estableció la regla según la cual, el hecho ó la demora de uno de los deudores solidarios perjudica á los demás *ad perpetuandam obligationem*, pero no *ad augendam obligationem*; la que aceptó Pothier, cuyas doctrinas sirvieron de guía para la formación de aquel ordenamiento.

Pero esta conciliación, tan justamente criticada por los juriconsultos modernos como contraria á los principios científicos que siempre han regido respecto de la solidaridad, carece actualmente de prestigio, porque, como dice

<sup>1</sup> Tomo V núm. 139 bis I.

<sup>2</sup> De la solidarité, pág. 183

<sup>3</sup> Tomo XVII, núm. 311

Demangeat, no tiene ningún valor en virtud de que las leyes contradictorias á que nos hemos referido se explican teniendo en consideración la diferencia que los jurisperitos romanos hacían entre la *culpa*, de la cual eran mutuamente responsables, los *correi promitendi*, según la ley 18, título 2, libro 45, y la *mora*, de la que no eran mutuamente responsables según la ley 32, título 1, lib. 22 del Digesto.<sup>1</sup>

Pero sea de esto lo que fuere, resulta según el artículo 1,522 combinado con el 1,583:<sup>2</sup>

1.º Que la pérdida de la cosa debida, por culpa de uno de los deudores solidarios, no extingue la obligación respecto de los demás, que, con aquél, quedan obligados á pagar todo el valor legítimo de la cosa:

2.º Que el culpable está también obligado al pago de los daños y perjuicios, tanto respecto del acreedor como de los demás deudores solidarios:

3.º Que éstos sólo están obligados al pago del valor legítimo de la cosa, pero no al de los daños y perjuicios que por la pérdida de ella se hubieren ocasionado al acreedor:

Hemos dicho que la obligación solidaria produce respecto de los deudores tantos vínculos distintos cuantos son los deudores y una sola deuda. Pues bien; de esta unidad de la deuda se infiere que todos los medios por los cuales se libra uno de los deudores, produce la liberación de los demás, y por consiguiente, que cada uno de ellos puede emplear esos medios.

Aunque esta consecuencia es perfectamente lógica y cierta en tesis general, no lo es de una manera absoluta, y está restringida con justicia dentro de los límites prescritos por el artículo 1,527 del Código Civil, que declara, que el deudor solidario demandado puede oponer no sólo las excepciones que le competan personalmente, sino también las que sean comunes á los demás codeudores.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Des obligations en Droit Romain, pág. 379.

<sup>2</sup> Artículos 1,406 y 1,467, Código Civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,411, Código Civil de 1884.

Así, pues, las excepciones que puede oponer cada uno de los deudores solidarios se dividen en las dos clases siguientes:

1.ª Excepciones comunes á todos los codeudores:

2.ª Excepciones personales que competen á uno de los deudores.

Las excepciones de la primera clase son aquellas que pueden oponerse por todos y cada uno de los deudores solidarios, y se llaman reales, porque provienen ya de la naturaleza de la obligación, ya de hechos posteriores á la celebración del contrato, que la hacen extinguirse.

Tales son las excepciones siguientes:

1.ª La nulidad de la obligación por cualesquiera de las causas que la producen, según la ley:

2.ª La resolución de la obligación por el verificativo de la condición, señalada como término de su existencia:

3.ª La remisión total de la deuda:

4.ª El pago total de ésta:

5.ª La novación celebrada entre el acreedor y uno ó todos los deudores solidarios:

6.ª La dación en pago:

7.ª La compensación, si el acreedor es á su vez deudor de los codeudores solidarios:

8.ª La pérdida inculpable de la cosa debida:

9.ª La prescripción.

Las excepciones de la segunda clase ó personales son las inherentes á las personas, *quae personae cujusque coherent*,<sup>®</sup> como dice la ley 7, título 1, libro 44 del Digesto.

Los autores distinguen las excepciones personales en dos especies, que son las personales propiamente dichas, y las puramente personales.

Las primeras son las que proceden de una causa propia de uno de los deudores, y que pueden oponerse por los demás sólo para el efecto de deducir la parte que le corresponde á aquel en la deuda.

Las segundas son, según las definen los autores, aquellas que no pueden oponerse por los demás codeudores, ni aun para deducir la parte que le corresponde á aquel en cuyo favor existen.

A la primera especie pertenecen:

- 1.<sup>o</sup> La nulidad de la obligación, proveniente del error esencial en que incurrió uno de los deudores, ó de violencia ó dolo que se emplearon para arrancar su consentimiento:
- 2.<sup>o</sup> La quita ó remisión de la deuda hecha por el acreedor, limitada á una parte de ella ó á un deudor determinado:
- 3.<sup>o</sup> La compensación, si el acreedor es á su vez deudor del codeudor solidario demandado:
- 4.<sup>o</sup> El verificativo de la condición resolutoria, estipulada en beneficio de un sólo deudor.

A la segunda especie pertenecen:

- 1.<sup>o</sup> La menor edad de uno de los contratantes:
- 2.<sup>o</sup> La interdicción:
- 3.<sup>o</sup> La celebración del contrato por la mujer casada, sin el consentimiento del marido.

Lo expuesto nos hace conocer que el deudor demandado puede oponer al acreedor todas las excepciones comunes, y las meramente personales, esto es, las que le competen personalmente, pues tienen por objeto extinguir la obligación, ya respecto de todos los deudores, ya respecto de él.

En cuanto á las excepciones personales propiamente dichas, puede oponerlas el deudor demandado, no á efecto de extinguir la deuda, sino para deducir la parte que le corresponde de ella.

A primera vista parecerá que lo expuesto es contrario al precepto contenido en el artículo 1,527 del Código Civil, cuyo estudio hemos venido haciendo, ó por lo menos que es el resultado de una interpretación arbitraria; pero un ligero examen basta para justificar nuestra teoría.

En efecto, basta recordar los preceptos contenidos en los

artículos 1,521 y 1,525 del Código, que declaran que aunque el acreedor haya consentido en la división en favor de uno de los deudores solidarios, ó haya reclamado de éste la parte que le correspondía, puede reclamar el resto de los demás, y que la quita ó remisión de la deuda no la extingue respecto de todos cuando se haya limitado el perdón á un deudor ó una parte de la deuda, para convencerse de que en tales casos se extingue ésta en su totalidad respecto del deudor favorecido, y en parte relativamente á los demás codeudores.<sup>1</sup>

De donde se infiere que, si después de verificados tales hechos pretende el acreedor el total de la deuda, puede alegarlos el demandado por vía de excepción, á efecto sólo de que se deduzca la parte de ella pagada por uno ó varios de los deudores, ó la remitida ó perdonada en su favor.

Las diversas explicaciones que hemos hecho hasta aquí demuestran que las relaciones de los deudores con el acreedor, los obliga de tal manera como si cada uno de ellos fuera el único deudor; pero que en sus relaciones entre sí, cada uno está obligado solamente por la parte que le corresponde de la deuda.

En otros términos, la obligación que es solidaria respecto del acreedor y los deudores, es simplemente conjunta respecto de los deudores entre sí, y los constituye responsables sólo de la parte de la deuda que á cada uno corresponde.

De este principio se infiere lógicamente esta consecuencia: luego el deudor solidario que paga por los demás, debe ser indemnizado en la parte respectiva (Artículo 1,523, Código Civil).<sup>2</sup>

Por la misma razón, si el negocio por el cual se contrajo mancomunadamente la deuda, no interesa más que á uno de los deudores mancomunados, éste es responsable de

<sup>1</sup> Artículos 1405 y 1,408, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,407, Código Civil de 1,884.

toda ella á los demás codeudores, que, respecto á él, sólo se consideran como sus fiadores (Artículo 1,526, Código Civil).<sup>1</sup>

Estas consecuencias se fundan, lo mismo que los principios de que se derivan, en la sociedad que existe entre los deudores que los hace mandatarios los unos de los otros, y en la moral y la justicia que prohíbe que uno se enriquezca á costa y con perjuicio de otros, cuyo principio sería conculcado si el deudor solidario que pagó por sus codeudores no tuviera derecho para exigirles el reembolso.

Así, pues, el deudor que paga por sus codeudores solidarios tiene derecho para exigir de cada uno de ellos que le indemnice en la parte que le corresponde, ya en virtud de la acción de mandato ó de la del acreedor en cuyos derechos se subroga.

La primera acción debe su origen, como hemos dicho, á la sociedad que engendra entre los codeudores la solidaridad, la cual les constituye en mandatarios los unos de los otros á efecto de perpetuar y pagar la deuda; y el mandato produce, como después veremos, una acción á favor del mandatario.

La segunda acción puede ejercerla en virtud de subrogación del acreedor hecha á su favor.

Peró es de advertir que los preceptos del Código, cuyo estudio hacemos, no exigen como requisito indispensable para que el deudor obtenga el reembolso que el acreedor le subrogue en sus derechos. Antes, por el contrario, de su tenor literal se desprende que el pago hecho por el deudor le da derecho por sí sólo para exigir la indemnización de sus codeudores.

Fácil es comprender por qué, cuando el deudor ejercita la acción contraria de mandato para obtener el reembolso de los demás deudores solidarios, sólo obligue á cada uno por la parte que le corresponde de la deuda, pues el man-

<sup>1</sup> Artículo 1,410, Código Civil de 1,884.

dato de cada uno de ellos no puede extenderse á más del importe de su obligación, y por lo mismo, no puede exigirse más que el valor de ella; pero no se comprende fácilmente por qué motivo no puede exigir el total de la deuda, menos la parte que le correspondía pagar de ella, habiéndose subrogado en los derechos del acreedor, que, como sabemos, tiene por la ley acción para exigir el importe total de la obligación de uno solo ó de todos los deudores á la vez.

Los jurisconsultos franceses dicen, adoptando la doctrina de Pothier, que la división de la acción tiene por objeto evitar una serie sucesiva de acciones que produciría un resultado absurdo, porque aquel de los deudores que hubiera pagado el total de la deuda, tendría derecho de exigir de otro el reembolso menos la parte que le correspondía pagar, y éste subrogado á su vez en las acciones del acreedor, tendría derecho, bajo la misma deducción, de exigir del primero lo que le hubiera pagado, supuesto que también estaba obligado solidariamente.<sup>1</sup>

Sin embargo, varios autores, entre ellos Demolombe,<sup>2</sup> Moulon,<sup>3</sup> y Colmet de Santerre,<sup>4</sup> han juzgado poco satisfactoria esta explicación y han dado otras cuyo valor puede estimarse teniendo en cuenta, como dice Laurent, la grande divergencia que existe entre ellas.

Si alguno de los deudores solidarios es insolvente, el pago de la cuota se divide entre los que no lo son, incluso aquel á quien el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad. (Artículo 1,523, Código Civil).<sup>5</sup>

La razón es clara, porque es una consecuencia del vínculo con que están unidos los deudores. Son socios, se aprovechan del beneficio de la sociedad, supuesto que pueden

<sup>1</sup> Des obligations. núm. 281.

<sup>2</sup> Tomo XXVI, núms. 421 y 422.

<sup>3</sup> Tomo II, núm. 1,280.

<sup>4</sup> Tomo V, núm. 148 bis I.

<sup>5</sup> Artículo 1,407, Código Civil de 1,884.

invocar lo que uno hace en sentido favorable para la deuda, y por lo mismo, deben sufrir las consecuencias desfavorables de la insolvencia de uno de ellos.

Dejaría de existir la perfecta igualdad que debe reinar entre los socios, y se cometería una injusticia, si el deudor solidario que pagó el total de la deuda, debiera sufrir solo la pérdida consiguiente á la insolvencia de uno de los codeudores.

En este sentido, dice Colmet de Santerre, sostienen los autores que se debe entender el principio, según el cual los deudores solidarios son garantes los unos hacia los otros; pues la obligación de garantizarse de las consecuencias de la insolvencia de uno de ellos es el resultado de la sociedad; porque los socios deben dividirse las pérdidas y las ganancias.<sup>1</sup>

Pudiera decirse que es contrario á los principios que rigen sobre la solidaridad el precepto de la ley que declara, que si alguno de los deudores es insolvente, el pago de su cuota se debe dividir entre los demás incluyendo aquél á quien el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad, porque no estando ligado por ella, no puede ser garante de la insolvencia de su codeudor; pero ese precepto tiene una fácil explicación, porque si cada uno de los deudores se considera en sus relaciones con el acreedor como si fuera el único deudor de toda la cantidad sobre que versa la obligación, no puede aquél cambiar por solo el efecto de su voluntad las relaciones recíprocas de los deudores entre sí, ni destruir el derecho del que verificó el pago para obtener el reembolso de los demás.

Para concluir esta importante y difícil materia, conviene hacer una advertencia relativamente al principio que estima como fiadores y á los codeudores cuando la deuda se contrajo mancomunadamente, pero en beneficio sólo de uno de

<sup>1</sup> Tomo V, núm. 149, bis I y II.

los deudores; pues juzgamos de suma importancia evitar la interpretación que pudiera darse á tal principio si no está acompañado de alguna explicación.

Ese principio tiene sólo por objeto arreglar las relaciones de los deudores entre sí, pero no las que existen entre ellos y el acreedor: de manera que no importa una excepción ó derogación de los principios generales que rigen respecto de la solidaridad.

En consecuencia: los deudores están obligados solidariamente al acreedor en el caso propuesto, de manera que puede exigírle á cualquiera de ellos el total de la deuda; pero entre sí son fiadores del deudor en cuyo beneficio exclusivo se contrajo la deuda.

## IX

### De la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles.

Definimos las obligaciones divisibles é indivisibles en el artículo VI de esta lección, diciendo que las primeras son aquellas que tienen por objeto prestaciones que pueden hacerse por partes; y las segundas; aquellas que tienen por objeto prestaciones que no pueden hacerse por partes.

En otros términos: la obligación es divisible, siempre que ninguna imposibilidad física ó de derecho se opone á que su objeto pueda dividirse material ó intelectualmente.

Por el contrario: la obligación es indivisible cuando hay imposibilidad física ó de derecho para que pueda dividirse material ó intelectualmente el objeto sobre que versa el contrato.

invocar lo que uno hace en sentido favorable para la deuda, y por lo mismo, deben sufrir las consecuencias desfavorables de la insolvencia de uno de ellos.

Dejaría de existir la perfecta igualdad que debe reinar entre los socios, y se cometería una injusticia, si el deudor solidario que pagó el total de la deuda, debiera sufrir solo la pérdida consiguiente á la insolvencia de uno de los codeudores.

En este sentido, dice Colmet de Santerre, sostienen los autores que se debe entender el principio, según el cual los deudores solidarios son garantes los unos hacia los otros; pues la obligación de garantizarse de las consecuencias de la insolvencia de uno de ellos es el resultado de la sociedad; porque los socios deben dividirse las pérdidas y las ganancias.<sup>1</sup>

Pudiera decirse que es contrario á los principios que rigen sobre la solidaridad el precepto de la ley que declara, que si alguno de los deudores es insolvente, el pago de su cuota se debe dividir entre los demás incluyendo aquél á quien el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad, porque no estando ligado por ella, no puede ser garante de la insolvencia de su codeudor; pero ese precepto tiene una fácil explicación, porque si cada uno de los deudores se considera en sus relaciones con el acreedor como si fuera el único deudor de toda la cantidad sobre que versa la obligación, no puede aquél cambiar por solo el efecto de su voluntad las relaciones recíprocas de los deudores entre sí, ni destruir el derecho del que verificó el pago para obtener el reembolso de los demás.

Para concluir esta importante y difícil materia, conviene hacer una advertencia relativamente al principio que estima como fiadores y á los codeudores cuando la deuda se contrajo mancomunadamente, pero en beneficio sólo de uno de

<sup>1</sup> Tomo V, núm. 149, bis I y II.

los deudores; pues juzgamos de suma importancia evitar la interpretación que pudiera darse á tal principio si no está acompañado de alguna explicación.

Ese principio tiene sólo por objeto arreglar las relaciones de los deudores entre sí, pero no las que existen entre ellos y el acreedor: de manera que no importa una excepción ó derogación de los principios generales que rigen respecto de la solidaridad.

En consecuencia: los deudores están obligados solidariamente al acreedor en el caso propuesto, de manera que puede exigírle á cualquiera de ellos el total de la deuda; pero entre sí son fiadores del deudor en cuyo beneficio exclusivo se contrajo la deuda.

## IX

### De la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles.

Definimos las obligaciones divisibles é indivisibles en el artículo VI de esta lección, diciendo que las primeras son aquellas que tienen por objeto prestaciones que pueden hacerse por partes; y las segundas; aquellas que tienen por objeto prestaciones que no pueden hacerse por partes.

En otros términos: la obligación es divisible, siempre que ninguna imposibilidad física ó de derecho se opone á que su objeto pueda dividirse material ó intelectualmente.

Por el contrario: la obligación es indivisible cuando hay imposibilidad física ó de derecho para que pueda dividirse material ó intelectualmente el objeto sobre que versa el contrato.

Pothier distingue tres especies de indivisibilidad: <sup>1</sup>

- 1.ª La absoluta:
- 2.ª La de obligación:
- 4.ª La de pago.

La primera es la que resulta de la naturaleza misma de la cosa objeto de la obligación, que no es susceptible de partes, de manera que aunque los contratantes lo pretendieran, no podrían dividirla, convirtiéndola en materia de diversas prestaciones.

Por ejemplo; la obligación de constituir una nueva servidumbre, ó de permitir su ejercicio, porque es imposible y ni aun siquiera puede concebirse el ejercicio de la servidumbre por partes.

La indivisibilidad de obligación es la que resulta de la voluntad de los contrayentes, que impide la prestación por partes del objeto sobre el cual versa aquella, aunque éste sea por su naturaleza divisible, y por consiguiente, lo sea también la obligación.

Tal es, por ejemplo, la obligación de entregar un terreno destinado por la intención de los contrayentes para emplearlo en su totalidad en la construcción de un edificio.

Tal es también la obligación de construir una casa.

La indivisibilidad de pago es la que afecta solamente á la ejecución de la obligación y no á ésta; pues siendo divisible, por serlo el objeto sobre que recae, no puede ejecutarse ó verificarse el pago por partes, por impedirlo el interés del acreedor.

Laurent dice, refiriéndose á estas especies de indivisibilidad: "Se supone, por el contrario, que la obligación es divisible por su naturaleza y por la intención de las partes contratantes; y es susceptible de ser dividida por partes, pero el acreedor puede exigir el pago del total cuando muere el deudor dejando muchos herederos. La indivisibilidad de

<sup>1</sup> Des obligations, núm .291.

pago es, pues, una excepción de los efectos que produce la obligación divisible." <sup>1</sup>

Las dos primeras especies de indivisibilidad difieren entre sí, en que en la absoluta la cosa ó el hecho materia de la prestación son indivisibles por su naturaleza é independientemente de la obligación; mientras que en la indivisibilidad de la obligación, la cosa ó el hecho no son indivisibles por sí mismos, sino porque son la materia de un contrato bajo un punto de vista que hace imposible su división.

Por ejemplo; la obligación de construir un edificio tiene por objeto un hecho divisible, cuando se considera la construcción en sí misma, que es susceptible, ó mejor dicho, que se verifica por partes. Pero como un edificio no existe propiamente hablando sino cuando se obtiene la reunión de todas las partes que lo constituyen, y es indivisible en su forma específica, es claro que su construcción lo es también, considerada como el objeto de una obligación.

Es preciso no confundir las obligaciones indivisibles con las solidarias, pues aun cuando convienen en que la cosa debida es exigible por cada uno de los acreedores, por el total, de cada uno de los deudores, se diferencian entre sí en que, proviniendo la solidaridad del hecho de las personas que se han obligado por el total, constituye una cualidad personal, que no impide que se divida la obligación entre los herederos de cada uno de los deudores solidarios; mientras que proviniendo la indivisibilidad de la naturaleza de la cosa debida, que no es susceptible de división, constituye una cualidad de la obligación que se trasmite á los herederos y produce el efecto de que cada uno de ellos sea necesariamente deudor por el total.

Lo mismo debe decirse cuando hay varios acreedores, ó varios herederos de un acreedor de cosa indivisible: son acreedores por el total, pero no de una manera absoluta, como los acreedores solidarios.

<sup>1</sup> Tomo XVII, núm, 371.



La distinción de las obligaciones en divisibles é indivisibles tiene sólo importancia en las hipótesis siguientes:

1.º Cuando desde un principio existen muchos acreedores ó deudores conjuntos:

2.º Cuando el acreedor ó deudor que contrajo la obligación fallece antes de cumplirla, y está representado por varios herederos.

Fuera de las dos hipótesis indicadas, esto es, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, no tiene ninguna aplicación importante la distinción indicada, pues son idénticos los efectos de las obligaciones divisibles é indivisibles.

Así, pues, la distinción es aplicable en los casos siguientes de mancomunidad activa, señalados por el artículo 1,509 del Código, que dice: <sup>1</sup>

“En virtud de sucesión son creedores mancomunados:”

1.º Los herederos de un acreedor mancomunado:

2.º Los albaceas nombrados mancomunadamente por el testador:

3.º Los herederos y legatarios nombrados conjuntamente respecto de alguna cosa sin designación de partes:

4.º Todas las personas llamadas simultáneamente á la misma herencia, no habiendo albaceas y mientras no se practique la partición.”

En todos estos casos, tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total de la obligación; pero no lo tiene á la totalidad de ella, sino á la parte de la utilidad que puede producir, proporcional á su cuota, por cuyo motivo está obligado á entregar á los demás acreedores la parte que les corresponde, no sólo cuando recibe paga, sino también cuando aquella queda satisfecha por compensación ó remisión (Arts. 1,531, 1,516 y 1,517, Código Civil). <sup>2</sup>

Esta es la razón por la cual, si el deudor es condenado al pago de los daños y perjuicios resultantes de la falta de

<sup>1</sup> Artículo 1,393, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículos 1,415 1,400 y 1,401 Código Civil de 1884.

cumplimiento de la obligación, tiene derecho cada uno de los acreedores sólo á la parte proporcional á su cuota. Y se alcanza este mismo resultado, cuando habiendo demandado el cumplimiento total de la obligación, es condenado el deudor al pago de los daños y perjuicios.

La razón es, como antes hemos indicado, que el acreedor tiene derecho de exigir toda la cosa objeto de la obligación, por cuanto á que no es divisible; pero desde el momento en que cesa esta circunstancia y se resuelve la obligación en el pago de los daños y perjuicios, que es por su naturaleza divisible, no puede pretender cada uno de los acreedores más que la parte que le corresponde.

Tiene también aplicación la diferencia establecida entre las obligaciones divisibles é indivisibles, en los casos siguientes, señalados por el artículo 1,512 del Código: <sup>1</sup>

1.º Cuando la obligación es de dar alguna cosa individualmente determinada, y que por su naturaleza no admite cómoda división, ó aunque la admita, siempre que el conjunto de las partes prestadas separadamente, tenga un valor menor que el que corresponda á la especie determinada:

2.º Cuando dos ó más personas heredan á un deudor solidario:

3.º Cuando la obligación se contrae para la prestación de un hecho ó ejecución de una obra que no puede obtenerse sino por el concurso simultáneo de las personas obligadas.

Todos los autores sostienen que, en las obligaciones indivisibles, tienen todos los deudores el deber de pagar el total de la deuda, pero de una manera absoluta, pues tal efecto procede de la naturaleza de la cosa debida, que no es susceptible de partes; y que, por tal motivo, si la obligación primitiva se resuelve en una secundaria de cosa divisible, como la indemnización de daños y perjuicios, queda obligado cada uno de los acreedores á pagar á prorata.

<sup>1</sup> Artículo 1,396, Código Civil de 1,884.

Esta circunstancia, que distingue á las obligaciones indivisibles de las solidarias, se funda en que por éstas existe entre los codeudores una relación jurídica que los convierte en socios y mandatarios los unos de los otros, como antes dijimos, y que les obliga á pagar el total de la deuda de una manera absoluta; de modo que aun cuando la obligación se resuelva en una perfectamente divisible, como la indemnización de daños y perjuicios, los deudores continúan obligados á pagar cada uno el total.

Separándose nuestro Código de esta teoría, que es fundamental, declara en el artículo 1,532, por razones que ignoramos, que, cuando por no cumplirse la obligación en los casos primero y segundo de los tres que acabamos de establecer, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responderán mancomunadamente de ella todos los deudores.<sup>1</sup>

Creemos encontrar en esta determinación de la ley una notoria contradicción con los principios lementales y constitutivos de la indivisibilidad, que la iguala de una manera absoluta con la solidaridad, siendo así que difieren esencialmente en su origen y en sus efectos.

Esa contradicción es el resultado necesario del sistema adoptado por nuestro Código, en el cual se han mezclado y confundido las reglas relativas á las obligaciones indivisibles y solidarias, bajo la denominación común de mancomunidad, á diferencia de los códigos europeos, que reglamentan los efectos de una y otra especie de obligaciones con la conveniente separación.

En el segundo de los casos indicados, el heredero del deudor á quien se haya reclamado la totalidad de la obligación, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus coherederos, á fin de que éstos puedan ser condenados á su cumplimiento (Art. 1,533, Código Civil).<sup>2</sup>

1 Artículo 1416, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,417, Código Civil de 1884.

Esta regla nos indica, por la expresión de sus términos, que otorga un derecho ó una facultad al deudor, y no le impone una obligación á cuyo cumplimiento pueda ser compelido, de manera que queda enteramente á su arbitrio usar ó no de esa facultad.

Además, le otorga con ella un medio de defensa, á fin de que concurriendo todos al juicio, sean condenados juntamente al cumplimiento de la obligación, y en su defecto al pago de los daños y perjuicios, por cuyo medio obtiene pagar sólo la parte ó cuota que le corresponde, y no el total de la deuda.

Si el deudor no usa de la facultad que le otorga la ley, tiene como consecuencia la condenación al pago total de la deuda y aún al de los daños y perjuicios; porque habiendo contestado él solo la demanda, ha tomado sobre sí, respecto del acreedor, todas las consecuencias de la falta de cumplimiento de la obligación, aunque quedándole su derecho expedito para obtener el reembolso de los demás deudores de la parte que les corresponde.

Pero si la obligación por su naturaleza no puede cumplirse más que por el heredero demandado, puede ser éste solo condenado al pago, salvo su derecho para repetir contra los demás por la parte que le corresponda (Art. 1,534, Código Civil).<sup>1</sup>

Refiriéndose Bigot Prémeneu al artículo 1,225 del Código Francés, que en términos absolutamente idénticos á los de esta regla y la anterior, establece los mismos principios, dice: "Así como cada coheredero del acreedor no es propietario de la totalidad de la cosa, tampoco debe el total cada coheredero del deudor, aunque no pueda pagarla parcialmente. Los derechos del acreedor y los del coheredero demandado se concilian concediendo al segundo un plazo para traer al juicio á sus coherederos. Si la deuda es de tal na-

1 Artículo 1,418, Código Civil de 1,884.

turalidad, que no pueda ser satisfecha, sino por el heredero demandado, no se dilatará la condenación contra él solo. Tendrá solamente recurso contra sus coherederos para que le indemnicen." <sup>1</sup>

Con más claridad aun expresa Laurent la razón por la cual no se permite al deudor emplazar á sus codeudores cuando la obligación puede cumplir solamente por él, diciendo, que el juez no puede condenar á un deudor á la ejecución de una obligación que no puede cumplirse; y es más natural y sencillo que condene al pago total á aquel que es el único que puede satisfacer la deuda, dejándole á salvo su derecho contra los demás deudores si los ha emplazado; pues así satisface la ley todos los intereses. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Loaré, Exposé des motifs, tomo XII, pág. 360, núm. 104.

<sup>2</sup> Tomo XVII, núm. 393.

## LECCION TERCERA

### DE LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS.

#### I

#### Preliminares.

En las lecciones precedentes hemos hecho el estudio de las circunstancias y requisitos esenciales para la validez y existencia de los contratos, de las obligaciones y sus diversas modalidades. Ahora vamos á ocuparnos de su ejecución y de los efectos jurídicos que producen.

Los contratos legalmente celebrados, dice el artículo 1,535 del Código Civil, serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes; salvas las excepciones consignadas por la ley. <sup>1</sup>

Este precepto encierra en realidad dos, cuyo estudio haremos con la debida separación, ya por claridad, ya por las explicaciones que demandan.

El primer precepto no es más que la sanción del principio que con tanta frecuencia hemos repetido, según el cual

<sup>1</sup> Art. 1,419, Código civil de 1884.

turaliza, que no pueda ser satisfecha, sino por el heredero demandado, no se dilatará la condenación contra él solo. Tendrá solamente recurso contra sus coherederos para que le indemnicen.”<sup>1</sup>

Con más claridad aun expresa Laurent la razón por la cual no se permite al deudor emplazar á sus codeudores cuando la obligación puede cumplir solamente por él, diciendo, que el juez no puede condenar á un deudor á la ejecución de una obligación que no puede cumplirse; y es más natural y sencillo que condene al pago total á aquel que es el único que puede satisfacer la deuda, dejándole á salvo su derecho contra los demás deudores si los ha emplazado; pues así satisface la ley todos los intereses.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Loaré, Exposé des motifs, tomo XII, pág. 360, núm. 104.

<sup>2</sup> Tomo XVII, núm. 393.

## LECCION TERCERA

### DE LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS.

#### I

#### Preliminares.

En las lecciones precedentes hemos hecho el estudio de las circunstancias y requisitos esenciales para la validez y existencia de los contratos, de las obligaciones y sus diversas modalidades. Ahora vamos á ocuparnos de su ejecución y de los efectos jurídicos que producen.

Los contratos legalmente celebrados, dice el artículo 1,535 del Código Civil, serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes; salvas las excepciones consignadas por la ley.<sup>1</sup>

Este precepto encierra en realidad dos, cuyo estudio haremos con la debida separación, ya por claridad, ya por las explicaciones que demandan.

El primer precepto no es más que la sanción del principio que con tanta frecuencia hemos repetido, según el cual

<sup>1</sup> Art. 1,419, Código civil de 1884.

la voluntad de los contrayentes es la suprema ley de los contratos.

Es decir, que ese precepto asimila los contratos á las leyes, mandando que, á semejanza de éstas, tengan los contratos fuerza obligatoria entre los contratantes.

Tal asimilación es justa, porque las leyes obligan no sólo á los ciudadanos, sino también á los tribunales encargados de aplicarlas, quienes al cumplir su misión no pueden invocar la equidad, muchas veces en pugna con ellas, pues fueron promulgadas para garantir el interés general de la sociedad, y los tribunales son creados para juzgar según la ley y no para juzgar de ella.

Pues bien, los contratos producen el mismo efecto, porque los contratantes están obligados á satisfacer los deberes que se imponen por ellos, de la misma manera que si se les impusieran por determinación de la ley; y los tribunales á su vez están ligados por los diversos capítulos de los contratos como si fueran otros tantos preceptos de la ley, los cuales no pueden modificar ni aún invocando la equidad, porque deben coadyuvar con su autoridad á la ejecución y cumplimiento de las obligaciones, cuyo deber no llenarían si, á pretexto de la equidad, las modificarán en beneficio del deudor, conculcando los derechos del acreedor.

El principio sancionado por el precepto á que nos referimos, está reproducido muchas veces por el mismo Código Civil. Por ejemplo; en el artículo 1,629 declara, que el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque fuere de igual ó mayor valor que la debida; porque si el acreedor no pudiera hacer real y efectivo el cumplimiento de la obligación, faltaría la confianza, sin la cual no puede existir el comercio, fuente de vida y riqueza de las sociedades.<sup>1</sup>

El segundo precepto contenido en el artículo 1,535 del

<sup>1</sup> Artículo 1,515 Código Civil de 1,884.

Código declara, que los contratos son irrevocables por regla general, y que sólo puede revocarse por mutuo consentimiento de los contratantes; salvas las excepciones consignadas en la ley.

Este segundo precepto es una consecuencia lógica y necesaria del primero, pues si los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos ó lo que es lo mismo, tienen fuerza de la ley entre los contratantes, es claro que deben ser irrevocables. Pero como deben su existencia á la voluntad, el mutuo consentimiento de ellos, es también evidente que pueden revocarse por los mismos medios á que deben su origen.

De aquí proviene el principio jurídico que dice:

*Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est, ideo verborum obligatio verbis tollitur: undi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*<sup>1</sup>

Sin embargo, la revocación de los contratos por el mutuo consentimiento de los contrayentes, supone necesariamente su posibilidad, esto es, la existencia de las cosas que fueren objeto de ellos; y además, produce sus efectos para el porvenir y de ningún modo sobre el pasado.

De manera, que los efectos que produjo el contrato antes de su resolución ó revocación deben respetarse, pues de otra manera se atentaría á los derechos legalmente adquiridos por terceras personas.

Por ejemplo; en el contrato de compra-venta se trasmite la propiedad de la cosa vendida al comprador, sólo por efecto del consentimiento; é inútilmente pretendieran los contratantes resolverlo dejando las cosas como si no hubiera existido, porque es imposible hacer que dejen de existir los hechos que han pasado á la categoría de consumados.

Es indudable que cabe en el poder de los contratantes convenir que la cosa vendida vuelva con todos sus accesorios al vendedor y que el precio vuelva á su vez al compra-

<sup>1</sup> Ley 55. D. de Regulis Juris.

dor; pero para llegar á tal estado es preciso la celebración de un nuevo contrato de compra-venta que trasmita la propiedad de la cosa á su antiguo propietario, pues el primero no es susceptible de ser revocado, y ha producido todos sus efectos, que, como todos los hechos consumados, son irrevocables.

Por este motivo son válidos todos los actos que el comprador ejecuta respecto de la imposición de gravámenes sobre la cosa vendida, antes de la resolución del contrato venta; pues desde el momento en que éste quedó perfecto por el mutuo consentimiento de los contrayentes adquirió el derecho de propiedad que le autorizó para usar, disfrutar y disponer libremente de la cosa.

Sin embargo, el principio según el cual pueden revocarse los contratos por el mutuo consentimiento de los contrayentes sufre excepción en el contrato de sociedad, el cual acaba, según veremos en su oportunidad, por renuncia de alguno de los socios, notificada á los demás, y que no sea maliciosa y extemporánea (Art. 2,440 frac. 4.<sup>o</sup>, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Fácil es comprender que tal excepción es el efecto necesario de la naturaleza peculiar del contrato de sociedad, que no puede prosperar si no existe una perfecta armonía entre los socios; y obligarlos á permanecer ligados por la comunidad de intereses es fomentar la discordia y multitud de contiendas.

Los contratos pueden revocarse aún sin el mutuo consentimiento de los contrayentes en los casos que establece la ley, según lo declara en su parte final del art. 1,535 del Código.<sup>2</sup>

Por ejemplo; la donación, que queda revocada por el hecho de sobrevenir al donante hijos legítimos ó legitimados-naturales ó espurios reconocidos, que hayan nacido con las condiciones que señala el artículo 327, y puede ser revoca-

1 Artículo 2,308, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,419, Código Civil de 1,884.

da por causa de ingratitud (Arts. 2,753 y 2,764, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Otro efecto de los contratos, según el artículo 1,536 del Código Civil, es la facultad que otorgan á los contrayentes de transmitir entre vivos y por sucesión los derechos y obligaciones que resultan de ellos, si no son puramente personales por su naturaleza, por efecto del mismo contrato ó por disposición de la ley.<sup>2</sup>

Este precepto se funda no sólo en el principio á que antes hemos aludido, según el cual los herederos son sucesores de todos los derechos y obligaciones del testador y forman una misma persona con él, por cuyo motivo se dice, que el que contrata lo hace por sí y por sus herederos, sino también en la consideración de que los derechos que nacen de los contratos forman parte de los bienes y del patrimonio de los contrayentes, y por lo mismo, tienen esta facultad para enajenarlos y disponer libremente de ellos, trasmitiéndolos á otras personas por cualquier título, universal ó singular.

Esta facultad no es absoluta, pues como expresamente declara el precepto á que aludimos, está restringida por tres casos de excepción; esto es, cuando los derechos y obligaciones que resultan de los contratos son puramente personales por su naturaleza, como el usufructo que no es transmisible á los herederos; por efecto mismo del contrato, cuando expresamente se conviene que tales derechos y obligaciones

1 Artículos 2,634 y 2,646 Código Civil de 1,884.

Consecuentes los reformadores del Código con el principio que permite la libre testamentación, en virtud de la cual ya no hay herederos forzosos, reformaron el precepto concordante del primero de los expresados en esta nota, quitando de él toda mención de herederos forzosos; pero dejaron subsistente el principio relativo á que la supervenencia de hijos, sean legítimos, legitimados naturales reconocidos ó espurios designados, es justa causa para revocar la donación, aunque no la revoca *ipso facto*.

El segundo precepto contiene también una reforma que consiste en la ampliación de la excepción expresada en la fracción 2.<sup>a</sup>, haciéndola extensiva á los casos en que los delitos se hubieren cometido contra cualquiera de los ascendientes y descendientes sea cual fuere su grado.

De ambas reformas nos ocuparemos en su oportunidad.

2 Artículo 1,420, Código Civil de 1,884.

no pasarán de las personas que la contraen, ó por disposición de la ley, como en el contrato de servicio doméstico, que se disuelve por la muerte del que recibe el servicio ó del sirviente, según lo ordena el artículo 2,571 del Código Civil.<sup>1</sup>

Inútil sería la celebración de los contratos, si su cumplimiento quedara al arbitrio de los contrayentes; porque se introduciría la desconfianza y con ella la muerte del comercio.

Esta es la razón por la cual no ha querido la ley dejar sin sanción el cumplimiento de los contratos, declarando de una manera expresa que, si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, puede el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido ó la rescisión del contrato, y en uno y en otro caso el pago de daños y perjuicios (Art. 1,537 Cód. Civ.)<sup>2</sup>

Creemos inconveniente hacer más extensas consideraciones sobre esta sanción legal, porque siendo la reiteración de los principios contenidos en los artículos 1,465 y 1,466 del Código Civil, basta recordar cuanto hemos dicho relativamente á ellos en el artículo III de la lección precedente, al cual remitimos á nuestros lectores.<sup>3</sup>

Juzgaríamos enteramente inútil la sanción aludida, si no contuviera algo más que la reiteración de los principios contenidos en los artículos 1,465 y 1,466 del Código, pues como es de verse, viene no sólo á confirmar dichos principios, sino á completar su sentido, declarando que ya pretenda el contratante, cuyos derechos han sido burlados, el cumplimiento del contrato, ya la rescisión, tiene derecho en ambos casos al pago de los daños y perjuicios, cuyo derecho no estaba perfectamente determinado en el primer caso en aquellos preceptos.

Conocidos los efectos comunes de las obligaciones, vamos

<sup>1</sup> Artículo 2,454 Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,421, Código Civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,349, y 1350, Código Civil de 1,884.

ahora á ocuparnos de sus efectos particulares, teniendo en consideración el objeto especial de ellas, esto es, atendiendo á que el contrato puede consistir en la prestación de hechos, en la prestación de cosas y en la de unos y otras (Art. 1,538 Cód. Civ.).<sup>1</sup>

## II

### De la prestación de hechos.

Los contratos, como dijimos al final del artículo precedente, pueden tener por objeto no sólo las cosas, sino también los hechos de uno de los contrayentes, ya consistan en hacer, en la ejecución de una obra, que es la prestación positiva, ya en una omisión, que es lo que en derecho se llama una prestación negativa.

Pues bien, cualquiera que sea el objeto de la obligación de hacer, el deudor debe cumplirla en los términos del contrato, en virtud del principio que declara que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos; y si deja de llenar ese deber puede compelerlo el acreedor á su cumplimiento recurriendo á los medios coercitivos que la ley otorga á los tribunales.

Pero en muchas ocasiones puede acontecer que esos medios resulten ineficaces, porque es imposible obligar directamente al deudor á la prestación del hecho que prometió; pues no hay poder humano que obligue á un hombre á hacer aquello que no quiere, y sería además un grave atentado el que se cometería contra la libertad si se le estrechara por la fuerza á la la ejecución del hecho.

<sup>1</sup> Artículo 1,422, Código Civil de 1,884.

En tal caso, como no es posible el cumplimiento de la obligación, y como tampoco es justo que el deudor falte impunemente á sus deberes, burlando los derechos del acreedor, ha establecido la ley los medios que vamos á indicar, que satisfacen en la mejor forma posible los derechos de éste.

Primero. Si el deudor de prestación de un hecho dejare de prestarlo, ó no lo prestase conforme á lo convenido es responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes (Artículo 1,539, Código Civil):<sup>1</sup>

1.º Si la obligación fuere á plazo, comienza la responsabilidad desde el vencimiento de éste:

2.º Si la obligación depende de plazo cierto, corre solamente la responsabilidad desde el día en que el deudor es interpelado.

Estas reglas indican la manera de constituir en mora al deudor, á efecto de poderle exigir la prestación del hecho, y en su defecto el equivalente, que es la indemnización de los daños y perjuicios.

Según ellas, cuando no hay convenido un plazo cierto y determinado para el cumplimiento de la obligación, sólo se constituye en mora el deudor mediante la interpelación, que es el acto por el cual el acreedor intima ó manda intimar al deudor que cumpla con su obligación (Artículo 1,540, Código Civil).<sup>2</sup>

La interpelación no está sujeta á ninguna forma especial y por lo mismo, queda al arbitrio del acreedor hacerla judicial ó extrajudicialmente; pues lo que la ley ha querido es huir de las contiendas que antes había sobre la forma de la intimación, y hacer constar de un modo manifiesto la existencia de ella, facilitando su demostración.

Así, pues, si el acreedor pretende hacer la interpelación judicial tiene que ocurrir al juez solicitándola fundado en el

<sup>1</sup> Artículo 1,423 Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,424, Código Civil de 1,884.

título que acredite su derecho, y mediante las formas que la ley establece.

Si, por el contrario, pretende hacerla extrajudicialmente, debe ser ante un notario, ó ante dos testigos (Art. 1,541, Código Civil).<sup>1</sup>

Segundo. El acreedor de prestación de hecho puede pedir en lugar de daños y perjuicios la autorización para hacerse prestar por otro el hecho que sea objeto del contrato, á costa del obligado, cuando la sustitución sea posible; de cuyo derecho puede usar en el caso de que el hecho no se haya ejecutado de la manera convenida, y además de él de exigir que se destruya la obra mal hecha. (Artículos 1,542 y 1,543, Código Civil).<sup>2</sup>

Basta un ligero examen de este segundo medio establecido por la ley, para convencerse de que ésta quiere en todo caso, y mientras sea posible, el cumplimiento de la obligación, si no por el mismo deudor, por otra persona que tenga las mismas aptitudes y conocimientos que él; y esta es la razón por la cual deja al arbitrio del acreedor la elección entre los daños y perjuicios y la ejecución del hecho, si es posible, por tercera persona y á expensas del deudor.

El empleo de este medio y la destrucción de la obra mal hecha, cuando no se ha ejecutado de la manera convenida, se fundan en un principio de verdadera justicia; pues el que ejecuta una obra contraviniendo las condiciones del contrato, no lo cumple, sino que, por el contrario, lo infringe con perjuicio del acreedor.

Ese principio está condensado en el siguiente apotegma:

*"Qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id quod facere jussus est."*<sup>3</sup>

Pero los medios indicados no autorizan al deudor de ninguna manera para dejar de cumplir á su arbitrio la obliga-

<sup>1</sup> Artículo 1,425, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,426, y 1,427, Código Civil de 1,884.

<sup>3</sup> Ley 121 D. de *Regulis Juris*.



ción, ó para ofrecer en sustitución de ella el pago de los daños y perjuicios; pues la ley quiere en todo caso, que los contratos legalmente celebrados sean puntualmente cumplidos y que no puedan revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes, cuyo precepto sería conculcado si se le permitiera hacer tal sustitución, porque los daños y perjuicios no son el objeto del contrato, sino la ejecución de una obra ó de un hecho.

Por este motivo sostienen Laurent y otros autores, que los jueces á quienes ocurra el acreedor no pueden hacer otra cosa que condenar al deudor al cumplimiento de la obligación que contrajo; y al pago de los daños y perjuicios, sólo en el caso de que no pueda obtenerse de otra manera la ejecución del contrato, esto es, que esta condenación viene á ser una manera subsidiaria de cumplirse la obligación.<sup>1</sup>

Si el deudor se hubiere obligado á no hacer alguna cosa, está sujeto al pago de los daños y perjuicios en caso de contravención; y si hubiere obra material, puede exigir el acreedor que sea destruida á costa del obligado (Artículo 1,544, Código Civil).<sup>2</sup>

Según el principio que acabamos de establecer, si el deudor contraviene á la obligación, el acreedor puede alcanzar lo que le es debido, cuando la ejecución de ella es posible sin recurrir á la violencia en la persona del deudor, como cuando se trata de una obra material cuya destrucción puede llevarse á cabo sin que haya necesidad de violencias personales.

Pero si no se puede obtener la ejecución sino mediante esas violencias, no queda más recurso al acreedor que la indemnización de los daños y perjuicios, á semejanza de lo establecido para el caso en que el deudor deja de prestar el hecho que prometió; y por las mismas razones que fundan

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXIV, núm. 491; Baudry Lacantinerie, tomo II núm. 849, Mourlon, tomo II, núm. 1,139 y 1,141; Aubry y Rau, tomo IV, párrafo 299, nota 11; <sup>2</sup> Artículo 1,428, Código Civil de 1884.

esa determinación de la ley, queda aquél en libertad para satisfacer ó no sus obligaciones, pero á condición de sufrir las consecuencias de su falta de cumplimiento pues la misma ley repugna los actos violentos contrarios á esa libertad.

Fundados en estos principios, han criticado Laurent y otros autores la determinación de un tribunal de Francia que autorizó á un director de teatro para arrancar de la escena, valiéndose de la fuerza pública, á un actor que se había obligado á no presentarse en ella.<sup>1</sup>

### III

#### De la prestación de cosas.

Según los principios de la legislación Romana, seguida por la de las Partidas, la palabra *dar* significa transferir la propiedad, y *prestar*, procurar un goce. Por ejemplo; si un individuo promete á otro el caballo de su uso, se obliga á transferirle la propiedad de él, y por consiguiente, contrae una obligación de dar; pero si el mismo individuo promete su habitación en arrendamiento, contrae la obligación de prestar, porque simplemente se obliga á permitir al arrendatario que obtenga las ventajas de que es susceptible la casa arrendada.<sup>2</sup>

Pero según los mismos principios, la obligación y la propiedad proceden de dos causas distintas, pues la primera nace de los contratos y la segunda se trasmite por la tradición al ejecutarse la obligación, ó en virtud de cualquiera otra justa causa. O lo que es lo mismo, la obligación, cual-

<sup>1</sup> Tomo XVI, núm. 198.

<sup>2</sup> Leyes 75, párrafo 10, tít. 1, lib. 45, 4, tít. 1, lib. 22; 25, párrafo 1, tít. 1, lib. 18, 167, tít. 17, lib. 50; 15, párrafos 1 y 2 y 19, párrafo 2, tít. 2, lib. 19, D.; y 13, tít. 11 Part. 5ª.

ción, ó para ofrecer en sustitución de ella el pago de los daños y perjuicios; pues la ley quiere en todo caso, que los contratos legalmente celebrados sean puntualmente cumplidos y que no puedan revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes, cuyo precepto sería conculcado si se le permitiera hacer tal sustitución, porque los daños y perjuicios no son el objeto del contrato, sino la ejecución de una obra ó de un hecho.

Por este motivo sostienen Laurent y otros autores, que los jueces á quienes ocurra el acreedor no pueden hacer otra cosa que condenar al deudor al cumplimiento de la obligación que contrajo; y al pago de los daños y perjuicios, sólo en el caso de que no pueda obtenerse de otra manera la ejecución del contrato, esto es, que esta condenación viene á ser una manera subsidiaria de cumplirse la obligación.<sup>1</sup>

Si el deudor se hubiere obligado á no hacer alguna cosa, está sujeto al pago de los daños y perjuicios en caso de contravención; y si hubiere obra material, puede exigir el acreedor que sea destruida á costa del obligado (Artículo 1,544, Código Civil).<sup>2</sup>

Según el principio que acabamos de establecer, si el deudor contraviene á la obligación, el acreedor puede alcanzar lo que le es debido, cuando la ejecución de ella es posible sin recurrir á la violencia en la persona del deudor, como cuando se trata de una obra material cuya destrucción puede llevarse á cabo sin que haya necesidad de violencias personales.

Pero si no se puede obtener la ejecución sino mediante esas violencias, no queda más recurso al acreedor que la indemnización de los daños y perjuicios, á semejanza de lo establecido para el caso en que el deudor deja de prestar el hecho que prometió; y por las mismas razones que fundan

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXIV, núm. 491; Baudry Lacantinerie, tomo II núm. 849, Mourlon, tomo II, núm. 1,139 y 1,141; Aubry y Rau, tomo IV, párrafo 299, nota 11; <sup>2</sup> Artículo 1,428, Código Civil de 1884.

esa determinación de la ley, queda aquél en libertad para satisfacer ó no sus obligaciones, pero á condición de sufrir las consecuencias de su falta de cumplimiento pues la misma ley repugna los actos violentos contrarios á esa libertad.

Fundados en estos principios, han criticado Laurent y otros autores la determinación de un tribunal de Francia que autorizó á un director de teatro para arrancar de la escena, valiéndose de la fuerza pública, á un actor que se había obligado á no presentarse en ella.<sup>1</sup>

### III

#### De la prestación de cosas.

Según los principios de la legislación Romana, seguida por la de las Partidas, la palabra *dar* significa transferir la propiedad, y *prestar*, procurar un goce. Por ejemplo; si un individuo promete á otro el caballo de su uso, se obliga á transferirle la propiedad de él, y por consiguiente, contrae una obligación de dar; pero si el mismo individuo promete su habitación en arrendamiento, contrae la obligación de prestar, porque simplemente se obliga á permitir al arrendatario que obtenga las ventajas de que es susceptible la casa arrendada.<sup>2</sup>

Pero según los mismos principios, la obligación y la propiedad proceden de dos causas distintas, pues la primera nace de los contratos y la segunda se trasmite por la tradición al ejecutarse la obligación, ó en virtud de cualquiera otra justa causa. O lo que es lo mismo, la obligación, cual-

<sup>1</sup> Tomo XVI, núm. 198.

<sup>2</sup> Leyes 75, párrafo 10, tít. 1, lib. 45, 4, tít. 1, lib. 22; 25, párrafo 1, tít. 1, lib. 18, 167, tít. 17, lib. 50; 15, párrafos 1 y 2 y 19, párrafo 2, tít. 2, lib. 19, D.; y 13, tít. 11 Part. 5ª.

quiera que sea su origen, y aun cuando tenga por objeto dar alguna cosa, crea solamente un vínculo personal entre los contrayentes con relación á una cosa, ó un derecho, llamado en el tecnicismo de la ciencia *jus ad rem*, pero no un vínculo directo de la persona á una cosa, un derecho real ó *jus in re*.<sup>1</sup>

Así, pues, según las legislaciones Romana y de las Partidas, la obligación otorga sólo un derecho mediato sobre la cosa, el cual no puede realizarse sino mediante un hecho de la persona obligada; esto es, por la tradición.

Pero según el sistema adoptado por el Código Civil, la obligación y la propiedad proceden de una misma causa, los contratos; y las obligaciones de dar y prestar se confunden en una sola, de manera que se usa indistintamente de una y otra frase.

En otros términos; la obligación de dar una cosa cierta y determinada produce, según nuestro derecho actual, la traslación de la propiedad, y las palabras *dar* y *prestar* tienen idéntica significación.

En efecto: el artículo 1,552 declara que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario; y el artículo 1,551 dice, que la prestación de cosas puede consistir:<sup>2</sup>

- 1.º En la traslación del dominio de cosa cierta:
- 2.º En la enajenación temporal del uso ó goce de cosa cierta.
- 3.º En la restitución de cosa ajena ó pago de cosa debida.

En el primer precepto, se ha separado nuestro Código del derecho Romano que exigía como necesaria la tradición para transferir el dominio, á causa tal vez, como dice Capite-

<sup>1</sup> Leyes 20, tit. 2. lib. 23, Código, y 3, tit. 7, lib. 44. D.; y 46, tit. 28. Part. 3.ª

<sup>2</sup> Artículo 1,435, Código Civil de 1884.

lli, de la confusión que los pueblos primitivos hacen del derecho de propiedad y el cuerpo sobre el cual se ejerce; pero ha adoptado en cambio un principio que la razón y la equidad justifican, porque no es el hecho material de la tradición el que engendra el derecho de propiedad, sino la voluntad de los contrayentes manifestada por ese hecho, con el cual no debe confundirse.<sup>1</sup>

Si la voluntad es realmente la causa de la traslación de la propiedad; si ella era bastante para transmitir la de todos los bienes á los herederos, sin necesidad de la tradición, no había justicia para que esa voluntad no produjera el mismo efecto en los actos entre vivos, en los contratos, ni aun á pretexto de que el vendedor conserva el imperio de la cosa mientras no la entrega; porque desde el instante en que por su voluntad transmitió el dominio dejó de estar la cosa bajo su poder, aunque la posea, dejó de ser propietario, y no puede transferir á un tercero ese dominio que ya no tiene; por efecto sólo de la tradición.

Tan poderosas razones, defendidas generalmente por los juristas modernos, han sido el fundamento que motivó el precepto á que aludimos, que se encuentra sancionado casi en todos los códigos de las naciones civilizadas.

Tiene además en su apoyo las siguientes razones, que tomamos de la Exposición de motivos: "El artículo 1,392 consigna el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En este particular la comisión siguió el espíritu de la ley 1.ª, título 1.º, lib. X, de la N. R. y lo ha desarrollado, estableciendo en el artículo 1,546 que desde la perfección del contrato el riesgo de la cosa es de cuenta del que adquiere, y en el 1,552, que la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición."

"La adopción de este sistema pondrá fin á las complica-

<sup>1</sup> Capitegli, Scienza del Diritto, pág. 231; Grotius, *jure belli* tomo II, págs. 6 y 8.

Las cuestiones sobre pertenencia de los frutos de la cosa, producidos y percibidos antes de la tradición. La sencilla aplicación del axioma "de que la cosa fructifica para su dueño," reducirá en lo futuro las cuestiones, á averiguar la fecha del contrato; pues que desde ella se transfiere el dominio, y como consecuencia el derecho de hacer suyos los frutos al que adquiere la cosa."

Sin embargo, el principio sancionado por el precepto á que nos referimos no es tan absoluto como aparece en los términos de éste, pues sufre excepción cuando el contrato tiene por objeto una cosa ó especie indeterminada, porque en tal caso no se transfiere la propiedad sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor: porque mientras no se llene este requisito no hay realmente consentimiento entre los contrayentes (Art. 1,553, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Además, la traslación de la propiedad no puede siquiera comprenderse sin una cosa determinada, y por lo mismo cierta, porque el supuesto propietario ni aun sabría sobre qué cosa ejercía su derecho de dominio.

Sufre excepción ese principio cuando el contrato tiene por objeto una cosa inmueble, pues su enajenación sólo produce efectos jurídicos respecto del tercero, desde su inscripción en el Registro público, siempre que el precio exceda de quinientos pesos (Art. 2,951 y 3,061, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Es decir, que para la traslación de la propiedad de bienes inmuebles ó raíces no basta la celebración del contrato, sino que es además indispensable se inscriba en el Registro público la escritura en que se haga constar, siempre que el precio de aquellos exceda de quinientos pesos.

Pero esto no quiere decir que no basta el consentimiento de los contrayentes para transferir la propiedad del inmueble, pues lo contrario establece el artículo 2,946 del Código,

<sup>1</sup> Art. 1,437, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 2,823, y 2,925, Código Civil de 1884.

que declara que la venta es perfecta y obligatoria para las partes por sólo el convenio de ellas en la cosa y en el precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo pagado; sino que tal venta no produce efecto contra tercero si no se inscribe la escritura en que conste en el Registro público; ó lo que es lo mismo, que si no se llena este requisito indispensable y el vendedor falta á la obligación que contrajo, vendiendo y entregando la cosa á un tercero, la primera venta no transfiere el dominio al primer comprador, y por lo mismo, no puede vindicar esa cosa del segundo que adquiere la propiedad de ella legalmente.<sup>1</sup>

A primera vista parece que el Código se separa de la teoría que ha adoptado contradiciendo los principios en que la funda, pero un ligero exámen basta para convencerse de que no es así, sino que establece dos reglas diversas que norman efectos jurídicos de los contratos respecto del comprador y el vendedor, y de éste y un tercero con quien hubiere celebrado un nuevo contrato sobre la misma cosa.

La primera regla es general, y declara que en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto de contrato y sin necesidad de la tradición; cuya regla se ha reproducido en distinta forma por el artículo 2,950 del Código, pero marcando de una manera más precisa los efectos de la enajenación entre los contrayentes, pues declara, que desde el momento en que la venta es perfecta por el consentimiento de ellos acerca de la cosa y del precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo pagado, pertenece la cosa al comprador y el precio al vendedor, y tiene cada uno de ellos derecho de exigir al otro el cumplimiento del contrato (Arts. 1,552 y 2,946, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La segunda regla es una excepción de la primera, fundada en consideraciones de orden público é importa la sanción

<sup>1</sup> Artículo 2,818, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,436, y 2,818, Código Civil de 1884.

del deber que la ley impone á los compradores de inmuebles de hacer constar en el Registro público las mutaciones y modificaciones que sufre la propiedad.

En efecto: el Código ha adoptado la teoría de la publicidad sancionada por otras legislaciones, á fin de evitar los estelionatos, las enajenaciones fraudulentas, y por consiguiente, graves perjuicios á los compradores de buena fe, estableciendo el Registro público y la obligación de inscribir en él los títulos ó escrituras en que se hace constar la enajenación ó modificación que sufre la propiedad.

Pero como sería inútil esta institución si se dejara al arbitrio de los adquirentes inscribir ó no sus títulos, la ley ha establecido la debida sanción, adoptando el principio que declara que el primero en tiempo es el primero en derecho, y que la venta de bienes raíces no produce efectos con respecto á tercero, sino después de haber sido legalmente registrada (Arts. 2,951 y 3,061, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En virtud de esta sanción, si el comprador es omiso y no inscribe su título, por más que tenga un derecho perfecto para exigir del vendedor el cumplimiento del contrato, si éste burla su fe y enajena la misma cosa á un tercero, que hace la inscripción, no puede exigir de éste la entrega de la cosa fundado en su título de propietario.

De manera que si el vendedor enajena una misma cosa inmueble á diversas personas prevalece la venta que primero se haya registrado, y si no se hubiese llenado este requisito, prevalece la hecha al que se halle en posesión de la cosa (Art. 3,001 y 3,003, Código Civil).<sup>2</sup>

No sucede lo mismo respecto de las cosas inmuebles, porque el artículo 3,001 del Código ordena, que si una misma cosa se vende á diversas personas prevalece la venta primera en fecha; si no es posible fijar la prioridad de ésta prevalece la hecha al que se halle en posesión de la cosa.

<sup>1</sup> Artículo 2,823 y 2,925, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 2,870 y 2,872, Código Civil de 1884.

Reservándonos hacer en su oportunidad el estudio extenso de las reglas que acabamos de enunciar, reproducidas por el artículo 1,565, que declara que si la cosa trasferida por el contrato fuere enajenada de nuevo á un tercero antes de ser entregada por el obligado al primer adquirente, puede recobrarla éste en los términos establecidos por los artículos 3,000 á 3,003, nos limitamos á advertir que ellas no importan ni la autorización ni la impunidad para el contratante que, burlando la fe del contrato, enajena de nuevo una cosa cuya propiedad ya no le pertenecía realmente; pues por el contrario el artículo 3,002 del Código declara, que en todo caso el vendedor responde del precio que hubiere recibido indebidamente así como de los daños y perjuicios; y puede ser acusado de estafa, por los que fueron perjudicados ó engañados.<sup>1</sup>

Además, es justa la determinación de la ley, porque ninguna culpa puede imputarse al tercero, comprador de buena fe, que llenando los requisitos legales adquirió la cosa, en tanto que sí es imputable al primer contrayente su negligencia ú omisión en satisfacerlos, cuyas consecuencias es justo que sufra.

Establecidos estos precedentes, veamos cuales son los efectos jurídicos de la obligación de dar.

El artículo 1,545 del Código declara, que el obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y á entregarla bajo la responsabilidad establecida en los artículos 1,574 y siguientes.<sup>2</sup>

Así, pues, la obligación de dar comprende en realidad dos obligaciones:

1.ª La de entregar la cosa al acreedor, bajo la responsabilidad que, por la demora, establece la ley.

2.ª La de conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia hasta la entrega de ella al acreedor.

<sup>1</sup> Artículo 2,871, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,458, Código Civil de 1884.

La primera de esas obligaciones es un efecto necesario del contrato, pues no se comprende como podría ejercer el acreedor los derechos que hubiere adquirido sobre ella si no se encuentra en su poder.

Tal efecto es común á todas las obligaciones de dar; esto es, tanto á aquellas que recaen sobre una cosa cierta y determinada, como á las que versan sobre cosas inciertas, es decir, indeterminadas entre muchas de la misma especie; por ejemplo, cuando se promete un caballo sin determinar cual.

Pero como toda obligación supone necesariamente la existencia de un derecho, se infiere que el acreedor está asistido de un derecho perfecto para hacer efectivo el cumplimiento del deber que el deudor tiene de entregar la cosa objeto del contrato, ocurriendo, si fuere necesario, á los tribunales y á los medios coercitivos que les otorga la ley contra los deudores morosos.

Por tal motivo, declara el artículo 1,548 del Código Civil, que es aplicable á la prestación de las cosas lo dispuesto en el artículo 1,539 respecto de la prestación de hechos: esto es, que el deudor que no entrega la cosa á que se obligó, ó que no la entrega conforme á lo convenido es responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: <sup>1</sup>

1.º Si la obligación fuere á plazo, comienza la responsabilidad desde el vencimiento de éste:

2.º Si la obligación no depende de plazo cierto, sólo corre la responsabilidad desde el día en que el deudor es interpelado.

Hemos hecho la explicación de estas reglas en el artículo precedente de esta lección, al cual remitimos á nuestros lectores, advirtiéndoles que dejan de ser aplicables, respecto del pago que se haga en dinero sin réditos, pues en tal caso hay lugar á la indemnización por daños y perjuicios, que

<sup>1</sup> Artículos 1,432 y 1,423, Código Civil de 1884.

consisten en el pago del interés legal, sólo desde el día en que el deudor fuere interpelado; porque desde entonces se constituye en mora y perjudica al acreedor; y que si la prestación fuere en parte líquida y en parte ilíquida, puede el acreedor exigir la primera, sin que se perjudique su derecho respecto de la segunda (Arts. 1,549, 1,567 y 1,568, Código Civil). <sup>1</sup>

Ha habido autores que han contradicho la existencia del derecho del acreedor, fundados en que la obligación de entregar las cosas no es más que la prestación de un hecho, que se resuelve, según hemos dicho, en la indemnización de daños y perjuicios; pero la teoría de esos autores es absolutamente falsa, porque confunde de una manera lamentable la obligación de hacer con la de dar, y porque la ley, fundada en la moral y la justicia, quiere aún respecto de la primera, que en todo caso, y siempre que sea posible, se cumpla y lleve á pura y debido efecto.

Además, como la obligación de dar no exige indispensablemente la intervención del deudor, puede ejecutarse empleando los medios coercitivos legales, venciendo la inacción ó la resistencia de aquél.

En una palabra, la ley quiere que los contratos legalmente celebrados sean puntualmente cumplidos, y por lo mismo, el deudor no puede á su arbitrio ejecutar la obligación ó pagar los daños y perjuicios, pues así rompería la fe de lo pactado, engañando la confianza y la buena fe del acreedor.

La segunda obligación, esto es, la de conservar la cosa hasta la entrega de ella al acreedor, es también un efecto necesario de la obligación de dar; y sus límites, ó más bien dicho su extensión están perfectamente determinadas por la ley, que declara, que el deudor está obligado á conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia.

Por consiguiente, la negligencia del deudor en sus pro-

<sup>1</sup> Artículos 1,433, 1,451 y 1,452, Código Civil de 1884.

pios negocios no puede excusar aquella en que hubiere incurrido en la conservación de la cosa debida, pues está obligado a guardarla con el mismo cuidado y diligencia que comunmente emplean los buenos padres de familia en la administración de sus negocios.

Sin embargo, la obligación á que aludimos es susceptible de mayor ó menor extensión, según el grado de culpa ó negligencia del deudor, por cuyo motivo establece reglas el Código que sirven para medir la extensión de ella. Por ejemplo; en el artículo 1,562 declara que hay culpa ó negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios á la conservación de la cosa ó deja de ejecutar los que son necesarios para ella; y el artículo 1,563 deja al prudente arbitrio del juez la calificación de la culpa ó negligencia, según las circunstancias del hecho, del contrato y de las personas.<sup>1</sup>

Fácil es comprender que el Código sólo ha podido dar reglas generales como las que preceden, porque no era posible que determinara el tipo del que llaman buen padre de familia, ó lo que es lo mismo, el término de comparación para apreciar la culpa ó negligencia del deudor, y por lo mismo ha permitido el arbitrio de los jueces para que, teniendo en consideración las circunstancias del hecho sujeto á su examen las de la persona del deudor, esto es, su rudeza é ignorancia, su instrucción y posición social, así como las condiciones del contrato, puedan calificar aquellas.

Estableciendo estas reglas, el Código se ha separado por completo de la teoría de la prestación de la culpa que los juriscultos habían fundado en varios preceptos del derecho Romano, y que sancionaron las leyes de las Partidas.<sup>2</sup>

Según esa teoría se distinguían tres especies de culpas, la *culpa lata*, la *leve* y la *levísima*.

Se llamaba culpa lata la omisión de aquella diligencia que generalmente emplean todos los hombres en sus cosas.

<sup>1</sup> Artículos 1,446 y 1,447, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Leyes 2.<sup>a</sup>, tít. 2, 18 y 35, tít. 11, Part. 5.<sup>a</sup> y 11, tít. 33, Part. 7.<sup>a</sup>.

ó el hecho ejecutado en cosa ajena que ninguno permitiría en la propia.

La culpa leve se definía, la omisión de aquella diligencia que comunmente emplean los hombres de bien en sus cosas, ó el hecho ejecutado en cosa ajena, que no ejecutaría en cosa propia un diligente padre de familia.

Por último; se definía la culpa levísima, la omisión de aquella diligencia que emplearía un diligentísimo padre de familia en sus cosas.<sup>1</sup>

Para poder estimar estos tres grados de responsabilidad se distinguían las diferentes especies de contratos, estableciendo las siguientes reglas.

1.<sup>o</sup> Si el contrato producía toda la utilidad para el acreedor, el deudor estaba obligado sólo por la culpa lata, como el depositario:

2.<sup>o</sup> Si la utilidad era común para ambos contratantes, el deudor estaba obligado por la culpa leve, como en la compra-venta y en el arrendamiento:

3.<sup>o</sup> Si la utilidad era sólo para el deudor, quedaba éste obligado por la culpa levísima, como en el comodato.

Pero los juriscultos modernos han juzgado esta distinción de la culpa contraria á la equidad é inútil, porque admitía multitud de excepciones, y era insuficiente para su objeto.

Inspirándose los autores del Código en su opinión proscribieron esa distinción, imponiendo al deudor, en todo caso, el deber de conservar la cosa debida con la diligencia de un buen padre de familia, y dejando al prudente arbitrio del juez la calificación de la culpa ó negligencia.

“La antigua división de la culpa, dice la Exposición de motivos, era enteramente metafísica é inaplicable; porque no es dado encontrar un punto cierto de donde partir, y porque en el orden moral no es fácil fijar escalas como en el orden físico. La única base cierta en materia de culpa,

<sup>1</sup> Vinnio, Instit. lib. 3.<sup>o</sup>, tít. 15, pár. 2, núm. 8 y siguientes.

será considerar la aptitud de la persona y la naturaleza de la cosa ó negocio que se le ha confiado; y variando una como otra en cada caso, nada más natural que dejar al arbitrio del juez la calificación, como que él debe investigar la naturaleza del contrato y sus diversos accidentes.”

Es consecuencia del principio que declara que en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, aquel que es establece que es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aun cuando ésta no se le haya entregado, desde que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento de los contrayentes (Art. 1,546, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Este principio se funda no sólo en la consideración enteramente justa de que la cosa debe perecer para su dueño, y por lo mismo, para el acreedor que adquiere la propiedad por mero efecto del contrato y desde el momento en que éste se perfecciona por el consentimiento; sino también en la de que los derechos del acreedor de cosa cierta y determinada se extinguen cuando ésta perece, á causa de la imposibilidad en que se encuentra el deudor de ejecutar la obligación, pues no se le puede obligar á que entregue una cosa que no existe, ni pretender que la sustituya con una equivalente, ó con el pago de los daños y perjuicios, si no le es imputable la pérdida ó la destrucción de la cosa.

La aplicación del principio cuyo estudio hacemos á los contratos unilaterales no ofrece ninguna dificultad porque aparece perfectamente justo, supuesto que la pérdida ó destrucción de la cosa debida desata la obligación, pone término á las relaciones jurídicas que éste creó entre los contrayentes; pero no sucede así respecto de los contratos bilaterales, porque las relaciones creadas por ellos entre el comprador y el vendedor, por ejemplo, no se extinguen por completo.

<sup>1</sup> Artículo 1,430, Código Civil de 1884.

La pérdida ó la destrucción de la cosa extingue el derecho del comprador de una manera absoluta, pero no produce el mismo efecto relativamente al derecho del vendedor, que puede exigir el precio prometido y el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél, lo cual parece inicuo.

Pero ese principio, tomado del derecho Romano y de la legislación de las Partidas, es perfectamente equitativo, porque á la vez que pone á cargo del acreedor los peligros de la cosa debida, le otorga todas las mejoras, todos los acrecimientos que tiene ésta; y es justo que aquel que tiene todos los aprovechamientos, todas las utilidades, sufra las pérdidas ó deterioros.

Sin embargo, el principio á que aludimos sufre excepción, si por culpa ó mora del deudor se perdiere ó deteriorare la cosa en su poder, ó si éste se obligare á la prestación del caso fortuito, pues en tales casos es de su cuenta el riesgo, y está además obligado, en los dos primeros, á la indemnización de los daños y perjuicios en los términos que expresaremos en el artículo siguiente de esta lección (Artículo 1,547, 1,555 y 1,556, Código Civil).<sup>1</sup>

La pérdida puede verificarse, dice el artículo 1,561 del Código Civil):<sup>2</sup>

- 1.º Pereciendo la cosa:
- 2.º Desapareciendo de modo que no se tenga noticia de ella, ó que aunque se tenga alguna la cosa no se pueda recobrar.

Este precepto, tomado del artículo 717 del Código Portugués, aunque de una manera incompleta, pues se suprimió en el la fracción 2.ª relativa á las cosas que se ponen fuera del comercio, que jurídicamente hablando perecen por esa circunstancia, ha venido á establecer una base sólida para fijar la responsabilidad del deudor, removiendo intrin-

<sup>1</sup> Artículos 1,431, 1,439, y 1,440 Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,547, Código Civil de 1884.



cadass controversias sobre la existencia y la no existencia de la cosa debida.

Al mismo fin y para facilitar al acreedor el ejercicio de su acción se dirige el precepto contenido en el artículo 1,558, que declara, que la pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario; pues siendo muy difícil, si no imposible para aquél la demostración de que ha sido víctima de la culpa ó negligencia de éste, quedarían sus derechos burlados, mientras que á causa de la presunción legal de culpabilidad que tal precepto establece, le impone al deudor la obligación de probar su inocencia, y por consiguiente, que la pérdida se verificó por causas extrañas y superiores á su voluntad.<sup>1</sup>

Sin embargo, la responsabilidad del deudor cesa aún cuando se haya constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos y la cosa perece; pues entonces se extingue la obligación siempre que se pruebe que aquella se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor (Artículo 1,557, Código Civil).<sup>2</sup>

Esta excepción es justa, pues para que el deudor pueda librarse de la responsabilidad que le resulta de la pérdida de la cosa, sin faltar á la justicia y la equidad, es preciso que no se le pueda imputar ni aún indirectamente, y por lo mismo, si la pérdida acontece en la casa del deudor por un acontecimiento fortuito que no se habría verificado en la del acreedor, debe reportar aquél la pérdida debida á su morosidad.

Pero si, por el contrario, la pérdida ha debido producirse igualmente estando la cosa en poder del deudor como en el del acreedor, éste debe sufrir las consecuencias, que sería injusto imputarle á aquél, que no tuvo culpa alguna del verificativo del acontecimiento. Por ejemplo; si se agravara la enfermedad del caballo objeto de una venta, existente en el momento de la celebración del contrato.

<sup>1</sup> Artículo 1,442, Código Civil, de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,441, Código Civil de 1884.

El deudor es también responsable de la pérdida de la cosa cierta y determinada, cuando la deuda procede de delito ó falta, pues queda obligado sin excusa alguna, al pago de su precio, cualquiera que sea el motivo de la pérdida; á no ser que hubiere ofrecido la cosa al acreedor, y éste haya incurrido en mora (Art. 1,559, Código Civil).<sup>1</sup>

Este principio, que á primera vista parece de una severidad inusitada, es perfectamente justo, y para convercerse de ello basta un ligero examen de la razón que lo motiva.

La obligación no procede de un acto lícito, de un contrato celebrado por el deudor con el acreedor bajo los auspicios de la ley, sino que debe su origen á un acto inmoral y reprobado por ésta; ejecutando con perjuicio del orden público y de aquel que ha sido la víctima; y natural y muy justo es que la pérdida de la cosa, que constituye la reparación del mal causado por el delito y forma parte accesoria de la pena en que incurre el delincuente, no extinga la obligación impuesta á éste, que debe reportar la pérdida.

Sin embargo, se pasarían los límites de la equidad y la justicia si la responsabilidad del deudor no admitiera una debida excepción en el caso en que habiendo ofrecido la cosa al acreedor, se haya éste constituido en mora; pues su negligencia no debe redundar en perjuicio de aquel que cumplió su obligación ofreciendo en su oportunidad la entrega de la cosa.

Esta justísima excepción que reconoce la ley, está á nuestro juicio concebida en términos tan generales, que nos obliga á hacer la siguiente advertencia para evitar que se le dé una inteligencia y una aplicación que no debe tener.

Esa excepción se debe aplicar sólo cuando la pérdida de la cosa es inculpable de parte del deudor, pues de otra manera se le autorizaría para que abandonara la cosa debida, ó para que no prestara la diligencia que la ley demanda para la conservación de ella.

<sup>1</sup> Artículo 1,443 Código Civil de 1884.

No encontramos ninguna razón legal ó filosófica que haga presumir que la mente de la ley ha sido libertar de una manera absoluta al deudor de la responsabilidad de la pérdida de la cosa, aunque sea culpable de ella, á pretexto de la negligencia del acreedor para recibirla, siendo requerido para ello. Por el contrario, creemos que la ley no releva al deudor de la obligación de conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia; aunque el deudor se constituya en mora, y que sólo puede pretender la consignación de ella para salvarse de toda responsabilidad y el pago de daños y perjuicios que se le hubiere seguido.

Suele acontecer que los contratos tengan por objeto la enajenación de la propiedad, pero con reserva de la posesión, uso ó goce de la cosa hasta cierto tiempo; y previendo el artículo 1,564 del Código Civil ese caso, establece las reglas siguientes para el evento de la pérdida de la cosa debida: <sup>1</sup>

- 1.º Si hay convenio expreso, se estará á lo estipulado:
- 2.º Si la pérdida fuere por culpa de alguno de los contratantes, el importe es de la responsabilidad de éste:
- 3.º A falta de convenio y de culpa, cada interesado sufre la pérdida que le corresponde, en el todo, si la cosa perece totalmente, ó en parte, si la pérdida fuere sólo parcial:
- 4.º En el caso que precede, si la pérdida fuere parcial, y las partes no se convinieren en la disminución de sus respectivos derechos, se deben nombrar peritos que la determinen.

Estas reglas son tan claras que no demandan explicación de ninguna especie; pero no podemos decir otro tanto de aquella que establece el artículo 1,560 del Código, según la cual el deudor de una cosa perdida sin culpa suya, está obligado á ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización á quien fuere responsable de la pérdida. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,448, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,444, Código Civil de 1884.

En efecto: si el deudor de la cosa la debe entregar en virtud de un contrato traslativo de la propiedad, se trasmite ésta al acreedor por mero efecto de aquél, y en consecuencia, los daños y perjuicios recaen solamente sobre él; y malamente puede transmitirle el deudor derechos y acciones que no tiene para reclamar la indemnización.

Lo mismo acontece cuando el deudor no está obligado á transmitir la propiedad, sino á restituir la cosa ajena que recibió en virtud del contrato, como en el comodato, en el depósito y en la prenda, porque no siendo suya, los perjuicios que ocasione la pérdida recaen necesariamente sobre el acreedor.

Sólo hay un caso en que puede tener aplicación la regla indicada, y es aquel en que la prestación consiste en la enajenación temporal del uso ó goce de cosa cierta; pero esa circunstancia no la justifica, según creemos, de ninguna manera, porque no hay ninguna razón para que el deudor esté obligado legalmente á ceder al acreedor sus derechos y acciones para reclamar la indemnización del responsable de la pérdida. A tanto equivale esa prescripción de la ley, como á obligar al deudor á hacer una donación en beneficio del acreedor y contra su voluntad.

En buena hora que éste, á quien también perjudica la pérdida en el caso indicado, exija la indemnización, pero que la ley no prive de sus derechos al deudor, para beneficiar á aquél sin título alguno que justifique el despojo.

Reasumiendo en pocas palabras lo expuesto, debemos deducir que la regla que criticamos es defectuosa por oscura y porque sanciona un principio que no se apoya en la justicia.

En los contratos en que la prestación de la cosa no importa la traslación de la propiedad, el riesgo es siempre de cuenta del propietario en virtud del principio que dice, que las cosas perecen para su dueño. Pero fácil es comprender que esta regla no es absoluta, y que recibe excepción siem-

pre que interviene culpa ó negligencia de parte del otro contratante, pues en tal caso queda obligado por ella á la indemnización de los daños y perjuicios (Art. 1,566 Código Civil).<sup>1</sup>

En lo general preside en el Código Civil un método y un orden dignos de alabanza, que no nos permiten comprender por qué motivo se olvidan de ellos, alguna vez, sus autores, produciendo una lamentable confusión por la mezcla de preceptos que se refieren á materias que, si tienen alguna atinencia, son distintas entre sí.

Ese defecto, es palpante en el capítulo 3.º, tít. 3.º, libro III del Código, que trata de la prestación de cosas, en el cual se han intercalado preceptos que rigen la importante materia relativa al pago, correspondiente á la extinción de las obligaciones.

Lamentando sinceramente ese defecto, vamos á estudiar esos preceptos, ya que no nos es dado alterar el orden en que fueron colocados por sus autores.

Las prestaciones en dinero, dice el art. 1,569 del Código, se harán en la especie de moneda convenida; y si esto no fuere posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida.<sup>2</sup>

Este precepto no quiere decir otra cosa, sino que el deudor está obligado á pagar entregando la clase de monedas que prometió, y que sólo en el caso en que no sea posible encontrarlas, puede pagar con monedas del cuño corriente, dando tantas cuantas sean necesarias para igualar el valor real de las debidas.

Por ejemplo; el deudor se obligó á pagar cien pesos en monedas de oro de veinte, pero como no pudo obtenerlas, á causa de la gran demanda que tienen, está facultado para pagar dicha suma en plata fuerte, pero entregando no sólo cien pesos, sino también el interés que en el comercio se le

<sup>1</sup> Artículo 1,450, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,453, Código Civil de 1884.

ha cuotizado al oro por esa demanda; pues el valor real de las monedas debidas es el que tiene señalado por la ley, más el que recibe en el comercio por su escasez, que le convierte en una mercancía, y el acreedor no debe ser privado de las ventajas ó utilidades que tal circunstancia debía proporcionarle.

Esta interpretación del precepto legal á que nos referimos no es arbitraria, pues se funda en la consideración de que en las monedas se atiende más que á su materia y calidad al valor ó estimación que representa, y en la equidad que exige que ninguno de los contrayentes obtenga algún lucro ó utilidad con perjuicio del otro.<sup>1</sup>

Una misma persona puede ser deudora á otra por diversas obligaciones, en cuyo caso puede acontecer que la cantidad que paga sea insuficiente para cubrir su importe total, y que surja la cuestión sobre á cuál de ellas debe imputarse el pago.

Como el deudor es dueño de su dinero, es evidente la facultad que tiene, por regla general, para designar la deuda á la cual quiere que se aplique.

Esta facultad es designada por las legislaciones modernas y por los jurisconsultos con el nombre de *imputación de pagos*.

La imputación puede hacerse por el deudor, y en su defecto por el acreedor, en los términos que señala la ley que después expresaremos.

El art. 1,570 del Código Civil declara expresamente que, el que tuviere contra sí varias deudas en favor de un sólo acreedor, puede declarar, al tiempo de hacer el pago, á cuál de ellas quiere que se aplique.<sup>2</sup>

Esta facultad de imputación, que es la regla general, sufre excepciones justas que deben su origen al respeto del derecho del acreedor; pues siempre que domina el interés

<sup>1</sup> Ley 1, tít. 1, libro 18, D.

<sup>2</sup> Artículo 1,454 Código civil de 1884.

de éste, la ley se pronuncia en su favor. De manera que podemos establecer como un principio fundamental y limitativo de la facultad del deudor, que ésta llega hasta allí hasta donde comienza el derecho ó el interés, ó más bien, donde se perjudican los intereses del acreedor.

Por este motivo, no puede el deudor hacer la imputación respecto de una deuda á plazo, que aun no está vencido, si se ha estipulado en beneficio del acreedor, ni respecto de la que se halla pendiente de una condición suspensiva, que pondría al acreedor en la necesidad, tal vez grave, de restituir la cantidad recibida, si la condición no se verifica.

Por la misma razón, no puede el deudor imputar el pago al capital, sin pagar antes los intereses vencidos; pues el capital y los intereses no constituyen dos deudas distintas entre las que tenga facultad de escoger, sino dos objetos de una misma obligación, de los cuales no puede extinguirse el primero, sin agravio del acreedor, porque se sustituye un objeto productivo por uno improductivo, los intereses, violando las condiciones del contrato.

Además, el pago, como dice Laurent, no es un hecho unilateral, sino que necesita el concurso de los dos contrayentes, y es preciso que la imputación concilie los intereses del acreedor y del deudor para que sea legal.<sup>1</sup>

Así, pues, el artículo 1,572 declara expresamente, que las cantidades pagadas por cuenta de deudas con interés, no se deben imputar al capital mientras hubiere intereses vencidos; salvo convenio contrario.<sup>2</sup>

El deudor no puede hacer la imputación, sino cuando se trata de deudas que recaen sobre objetos de la misma naturaleza y que son susceptibles de ser sustituidos los unos por los otros, pues sería imposible, por ilegal é injusta, si se tratara de objetos de especies diferentes. Por ejemplo; si Pedro debiera á una misma persona trigo y unas cabezas de

<sup>1</sup> Tomo XVII. núm. 603.

<sup>2</sup> Artículo 1,456, Código Civil de 1884.

ganado, no podría pretender la imputación del pago de la segunda deuda entregando trigo, porque intentaría el de una cosa con otra, con violación del contrato y de la ley.

A falta de la declaración del deudor, hace el acreedor la imputación según las prescripciones de la ley, ó más bien, la hace ésta según la intención presunta de los contrayentes, aplicando el pago en los términos que indican las reglas siguientes, contenidas en el artículo 1,571 del Código Civil:<sup>2</sup>

1.<sup>o</sup> Se entiende hecho el pago por cuenta de la deuda que es más onerosa entre las vencidas:

2.<sup>o</sup> En igualdad de circunstancias por la que fuere más antigua:

3.<sup>o</sup> Siendo todas las deudas de la misma fecha, se entiende hecho el pago, por cuenta de todas á prorata.

La primera regla está fundada en la justicia y la equidad, porque nada es más conforme con ellas que presumir la intención del deudor en el sentido más favorable á sus intereses, á los cuales conviene extinguir la deuda más gravosa, cuya estimación debe hacerse por el importe de los intereses que causa, por las garantías de seguridad que otorga al acreedor para el pago, mediante una fianza ó una hipoteca, y por las demás condiciones que importen un gravamen más dispendioso para el deudor.

La segunda regla es también justa, porque si las deudas son igualmente onerosas, sin duda alguna merece preferencia la más antigua, que puede hacerse más y más onerosa por el trascurso del tiempo.

Podría decirse que esta regla se halla en abierta oposición con el interés del deudor, á quien indudablemente le conviene no pagar la deuda más antigua, por la esperanza que tiene de completar el tiempo de la prescripción; pero la ley no puede amparar este interés; que es ilegítimo, porque si bien es cierto que autoriza y reconoce ese medio de libera-

<sup>1</sup> Artículo 1,455, Código Civil de 1,884.

ción, también lo es que no favorece á los deudores que teniendo conocimiento de su obligación, tratan de especular sobre las eventualidades posibles de la prescripción, porque protegería la inmoralidad.

La última regla, tomada de la ley 10, tít. 14 Partida 5.<sup>ª</sup> se funda en la consideración de que la imputación del pago es una facultad favorable al deudor, y por lo mismo, cuando no la ejerce, es justo que la ley haga la designación de la deuda, como es verosímil que la haría aquél.

El artículo 1,554 del Código contiene también otra regla relativa á la manera de extinguir las obligaciones mediante el pago, declarando, que si no se designa la calidad de la cosa, cumple el deudor entregando una cosa de mediana calidad.<sup>1</sup>

Esta regla se funda en la interpretación verosímil y equitativa de la voluntad de los contrayentes; pues cuando el contrato recae sobre una cosa perteneciente á cierta especie sin designación individual de ella, no es creíble que la intención de ellos se haya fijado en alguno de los extremos de la bondad de la cosa, sino en las cualidades intermedias ó medianas que caracterizan á los objetos de esa especie.<sup>2</sup>

Finalmente: declara el artículo 1,573 del Código, que cuando son varios los obligados á prestar la misma cosa, cada uno de ellos responde proporcionalmente, excepto en los casos siguientes:<sup>3</sup>

1.º Cuando cada uno de ellos se hubiere obligado solidariamente:

2.º Cuando la prestación consiste en cosa cierta y determinada que se encuentra en poder de uno de ellos; ó cuando depende de hecho que sólo uno de los obligados puede prestar:

3.º Cuando por el contrato se ha determinado otra cosa.

1 Artículo 1438, Código Civil de 1834.

2 Ley 18, párrafo 1, tít. 1, lib. 21, D; Demolombe, tomo XXVII, núm. 252.

3 Artículo 1,457, Código Civil de 1,884.

Estas reglas son la repetición innecesaria, á nuestro juicio, de la contenida en el artículo 1,510, que declara, que la mancomunidad pasiva no se presume cuando se trata de la prestación de una cantidad de dinero ó cualquiera otra cosa fungible, y cuando se celebra el contrato para la ejecución de un hecho ó de una obra que puede obtenerse por la acción de un sólo individuo ó por la cooperación de varios; pero independientemente unos de otros.

#### IV

#### De la responsabilidad civil.

Toda vez que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, ó lo que es lo mismo, que tienen fuerza de ley entre las personas que los celebran, es claro que ninguna de ellas puede infringirlos y quedar en la impunidad.

Por el contrario: la ley otorga derecho al acreedor para hacer efectiva en el deudor la responsabilidad en que incurre, indemnizándole los daños y perjuicios que por su culpa se le originan.

En efecto: el artículo 1,574 del Código civil declara, que son causas de responsabilidad civil.<sup>1</sup>

1.º La falta de cumplimiento de un contrato:

2.º Los actos y omisiones que están sujetos expresamente á ella por la ley.

Y el artículo 1,575 declara, que el contratante que falta al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que causa al

1 Artículo 1,458, Código Civil de 1,884.

ción, también lo es que no favorece á los deudores que teniendo conocimiento de su obligación, tratan de especular sobre las eventualidades posibles de la prescripción, porque protegería la inmoralidad.

La última regla, tomada de la ley 10, tít. 14 Partida 5.<sup>ª</sup> se funda en la consideración de que la imputación del pago es una facultad favorable al deudor, y por lo mismo, cuando no la ejerce, es justo que la ley haga la designación de la deuda, como es verosímil que la haría aquél.

El artículo 1,554 del Código contiene también otra regla relativa á la manera de extinguir las obligaciones mediante el pago, declarando, que si no se designa la calidad de la cosa, cumple el deudor entregando una cosa de mediana calidad.<sup>1</sup>

Esta regla se funda en la interpretación verosímil y equitativa de la voluntad de los contrayentes; pues cuando el contrato recae sobre una cosa perteneciente á cierta especie sin designación individual de ella, no es creíble que la intención de ellos se haya fijado en alguno de los extremos de la bondad de la cosa, sino en las cualidades intermedias ó medianas que caracterizan á los objetos de esa especie.<sup>2</sup>

Finalmente: declara el artículo 1,573 del Código, que cuando son varios los obligados á prestar la misma cosa, cada uno de ellos responde proporcionalmente, excepto en los casos siguientes:<sup>3</sup>

1.º Cuando cada uno de ellos se hubiere obligado solidariamente:

2.º Cuando la prestación consiste en cosa cierta y determinada que se encuentra en poder de uno de ellos; ó cuando depende de hecho que sólo uno de los obligados puede prestar:

3.º Cuando por el contrato se ha determinado otra cosa.

1 Artículo 1438, Código Civil de 1834.

2 Ley 18, párrafo 1, tít. 1, lib. 21, D; Demolombe, tomo XXVII, núm. 252.

3 Artículo 1,457, Código Civil de 1,884.

Estas reglas son la repetición innecesaria, á nuestro juicio, de la contenida en el artículo 1,510, que declara, que la mancomunidad pasiva no se presume cuando se trata de la prestación de una cantidad de dinero ó cualquiera otra cosa fungible, y cuando se celebra el contrato para la ejecución de un hecho ó de una obra que puede obtenerse por la acción de un sólo individuo ó por la cooperación de varios; pero independientemente unos de otros.

#### IV

#### De la responsabilidad civil.

Toda vez que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, ó lo que es lo mismo, que tienen fuerza de ley entre las personas que los celebran, es claro que ninguna de ellas puede infringirlos y quedar en la impunidad.

Por el contrario: la ley otorga derecho al acreedor para hacer efectiva en el deudor la responsabilidad en que incurre, indemnizándole los daños y perjuicios que por su culpa se le originan.

En efecto: el artículo 1,574 del Código civil declara, que son causas de responsabilidad civil.<sup>1</sup>

1.º La falta de cumplimiento de un contrato:

2.º Los actos y omisiones que están sujetos expresamente á ella por la ley.

Y el artículo 1,575 declara, que el contratante que falta al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que causa al

1 Artículo 1,458, Código Civil de 1,884.

otro contratante; á no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor ó caso fortuito, á los que aquél de ninguna manera haya contribuido. <sup>1</sup>

De los términos de estos preceptos se infiere, que para que haya lugar á la indemnización de los daños y perjuicios es preciso que concurren las tres circunstancias siguientes:

1.<sup>o</sup> La falta de cumplimiento del contrato, ó la ejecución de actos que la ley sujeta expresamente á la responsabilidad civil:

2.<sup>o</sup> Que la falta de cumplimiento del contrato sea imputable al contratante:

3.<sup>o</sup> Que el acreedor haya sufrido un perjuicio por la falta de cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo; esto es, por el retardo en la ejecución de la obligación, por la falta absoluta de ella, ó por ser insuficiente ó incompleta,

Condensando en pocas palabras lo expuesto, podemos establecer las dos conclusiones siguientes, que pueden servir de norma para determinar en qué casos está obligado el deudor á la indemnización de los daños y perjuicios:

1.<sup>o</sup> Tiene tal obligación siempre que no justifica que no le es imputable la causa que motivó la falta del cumplimiento del contrato ó su retardo:

2.<sup>o</sup> No tiene esa obligación siempre que justifica que no le es imputable la causa que impidió el cumplimiento del contrato ó su retardo.

El segundo de los preceptos citados, el artículo 1,575 del Código nos indica cuales son las únicas causas que pueden eximir al deudor del pago de los daños y perjuicios, y son las siguientes:

1.<sup>o</sup> El hecho del acreedor que impide el cumplimiento de la obligación, pues sería inícuo que sus actos fueran imputados al deudor, víctima inocente de ellos:

<sup>1</sup> Artículo 1,459, Código Civil de 1,884.

2.<sup>o</sup> La fuerza mayor ó el caso fortuito, porque entonces no es imputable al deudor la falta de cumplimiento de la obligación, y por consiguiente, tampoco se le pueden imputar los daños y perjuicios provenientes de ella.

Así, pues, podemos establecer que la falta del cumplimiento del contrato puede provenir de las causas siguientes:

1.<sup>o</sup> Del dolo ó mala fe del deudor:

2.<sup>o</sup> De culpa de éste:

3.<sup>o</sup> De caso fortuito ó fuerza mayor:

4.<sup>o</sup> De hecho del acreedor.

Habiendo expresado que no es imputable al deudor la falta de cumplimiento del contrato en este último caso, y por qué motivo, vamos á ocuparnos solamente del estudio de los demás.

Hay dolo cuando uno de los contratantes no ejecuta ó retarda la ejecución del contrato, con el propósito deliberado de dañar al otro.

Hay mala fe, cuando sin tener precisamente propósito de dañar, falta el deudor al cumplimiento de sus obligaciones para procurarse un beneficio mayor. Por ejemplo; cuando el vendedor de una cosa deja de entregarla por haberla vendido por segunda vez á un comprador que dió mayor precio que el primero.

Hay culpa de parte del deudor cuando no cumple la obligación que contrajo, sin que haya un acontecimiento que no le sea imputable y que le pueda servir de excusa legítima.

La mala fe y el dolo se equiparan, la responsabilidad que producen tiene lugar en todos los contratos, y es nulo el pacto en que se renuncia para lo futuro el derecho de exigir la responsabilidad que proviene de aquél; pues como dice la ley 5, tít. 10, Partida 5.<sup>o</sup> tal pacto no vale ni debe ser guardado; "Ca los pleytos que dan carrera á los omes para facer engaño, non deven valer;" esto es, que son contrarios á las buenas costumbres é invitan á delinquir. (Arts. 1,576 y 1,577, Cód. civ), <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,460 y 1,461, Código Civil de 1884.

En cuanto al caso fortuito ó fuerza mayor, no produce responsabilidad alguna contra el contratante, que por él no cumpliera la obligación, si no ha contribuido de ninguna manera á que tuviera lugar. (Art. 1,575, Código Civil).

El Código Civil no define qué se entiende por caso fortuito, y por lo mismo, tenemos que recurrir á la definición que daban las leyes del derecho Romano y de las Partidas, diciendo que es *todo acontecimiento que no puede preverse, ó que previsto no puede evitarse*.<sup>1</sup>

*"Casum fortuitum defimus oume quod humano captu praevideri non potest, nec cui praeviso potest resisti."*

Siempre ha empleado la ley las palabras *fuerza mayor* y *caso fortuito* como sinónimas y expresando una misma idea; pero los jurisconsultos han distinguido, diciendo que la frase *fuerza mayor* implica la idea de un accidente que debe su origen á la naturaleza, y el *caso fortuito* expresa la de un hecho debido al hombre.

Por ejemplo; las inundaciones, el fuego del cielo, los terremotos, las tempestades, las enfermedades, la muerte, etc., son causas de fuerza mayor; y la guerra, el robo, la violencia, etc., constituyen los casos fortuitos.

La fuerza mayor ó caso fortuito son causas enteramente extrañas al deudor, y por lo mismo, no le son imputables ni le obligan á la indemnización de los daños y perjuicios, sino cuando ha dado motivo ó ha contribuido á ellas, y cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad. (Artículo 1,578, Código Civil).<sup>2</sup>

Por ejemplo; pereció en poder del deudor, á causa de una enfermedad, el animal objeto de la obligación. Este accidente es efecto de un caso fortuito que exime á aquél de toda responsabilidad; pero si esa enfermedad se produjo por una imprudencia del deudor, es responsable de los daños y perjuicios.

<sup>1</sup> Leyes 18, párrafo inicial, tít. 6, lib. 13, D., y 11, tít. 33, Part. 7.<sup>ª</sup>

<sup>2</sup> Artículo 1,462, Código Civil de 1884.

Establecidos estos principios, veamos en qué consiste la responsabilidad en que incurre el coutrayente que falta en la sustancia ó en el modo al cumplimiento del contrato.

El art. 1,579 declara expresamente, que la responsabilidad civil, además de importar la devolución de la cosa ó su precio, ó la de entreambos en su caso, importa la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.<sup>1</sup>

Se entiende por daño la pérdida ó menoscabo que el contratante ha sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de la obligación; y por perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse tenido por el cumplimiento de la obligación. (Artículos 1,580 y 1,581, Código Civil).<sup>2</sup>

Estas definiciones están tomadas de los preceptos de las legislaciones Romana y de las Partidas, que sirvieron de base á los jurisconsultos para llamar á los daños y perjuicios *daño emergente* y *lucro cesante*, términos que se usan aún con frecuencia en el lenguaje técnico del derecho.<sup>3</sup>

También han distinguido los jurisconsultos dos especies de daños y perjuicios; unos provenientes de la falta absoluta del cumplimiento del contrato, y otros causados por el retardo ó la demora en la ejecución de la obligación.

Los primeros, que representan para el acreedor el cumplimiento del contrato, son designados con el nombre de *compensatorios*; y los segundos, que son llamados *moratorios*, representan la indemnización del mal causado por la demora, y se acumulan á la ejecución de la obligación.

Pero ambas especies están sujetas á las mismas reglas, sin más diferencia, que los daños y perjuicios compensatorios no se deben sino en el caso en que sea imposible el cumplimiento de la obligación, pues ya hemos dicho que sólo en tal caso es lícito cambiar el objeto de ésta, mientras que

<sup>1</sup> Artículo 1,463 Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,464, y 1,465, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Leyes 13, tít. 8.<sup>º</sup>, lib. 46, D.; 3, tít. 6, Part. 5.<sup>ª</sup> y 1.<sup>ª</sup>, tít. 15, Part. 7.<sup>ª</sup>



los moratorios se deben por el hecho sólo de que haya habido demora y que ésta haya sido perjudicial al acreedor.

El importe de los daños y perjuicios se fija:

- 1.º Por la ley;
- 2.º Por contrato;
- 3.º Por el juicio de peritos.

Se fija por la ley, respecto de las obligaciones que consisten en la prestación de determinada cantidad de dinero; pues según el art. 1,567 del Código Civil, los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento del contrato no pueden exceder del interés legal, salvo convenio en contrario; y según el art. 1,598, cuando en un contrato no se hubiere fijado algún interés, si por la sentencia debiere pagarse alguno, su tasa debe ser el seis por ciento anual.<sup>1</sup>

Señalando la ley una tasa á la indemnización, ha querido reprimir punibles abusos á que daría lugar una amplia libertad para imputar al deudor moroso perjuicios y menoscabos, difíciles de estimar de una manera equitativa.

En efecto: el dinero se emplea en usos muy variados, cuyo resultado es muy difícil de apreciar por los tribunales, que tendrían que hacer su estimación de una manera arbitraria por falta absoluta de datos; porque es imposible saber si el acreedor habría empleado de una manera útil y lucrativa el dinero debido, si se le hubiera entregado en su oportunidad, si lo habría disipado, ó conservado improductivo.

Esta tasa legal es igualmente aplicable á los contratos civiles y á los mercantiles, pues el artículo 362 del Código de Comercio declara, que los deudores que demoren el pago de sus deudas, deben satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, ó en su defecto, el seis por ciento anual.

La tasa legal constituye también una excepción de las reglas que rigen respecto de la indemnización de los daños

<sup>1</sup> Artículos 1,461 y 1,462, Código Civil de 1884.

y perjuicios cuando se trata de obligaciones que no tienen por objeto una cantidad de dinero, la cual produce notables diferencias, que procuraremos marcar en su oportunidad.

En los demás contratos que no tienen por objeto una prestación de dinero, su naturaleza misma indica la especie de indemnización que se debe por falta de cumplimiento de la obligación.

Por ejemplo; el arquitecto que se obligó á construir un edificio, el cual se desploma después á causa de los vicios de una mala construcción, ha debido conocer la mala calidad de los materiales que empleó, y preveer que el edificio se podría venir abajo y causar pérdidas al propietario, obligándole á alquilar otra habitación y á perder los alquileres de las demás dependencias de aquél.

En tal caso y en otros semejantes, la obligación está perfectamente relacionada con los daños, determinados por la naturaleza misma de ella, aunque sean indefinidos por su estimación.

El arquitecto ha debido preveer que podrían ser la consecuencia de su falta en el cumplimiento del contrato, y por lo mismo, que estaban comprendidos en la obligación; porque los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fe, al uso ó á la ley. (Art. 1,392, Código Civil).<sup>1</sup>

De la diferencia que ésta establece entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación de dinero y las demás, proviene la circunstancia notable de que en los contratos bilaterales, aunque son recíprocas las obligaciones de los contratantes, no son semejantes en su naturaleza, ni iguales en sus accesorios; y que mientras que la obligación de uno por la demora se reduce al pago del interés legal, la del otro es indefinida y se extiende á la indemnización de los daños y perjuicios, mucho más considerable,

<sup>1</sup> Artículo 1,276, Código Civil de 1884. Véase la nota 11 pág. 14.

En la venta, por ejemplo, el vendedor está obligado á entregar la cosa vendida con las cualidades estipuladas, pero si no cumple esta obligación, ó tiene lugar la evicción, es responsable de los daños y perjuicios que causare, aunque su estimación sea incierta.

Pero si el comprador deja de cumplir el contrato, sólo estará obligado á pagar el interés legal del precio, durante el tiempo que lo retuviere, por vía de indemnización de los daños y perjuicios que hubiere causado la demora.

El importe de los daños y perjuicios se fija por el contrato cuando los contrayentes se obligan á cierta prestación como pena, para el caso de falta de cumplimiento del contrato, y tiene por objeto señalar de antemano y compensar el importe de los daños y perjuicios que por tal circunstancia se le siguen al acreedor.

Este convenio agregado á los contratos para hacer más eficaz su cumplimiento, autorizado por el art. 1,428 del Código Civil, se llama, como hemos dicho ya, cláusula penal, así como por el art. 1,588 que declara, que la responsabilidad civil puede ser regulada por el convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa. <sup>1</sup>

Como hemos explicado extensamente las condiciones esenciales de existencia y validez de ella, las circunstancias que la caracterizan y distinguen, así como sus efectos jurídicos, consagrándole el artículo V de la lección 1.<sup>a</sup> de este tratado, nos abstenemos de hacer nuevas explicaciones para no incurrir en una inútil repetición, y nos limitamos á remitir á nuestros lectores á dicho artículo.

Cuando el importe de los daños y perjuicios no se fija por la ley ó por el contrato, se estima por los tribunales, mediante el juicio de peritos, pero entonces hay que considerar:

<sup>1</sup> Artículos 1,311, y 1,472. Código Civil de 1884.

- 1.º El hecho que motiva la demanda:
- 2.º La imputación del hecho:
- 3.º Los daños y perjuicios que ha ocasionado:
- 4.º La medida ó extensión de estos.

El hecho que motiva la demanda es la falta de cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, la cual debe demostrarse plenamente por los medios probatorios que la ley reconoce.

En cuanto á la imputación del hecho es absolutamente indispensable examinar si el deudor que faltó al cumplimiento del contrato, de cualquiera manera que sea, obró con dolo ó mala fe, si hay culpa de su parte, ó si su conducta ha sido el efecto de fuerza mayor ó caso fortuito. En una palabra, es preciso examinar si el deudor no está asistido de excusas legítimas que le eximan de la responsabilidad civil.

A la vez es preciso examinar si el hecho imputado causó en realidad los daños y perjuicios demandados; porque un hecho produce muchos acontecimientos que ocasionan daños de diversas especies, de los cuales, unos son consecuencia inmediata y directa de él, por cuyo motivo se le debe considerar como la causa esencial y precisa de ellos, y otros que son consecuencia mediata ó remota de ese hecho.

Los daños de esta especie, provenientes de causas independientes del hecho, y que, sin embargo, son consecuencias de él, considerado como causa remota, no son de ninguna manera imputables al deudor.

El hecho sólo de la falta de cumplimiento del contrato, de cualquiera manera que sea, en la sustancia ó en el modo, constituye responsable al contrayente de los daños y perjuicios, á no ser que pruebe que no hubo culpa de su parte. (Artículos 1537, 1555 y 1,575, Código Civil). <sup>1</sup>

Si el deudor no alega excusa legal alguna que le exima

<sup>1</sup> Artículo 1,421, 1,431 y 1,459, Código Civil de 1884.

de la imputación, ó si la alega insuficiente para exculparle, se debe distinguir si ha habido dolo ó mala fe, culpa ó caso fortuito, ó fuerza mayor.

Si ha habido dolo ó mala fe, la indemnización de los daños y perjuicios, aun los imprevistos, se debe en toda su extensión, tanto por la pérdida sufrida por el acreedor, como por la ganancia de que ha sido privado, siempre que uno y otro mal sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del contrato.

Si nada más ha habido culpa, imprudencia, etc., el deudor está obligado solamente á resarcir los daños y perjuicios previstos ó que se han podido preveer.

El dolo y la mala fe son inexcusables en todo caso y de una manera absoluta. Pero las faltas provenientes de ignorancia, negligencia, etc., son excusables en cierto grado, y su calificación queda al prudente arbitrio del juez, según las circunstancias del hecho, del contrato y de las personas, como lo declara el art. 1,563 del Código Civil. Por ejemplo; en un contrato gratuito, sin que resulte para el deudor utilidad alguna de su cumplimiento.

Algunos ejemplos harán más claras y precisas las doctrinas expuestas.

Si un individuo vende ó otro un edificio, y hay lugar á la evicción, el vendedor de buena fe está obligado á reembolsar al comprador el precio íntegro que recibió por la cosa, los gastos causados en el contrato, si fueron satisfechos por éste, los causados en el litigio y el valor de las mejoras útiles y necesarias. (Art. 1,612, Código Civil).<sup>1</sup>

Pero si el vendedor procedió de mala fe, tiene las mismas obligaciones que el anterior, con las agravaciones siguientes: devolverá, á elección del adquirente, el precio que tenía la cosa al tiempo de la adquisición ó el que tenga al tiempo en que sufra la evicción; pagará el importe de las mejoras

<sup>1</sup> Artículo 1,497, Código Civil de 1884.

voluntarias y de mero placer, y los daños y perjuicios. (Artículo 1,613, Código Civil).<sup>1</sup>

Pothier sostiene la misma teoría, como todos los autores, y propone los ejemplos siguientes, que la hacen más clara y perceptible:<sup>2</sup>

“Si he alquilado por diez y ocho años una casa, que creía de buena fe que me pertenecía; y después de diez ó doce tiene lugar la evicción por el propietario, estaré obligado á pagar los daños y perjuicios á mi inquilino, provenientes de los gastos que haya erogado para mudarse, y el exceso del precio del alquiler de la casa que hubiere tenido que arrendar, durante el tiempo que faltaba para concluir el arrendamiento, porque estos daños y perjuicios tienen una relación directa y próxima con el objeto de mi obligación, y los sufre el inquilino *propter rem ipsam non habitam*.”

“Pero si el inquilino establece durante el arrendamiento un comercio en la casa que le arrendé, y por haberse mudado pierde algunos parroquianos y sufre algún quebranto en su comercio, no estaré obligado por este menoscabo extraño, y que no se ha previsto al celebrarse el contrato.”

“Con mayor razón, si al mudarse se han roto algunos muebles preciosos á mi inquilino, no estaría yo obligado por este daño, porque la impericia de las personas de que se sirvió es la que lo ha causado, y no la evicción que sufrió, que es la ocasión de él.”

Esta teoría no es arbitraria, pues está fundada en los preceptos del derecho Romano que establecen los mismos principios que hemos expuesto. Entre otros nos pueden servir de ejemplo las leyes 13 y 21, párrafo 3, tít. 1<sup>o</sup>, lib. 19 del Digesto, en la segunda de las cuales se expresa el jurisculto Paulo en los términos siguientes: “Compré trigo, y por no haberseme entregado, murieron de hambre mis esclavos no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el mayor

<sup>1</sup> Artículo 1,498, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Des Obligations, número 161.

que tuvo el trigo desde que debió serme entregado; porque esta mayor utilidad *circa rem ipsam consistit*,<sup>1</sup> y su pérdida es consecuencia inmediata del contrato, mientras que la muerte de los esclavos es accidental y pudo evitarse.»

Esa misma teoría, que tiene por principal fundamento la consideración de que sería injusto imponer al deudor una responsabilidad que no podía preveer en el momento de obligarse, y de que debe exigírsele el cumplimiento de todas las obligaciones que debía considerar como contenidas en el contrato voluntariamente contraído, ha encontrado sanción en el art. 1,582 del Código Civil que previene, que para que sean imputables los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado ó que necesariamente deban de causarse.<sup>2</sup>

En cuanto á la extensión ó medida de los daños y perjuicios, fácil es comprender que depende de las pruebas producidas por el contrayente que los sufre, y que es obligatorio para los tribunales fijar su cuantía al decidir las controversias de que conozcan con motivo de ellos, teniendo en cuenta esas pruebas, entre las que merece preferencia la pericial, que la naturaleza del negocio demande.

Establecidos estos precedentes, conviene hacer notar las diferencias que, según hemos dicho, existen entre la obligación del deudor de reparar los daños y perjuicios cuando se trata de un contrato que tiene por objeto determinada cantidad de dinero, y la que reporta cuando el contrato versa sobre otra clase de prestaciones.

En primer lugar debemos advertir, que la tasa del interés al seis por ciento anual de la cantidad sobre que versa el contrato, recibe excepción en los contratos de fianza y sociedad, cuando el fiador paga por el deudor y cuando el socio no entrega la cantidad de dinero á que se obligó.

1 Esta locución empleada por los jurisconsultos, expresa que los daños son una consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento del contrato.

2 Artículo 1,466, Código Civil de 1884.

En efecto: el art. 1,862 del Código Civil declara que el fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste:<sup>1</sup>

1.º De la deuda principal:

2.º De los intereses respectivos desde que haya noticiado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato á pagarlos:

3.º De los gastos que haya hecho desde que dió noticia al deudor de haber sido requerido de pago:

4.º De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

Y el art. 2,399 declara también, que el socio que no entregare á la sociedad la suma de dinero á que se hubiere obligado, será responsable de los intereses ó réditos, desde la fecha en que debió hacer la prestación, y además de los daños y perjuicios, si procediere con culpa ó dolo.<sup>2</sup>

En ambos casos de excepción, el deudor de una prestación pecuniaria está obligado á pagar los intereses de la cantidad debida, al tipo legal, y además á satisfacer los daños y perjuicios que por su causa sufiere el acreedor.

Al ocuparnos, en su oportunidad, del estudio de los contratos de fianza y sociedad, expresaremos con la extensión debida la razón en que se funda la ley para establecer estas excepciones á la regla general que ordena, que en las prestaciones de determinada cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento del contrato, no pueden exceder del interés legal.

Dos son las diferencias á que aludimos, provenientes de la naturaleza peculiar que afecta la obligación que versa sobre determinada cantidad de dinero, á causa de la excepción que la ley establece, limitando el importe de los daños y perjuicios, que provienen de la falta de cumplimiento del contrato.

1 Artículo 1,746, Código Civil de 1884.

2 Artículo 2,267, Código Civil de 1884.

La primera consiste en que, según las reglas generales de cuyo estudio nos hemos ocupado, el importe de los daños y perjuicios varía según la entidad de los males que se le hubieren causado al acreedor por la falta de cumplimiento del contrato; mientras que cuando ésta recae sobre una obligación que versa sobre una cantidad de dinero, el importe de la indemnización no puede exceder del interés legal, cualquiera que sea la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

La segunda consiste en que, según aquellas reglas, el acreedor sólo puede obtener la indemnización demostrando que la falta de cumplimiento del contrato le ha causado perjuicios, y acreditando la cuantía de ellos; mientras que, por el contrario, la ley exime al acreedor de esa obligación cuando el contrato tiene por objeto una prestación de dinero, pues le otorga derecho para exigir el pago del interés al seis por ciento anual de la cantidad debida, sin que tenga que acreditar que ha sufrido algún perjuicio y su importe.

De manera que para conseguir el pago del interés legal de la cantidad debida, le basta acreditar que el deudor no ha cumplido la obligación, ó que no la ha satisfecho en su oportunidad.

Por regla general, la pérdida de la cosa produce necesariamente la extinción de la obligación, porque entonces se encuentra el deudor en la imposibilidad absoluta de entregar la cosa sobre que versa el contrato; y es sabido el principio jurídico que dice: "*Impossibitium nulla obligatio*,"

Pero este efecto se produce solamente cuando la pérdida de la cosa es inculpable de parte del deudor, cuando se produce por efecto de caso fortuito ó fuerza mayor que de ninguna manera le son imputables; pues siéndolo, se convierte la obligación en el pago del precio de la cosa y de los daños y perjuicios, porque no es justo librar al deudor de ella, con perjuicio del acreedor, porque sería tanto como otorgar un premio á su conducta inmoral y reprehensible.

Por este motivo, ordena el art. 1,583 del Código que, si la cosa se ha perdido, ó ha sufrido un deterioro tan grave que á juicio de peritos no pueda emplearse en el uso á que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella. <sup>1</sup>

Pero si la pérdida fuere parcial ó el deterioro menos grave, el deudor está obligado solamente á abonar al dueño de la cosa, al tiempo de restituirla, el importe de aquél. (Artículo 1,584, Código Civil). <sup>2</sup>

La indemnización, como puede comprenderse, no se hace de una manera arbitraria, sino de modo que el deudor satisfaga en cuanto sea posible su obligación, entregando el equivalente de la cosa debida, y que el acreedor obtenga idéntico resultado al que tendría si hubiera recibido la cosa en su oportunidad y la hubiera vendido.

Fundado en esta consideración de equidad y de justicia, establece el Código Civil las tres reglas siguientes para fijar el importe de la indemnización:

1.º El precio de la cosa debe ser el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño; excepto en los casos en que la ley ó el pacto señalen otra época (Artículo 1,585 del Código Civil): <sup>3</sup>

2.º Para estimar el deterioro de la cosa, se debe tener en cuenta no sólo la disminución que él cause en el precio absoluto de ella, sino á los gastos que necesariamente exija la reparación (Art. 1,586, Código Civil): <sup>4</sup>

3.º Para fijar el valor y el deterioro de la cosa, no se debe atender al precio estimativo ó de afección, á no ser que se pruebe que el responsable destruyó ó deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; pero el aumento que por estas causas se haga, no puede exceder

1 Artículo 1,467, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,468, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,469, Código Civil de 1884.

4 Artículo 1,470, Código Civil, de 1884.

de una tercera parte del valor común de la cosa (Artículo 1,587, Código Civil).<sup>1</sup>

Las tres reglas que acabamos de exponer han sido sancionadas también por los artículos 315 á 317 del Código Penal, relativos á la responsabilidad civil proveniente de los delitos intencionales, de culpa y de las faltas, castigados por la ley; y fácil es comprender que en la tercera de esas reglas no sólo se ha querido por el legislador que la persona perjudicada sea indemnizada de una manera justa y equitativa de los daños y perjuicios que hubiere sufrido, sino que además sufra el deudor ó el culpable una pena por su propósito inmoral de lastimar en su afección al dueño ó al ofendido.

Pero la imposición de esa pena deja al prudente arbitrio del juez la estimación de las circunstancias que concurran en la persona del deudor ó del culpable, para aumentar el precio común de la cosa hasta una tercera parte más. Esto es, la mencionada regla no impone á los jueces la obligación de aumentar siempre y en todo caso la tercera parte del valor común de la cosa, sino que señala esa cantidad como el límite extremo hasta donde pueden llegar aquellos en la agravación de la indemnización de los daños y perjuicios.

La responsabilidad civil, cuyos efectos jurídicos hemos venido estudiando, no sólo comprende los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento de los contratos, pues ya hemos dicho que el art. 1,574 del Código Civil reconoce también como causas de ella los actos y omisiones que están expresamente sujetos á la indemnización por la ley; y tales actos son los delitos intencionales, los de culpa, llamados antiguamente *cuasi delitos*, y las faltas.<sup>2</sup>

Parecerá enteramente extraño que el Código Civil se ocupe de la responsabilidad resultante de los actos punibles, que debiera ser materia del Código Penal; pero esa responsabilidad, aunque producida necesariamente por la comisión de

<sup>1</sup> Artículo 1,471, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,458, Código Civil de 1884.

tales actos, jamás va incluida en la acción pública, de manera que no se hace efectiva por los jueces ó por el Ministerio Público, sino que tiene el carácter de meramente civil y privada, que se ejercita por los ofendidos en la forma que señala el Código de Procedimientos civiles. Además, el Código Civil establece solamente reglas generales, complementarias de las sancionadas por el Penal, para suplir los defectos que en ellas pudiera haber, pero sólo en cuanto se refiere á una acción meramente civil.

Antes de exponer esas reglas conviene hacer, siquiera sea brevemente, algunas explicaciones que juzgamos indispensables, comenzando por definir los delitos intencionales, de culpa y las faltas.

Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe ó dejando de hacer lo que manda (Art. 4.º Cód. Pen).

Hay delitos intencionales y de culpa.

Es de delito intencional el que se comete con conocimiento de que el hecho ó la omisión en que consiste son punibles: y es de culpa, cuando se ejecuta un hecho ó se incurre en una omisión, que aunque lícitos en sí no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no las evita por previsión, por negligencia, por falta de reflexión y de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias, ó por impericia en un arte ó ciencia, cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño.

Hay también delito de culpa en el exceso en la legítima defensa, ó cuando se infringe la ley penal hallándose el reo en estado de embriaguez completa, si éste tiene el hábito de embriagarse, y ha delinquido antes en ese estado, y cuando se trata de un hecho punible sólo por las circunstancias en que se ejecuta, ó por alguna personal del ofendido, si el culpable las ignora, por no haber practicado previamente las in-

vestigaciones que el deber de su profesión ó la importancia del caso exigen (Arts. 6, 7 y 11 Cód. Pen).

Falta es la infracción de los reglamentos ó bandos de policía ó buen gobierno (Art. 5, Cód. Pen).

Las definiciones que preceden nos hacen conocer que hay una diferencia radical entre los delitos intencionales y de culpa, pues aun cuando ambos convienen en que causan daño y son punibles, se distinguen en que los primeros se ejecutan por el agente con la intención deliberada de dañar, y los segundos no son el efecto de una intención dolosa sino de la imprudencia, la impericia, la negligencia etc. de su autor.

Sin embargo, como una y otra especie de estos delitos producen daños, obligan á los culpables á la debida reparación, pues á la vez engendran dos acciones, la pública que tiene por objeto el castigo de aquellos y la privada que compete á las víctimas para hacer efectiva la responsabilidad civil.

Esta consiste, según el artículo 301 del Código Penal, en la obligación que tiene el responsable de hacer:

- 1.º La restitución:
- 2.º La reparación:
- 3.º La indemnización:
- 4.º El pago de gastos judiciales.

El Código Penal no define realmente que se entiende por responsabilidad civil, sino que se limita sólo á expresar en qué consiste, ó más bien dicho, los efectos que se alcanzan por ella.

Por tal motivo, tomamos la siguiente definición que da Sourdat en su monografía sobre la responsabilidad proveniente de los delitos:

“Se entiende por responsabilidad la obligación de reparar el perjuicio resultante de un hecho de que alguno es autor directo ó indirecto.”

El mismo autor dice en seguida: “Decimos el autor directo ó indirecto, porque no sólo se responde de los hechos

personales, sino también de los ejecutados por otro en los casos previstos por la ley, y aun del daño causado por las cosas que están bajo nuestra guarda.”

Es cierto que la ley y la justicia exigen que los delitos y las consecuencias de ellos sean solamente imputables á las personas que los cometen, pero también lo es que ciertas personas están obligadas á velar sobre la conducta de aquellas que les son subordinadas, y á impedir los daños que la malicia ó la inexperiencia de ellas pueda causar; por cuyo motivo las considera la ley como responsables de negligencia ó de imprudencia en el cumplimiento de ese deber, si sus subordinados delinquen; y declara, que la responsabilidad que proviene de hecho ajeno se rige por las disposiciones del Código civil, y á falta de ellas, por las relativas del Código Penal (Art. 1597, Cód. civ).<sup>1</sup>

La indemnización por el daño causado por las cosas que están bajo nuestra guarda, se funda en una consideración semejante, porque estamos obligados á velar para que no causen perjuicios á los demás hombres; y es justo que, si los producen, se nos imputen, porque suponen negligencia ó culpa de nuestra parte.

El Código Penal establece en el libro segundo las reglas que rigen tan importante materia, fundadas en los mismos principios que hemos expuesto, y en algunos de sus preceptos declara, que la indemnización se debe hacer en los términos que establece el Código civil.

Por ejemplo; el artículo 342 dice: que cuando se cause un daño por librar de otro á una comarca ó á una población entera, la población ó poblaciones que se libren del daño, indemnizarán el causado, en los términos que establece el Código civil.

Y complementando éste á aquél, declara en el artículo 1591, que sí para salvar una población se causa daño á uno

<sup>1</sup> Artículo 1,481, Código Civil de 1,884.

ó varios individuos, ó se ocupa su propiedad, la indemnización se debe hacer en los términos que establezca la ley orgánica del artículo 27 de la Constitución. <sup>1</sup>

En los preceptos mencionados no se hace otra cosa que sancionar el respeto que la Constitución otorga al derecho de propiedad, prohibiendo que pueda ser ocupada sin el consentimiento de los propietarios, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización.

Ya hemos dicho en la lección 3.<sup>a</sup> artículo I. del tomo segundo de esta obra cuáles son los requisitos y la forma en que debe hacerse la expropiación por causa de utilidad pública, á cuyo estudio remitimos á nuestros lectores.

El Código Penal señala entre las faltas, en los artículos 1,148 y siguientes el daño causado por los animales y por la ruina de los edificios, proveniente de negligencia de los dueños de ellos, y en el artículo 343 declara, que es responsable del daño y los perjuicios que cause un animal ó una cosa, la persona que se esté sirviendo de aquél ó de ésta al causarse el daño; á no ser que acredite que no tuvo la culpa.

El Código civil en perfecta armonía con esos preceptos declara, que el daño causado por los animales se rige por lo dispuesto en el Código Penal; y que el dueño de un edificio es responsable del daño que cause la ruina de éste, si depende de descuido en la reparación ó defectos de construcción, en cuyo caso, le queda á salvo su derecho contra el arquitecto en los términos del artículo 2,604 del mismo Código (Art. 1,592, 1,593 y 1,595). <sup>2</sup>

Esa misma obligación comprende también los daños causados por la caída parcial de algún edificio, de árboles ó de cualquiera otro objeto de propiedad particular: los que provengan de descomposición de canales y presas; los que se causen en la construcción y reparación de edificios; y los que sean resultado de cualquier acto lícito en sí mismo, pero en

<sup>1</sup> Artículo 1,475, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,480, 1,476, y 1,477 Código Civil de 1884.

cuya ejecución haya habido culpa ó negligencia (Art. 1,594 Cód. civ). <sup>1</sup>

Finalmente: hay también lugar á la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas, ó por aglomeración de materias ó animales nocivos á la salud, ó por cualquiera otra causa que realmente perjudique á los vecinos. Y tanto en esta materia como en la que antes nos ha ocupado se deben observar los reglamentos administrativos en todo aquello en que no fueren contrarios á las disposiciones del Código civil (Arts. 1,595 y 1,603). <sup>2</sup>

La responsabilidad civil sólo puede exigirse por la persona que tiene derecho de pedir el cumplimiento del contrato y por aquel á cuyo favor la establece la ley; ó lo que es lo mismo, por el contrayente cuyos derechos han sido burlados, por las víctimas de los delitos y faltas, y por las personas que legalmente los representen (Art. 1,589, Cód. civ. y 326 Cód. Pen). <sup>3</sup>

Son responsables de los daños y perjuicios, ó más bien dicho, incurren en la responsabilidad civil, según hemos manifestado, los contrayentes que faltan al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, y los infractores de las leyes penales y de los bandos de policía y buen gobierno; pero cuando son varias las personas civilmente responsables, se rige su responsabilidad por las reglas relativas á las obligaciones mancomunadas, si fueren de esta especie las que sirven de fundamento al contrato; y en caso contrario, cada uno responde por su parte (Art. 1,590 Cód. civ). <sup>4</sup>

Cuando son varias las personas que incurren en la respon-

<sup>1</sup> Art. 1,478, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,479 y 1,487, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,473 Código Civil de 1884.

<sup>4</sup> Artículo 1,474, Código Civil de 1884.



sabilidad civil á causade un mismo delito, cada una de ellas está obligada por el monto total de ella; y el demandante, puede exigirla de todos mancomunadamente, ó de quien más le convenga. Pero si no demandare á todos, pueden los que pagan, repetir de los otros la parte que deban satisfacer con arreglo á las cuotas que al imponer la pena se ñale el juez de lo criminal proporcionalmente á ésta (Art. 350 y 351 Cód. Pen).

La responsabilidad civil se extingue por prescripción, y en el mismo tiempo que la obligación cuya falta de cumplimiento la produce; y en tres años se prescribe la que nace del daño causado por personas ó animales ó por cosas que están bajo la guarda de alguno, cuyo plazo corre desde el día en que se causó el daño (Art. 1,600, 1,601, 1,204, fracción 8.<sup>a</sup> y 1,211 Cód. civ).<sup>1</sup>

Para concluir, debemos recordar que el importe de los gastos judiciales erogados para exigir la responsabilidad civil, forman parte de ella, y por lo mismo, su pago es á cargo del que falta al cumplimiento de la obligación ó del autor del delito ó falta, cuyo pago debe hacerse en los términos que prescribe el Código de Procedimientos y el artículo 307 del Penal. (Art. 1,599 Cód. civ).<sup>2</sup>

También debemos advertir, que los preceptos y las reglas cuyo estudio hemos hecho en este artículo se deben observar solamente en los casos que no estén comprendidos en algún precepto especial del Código civil (Art. 1,602).<sup>3</sup>

## V DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

### De la evicción y saneamiento.

La propiedad impone al vendedor no sólo el deber de en-

1 Artículos 1,481 y 1,485, y 1,005, fracción 8.<sup>a</sup> y 1,102, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,483, del Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,486, Código Civil de 1,884.

tregar la cosa objeto del contrato, sino también el de garantizar la propiedad y la posesión pacífica del comprador y á prestar la evicción en los términos que establece la ley.

"Evicción, dice Escriche, es la recuperación que uno hace judicialmente de una cosa propia que otro poseía con justo título; ó bien el despojo jurídico que uno sufre de una cosa que justamente había adquirido; ó sea el abandono forzoso que el poseedor de una cosa tiene que hacer de ella en todo ó en parte por virtud de una sentencia que á ello lo condena: *evincere est aliquid vincendo auferre*. Llámase también *evicción* la sentencia que ordena el abandono y anula la demanda que se pone para obtenerlo."<sup>1</sup>

Aunque en una forma inadecuada da el artículo 1,604 del Código civil una definición idéntica, diciendo que hay evicción cuando el que adquirió una cosa, es privado de todo ó de parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior á la adquisición.<sup>2</sup>

El ejercicio del derecho de evicción consta de tres partes, el acto de evicción, la acción de evicción y la prestación de evicción y saneamiento.<sup>3</sup>

El acto de evicción compete al propietario de una cosa, que habiendo pasado sin su consentimiento á poder de otro, que la adquirió á título oneroso, pide en juicio que se le devuelva.

La acción de evicción corresponde al que poseía la cosa, ó más bien dicho, es el derecho que la ley otorga al comprador á quien se le privó en virtud de sentencia ejecutoria de la cosa que había adquirido, para reclamar al que se la vendió el precio de ella y la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

La obligación de prestar la evicción corresponde al que sin ser dueño de la cosa la enajenó recibiendo su valor; y

1 Diccionario vervo «Evicción.»

2 Artículos 1,488, Código Civil de 1884.

3 Gutiérrez Fernández, tomo IV pág. 302; Viso tomo III pág. 287.

sabilidad civil á causade un mismo delito, cada una de ellas está obligada por el monto total de ella; y el demandante, puede exigirla de todos mancomunadamente, ó de quien más le convenga. Pero si no demandare á todos, pueden los que pagan, repetir de los otros la parte que deban satisfacer con arreglo á las cuotas que al imponer la pena se ñale el juez de lo criminal proporcionalmente á ésta (Art. 350 y 351 Cód. Pen).

La responsabilidad civil se extingue por prescripción, y en el mismo tiempo que la obligación cuya falta de cumplimiento la produce; y en tres años se prescribe la que nace del daño causado por personas ó animales ó por cosas que están bajo la guarda de alguno, cuyo plazo corre desde el día en que se causó el daño (Art. 1,600, 1,601, 1,204, fracción 8.<sup>a</sup> y 1,211 Cód. civ).<sup>1</sup>

Para concluir, debemos recordar que el importe de los gastos judiciales erogados para exigir la responsabilidad civil, forman parte de ella, y por lo mismo, su pago es á cargo del que falta al cumplimiento de la obligación ó del autor del delito ó falta, cuyo pago debe hacerse en los términos que prescribe el Código de Procedimientos y el artículo 307 del Penal. (Art. 1,599 Cód. civ).<sup>2</sup>

También debemos advertir, que los preceptos y las reglas cuyo estudio hemos hecho en este artículo se deben observar solamente en los casos que no estén comprendidos en algún precepto especial del Código civil (Art. 1,602).<sup>3</sup>

## V DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

### De la evicción y saneamiento.

La propiedad impone al vendedor no sólo el deber de en-

1 Artículos 1,481 y 1,485, y 1,005, fracción 8.<sup>a</sup> y 1,102, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,483, del Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,486, Código Civil de 1,884.

tregar la cosa objeto del contrato, sino también el de garantizar la propiedad y la posesión pacífica del comprador y á prestar la evicción en los términos que establece la ley.

“Evicción, dice Escriche, es la recuperación que uno hace judicialmente de una cosa propia que otro poseía con justo título; ó bien el despojo jurídico que uno sufre de una cosa que justamente había adquirido; ó sea el abandono forzoso que el poseedor de una cosa tiene que hacer de ella en todo ó en parte por virtud de una sentencia que á ello lo condena: *evincere est aliquid vincendo auferre*. Llámase también *evicción* la sentencia que ordena el abandono y anula la demanda que se pone para obtenerlo.”<sup>1</sup>

Aunque en una forma inadecuada da el artículo 1,604 del Código civil una definición idéntica, diciendo que hay evicción cuando el que adquirió una cosa, es privado de todo ó de parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior á la adquisición.<sup>2</sup>

El ejercicio del derecho de evicción consta de tres partes, el acto de evicción, la acción de evicción y la prestación de evicción y saneamiento.<sup>3</sup>

El acto de evicción compete al propietario de una cosa, que habiendo pasado sin su consentimiento á poder de otro, que la adquirió á título oneroso, pide en juicio que se le devuelva.

La acción de evicción corresponde al que poseía la cosa, ó más bien dicho, es el derecho que la ley otorga al comprador á quien se le privó en virtud de sentencia ejecutoria de la cosa que había adquirido, para reclamar al que se la vendió el precio de ella y la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

La obligación de prestar la evicción corresponde al que sin ser dueño de la cosa la enajenó recibiendo su valor; y

1 Diccionario vervo «Evicción.»

2 Artículos 1,488, Código Civil de 1884.

3 Gutiérrez Fernández, tomo IV pág. 302; Viso tomo III pág. 287.

consiste en la restitución de éste y en el abono de los daños y perjuicios sufridos por el comprador.

Esta obligación es la que se designa en el tecnicismo del derecho con el nombre de *saneamiento*.

Las definiciones que preceden nos hacen conocer la enorme diferencia que existe entre la evicción y el saneamiento, y por tanto, el error en que incurren aquellos que suponen que una y otro son una misma cosa.

Todo el que enajena está obligado á responder de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato; de manera que esa obligación constituye una circunstancia natural de todos los contratos traslativos de la propiedad, y no es necesario para que el que vende ó enajena quede obligado, que haya una estipulación expresa de parte del otro contratante (Artículo 1,605, Código Civil).<sup>1</sup>

Pero la ley no impone á los contrayentes una obligación ineludible sobre esta materia, sino que les deja en absoluta libertad para aumentar ó disminuir convencionalmente los efectos de la evicción y aun convenir en que ésta no se presente en ningún caso: de manera que la ley no hace más que suplir la voluntad presunta de los contrayentes, cuando no la expresan terminantemente ó guardan silencio, declarando que todo el que enajena está obligado á responder de la evicción.

Sin embargo, la ley impone una limitación á la libertad que otorga á los contrayentes para convenir en que no se

<sup>1</sup> Artículo 1,489, Código Civil de 1884.

Como complemento del principio contenido en este precepto, fue adicionado por el artículo 1,490 que dice así:

«Cuando la cosa objeto de la evicción hubiere pertenecido sucesivamente á diversos propietarios, cada uno de éstos está obligado con el inmediato adquirente, y tiene derecho de reclamar el saneamiento al que lo enajenó, todo con arreglo á las disposiciones de este capítulo.»

La inutilidad de este precepto se hace notable, teniendo solamente en consideración que el principio que sanciona está contenido en la regla general del artículo 1,489 que declara, que todo el que enajena está obligado á responder de la evicción, aunque nada se haya expresado.

preste la evicción en ningún caso, declarando nulo el pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte; pues equiparándose ésta al dolo, se autorizaría el fraude y la inmoralidad si se le diera valor legal á ese pacto (Artículo 1,607, Código Civil).<sup>1</sup>

En este caso es nulo el pacto por torpe y contrario á las buenas costumbres. «Sería, como dice Goyena, contra toda justicia tolerar que el vendedor se aprovechase de su fraude; y contra toda razón presumir que el comprador ha querido permitirle que le engañe impunemente.»<sup>2</sup>

La evicción tiene por objeto garantizar la propiedad y la posesión pacífica del contratante á quien se enajenó la cosa, y por lo mismo, no sólo es responsable el vendedor cuando éste es despojado en virtud de sentencia ejecutoria de la propiedad de toda ó de parte de la cosa, sino también cuando se le embaraza y perturba en su posesión; pues generalmente son precursores estos actos de la evicción; y mal puede disfrutar de su propiedad cuando es el objeto de continuas asechanzas (Artículo 3,024, Código Civil).<sup>3</sup>

Pero ya se trate de la propiedad, ya de la posesión, el que enajenó la cosa no está obligado á prestar la evicción, sino cuando ésta se funda en un derecho anterior á la enajenación, pues si en el momento de la celebración del contrato no existía ninguna causa de evicción, el vendedor ha satisfecho su obligación de transmitir la propiedad al comprador; y no puede ser responsable de lo que acontece después, sino en el caso de que aquella provenga de mala fe de parte suya.

La garantía de la evicción impone al que enajena las tres obligaciones siguientes:

<sup>1</sup> Artículo 1,492, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Concordancias, tomo III, página 388.

<sup>3</sup> Artículo 2,891, Código Civil de 1884.

1.º Abstenerse de todo acto que tienda á turbar al adquirente en su posesión:

2.º Proteger á éste contra las tentativas de evicción, tomando á su cargo su defensa:

3.º Indemnizarle de la pérdida y de los perjuicios que sufre cuando su defensa ha sido estéril y se consuma la evicción.

Refiriéndose Baudry Lacantinerie á la primera obligación dice: que el vendedor que turbara al comprador en la posesión de la cosa cuya propiedad le *trasmitió*, tendría una pretensión tan injustificable como la del Magistrado que sostuviera tener derecho para cometer los delitos que está obligado á reprimir, pues precisamente á causa de esta misión está más obligado que ninguna otra persona á abstenerse de delinquir.<sup>1</sup>

La segunda obligación existe siempre que la tentativa de la evicción se funde, como hemos dicho, en una causa ó en un derecho anterior á la enajenación, y además que reciba aviso oportuno del comprador para que pueda emplear los medios de defensa con que contare.

Por ese motivo, declara el artículo 1,610 del Código Civil, que el adquirente debe denunciar el pleito de evicción al que enajenó antes del alegato de su derecho escrito ó verbal que cierra la instancia, si la cuestión fuere simplemente de derecho, ó antes de recibirse el negocio á prueba en los casos en que ésta fuere necesaria.<sup>2</sup>

La justicia de esta exigencia de la ley es perfectamente perceptible, pues si el adquirente no denuncia el pleito de evicción en la debida oportunidad, la notificación sería del todo inútil, porque el que enajenó no podría producir las pruebas ni emplear los medios de defensa que tuviera á su alcance.

El Código Civil no lo declara expresamente, pero de los

1 Tomo III, página 319.

2 Artículo 1,495, Código Civil de 1884.

términos del precepto á que nos hemos referido se infiere, que si el adquirente no denuncia en su oportunidad al que enajenó el pleito de evicción, caduca su derecho y no puede pretender de éste el saneamiento.

Esta consecuencia está sancionada por las leyes 32 y 36, título 5.º, Partida 5.ª, y por la jurisprudencia uniforme y constante de los tribunales.

La tercera obligación de las enumeradas está íntimamente ligada con la segunda, de manera que podemos decir que es la consecuencia lógica y necesaria de ella.

En efecto: el que enajenó la cosa objeto de la evicción reporta una obligación de hacer, que, como sabemos, se resuelve en la indemnización de los daños y perjuicios, porque es imposible obligar á aquél á que preste el hecho que exige un acto enteramente personal de su parte.

Las dos primeras de dichas obligaciones son indivisibles, porque tienen por objeto actos y abstenciones que no son susceptibles de división física ó moralmente; pero la última sí es divisible, porque se puede transformar, en último resultado, en una obligación pecuniaria, la indemnización de los daños y perjuicios.

No es inútil esta observación acerca de la naturaleza de las obligaciones mencionadas, porque nos permite determinar fácilmente sus efectos jurídicos, cuando se ejercita la acción por la evicción contra los herederos.

Cuando se exige de ellos que salgan á la defensa del adquirente en el juicio de evicción, cada uno puede ser obligado al cumplimiento de ese deber, como si fuera la única persona que lo reporta; pero cuando la defensa es estéril y se pierde el juicio, como el adquirente sólo puede hacer efectiva una obligación pecuniaria, cada uno de los herederos está solamente obligado por la parte que le corresponde y hasta donde alcanza su porción hereditaria.<sup>1</sup>

1 Demante, tomo VII, n.º 61 bis VI.

Ya hemos dicho que los contrayentes tienen facultad por la ley para aumentar ó disminuir por contrato los efectos de la evicción, y aun convenir en que ésta no se preste en ningún caso, ó lo que es lo mismo, pueden renunciarla; pues bien, para que la renuncia de la evicción y del saneamiento sea válida, se debe hacer en términos precisos y especificando los derechos que se renuncian, como previene la ley: estos, expresando los preceptos de ésta, que se renuncian, á fin de evitar que se haga extensiva á otros casos no previstos (Art. 1,608, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Sin embargo: la equidad no permite que en el caso á que nos referimos conserve el que enajenó el precio que recibió por la cosa, si llega á verificarse la evicción, y por lo mismo, declara el artículo 1,609 del Código civil, que cuando el que adquiere ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena entregar únicamente el precio íntegro que recibió por la cosa, ó á elección del que adquirió, el precio que esa cosa tenía al tiempo de la adquisición, ó el que tenga al tiempo en que se verifique la evicción, según que aquél hubiere obrado de buena ó de mala fé; pero aun de esta obligación queda libre, si el que adquirió, lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose á sus consecuencias.<sup>2</sup>

Es decir, que la simple renuncia de la evicción y del saneamiento no produce otro efecto que liberrar al que enajenó de la obligación de pagar los daños y perjuicios que resulten de aquella; pero no de la de restituir el precio que recibió por la cosa, que no puede ya retener, porque carece de causa ó de título para ello.

Al establecer este principio la ley no ha hecho más que interpretar la voluntad de los contrayentes, pues como el precio permanecería sin una justa causa en el poder del que

<sup>1</sup> Artículo 1,493, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,404, Código civil de 1884.

enajenó, no se puede suponer que hayan querido autorizar este absurdo é ilegal resultado.

Pero esta justa interpretación cesa, y la ley cede ante la voluntad de los contrayentes, cuando consta de una manera expresa y terminante, cuando el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose á sus consecuencias.

En tal caso es aleatoria la enajenación, el precio no representa el valor de la cosa sino el de una esperanza; y el que adquiere no compra en realidad la cosa sino esta esperanza, por cuyo motivo no puede decirse que ha pagado el precio sin una causa justa.

Pero este efecto no se produce por el simple conocimiento del peligro más ó menos próximo de la evicción, sino que necesita estar acompañado de la renuncia expresa de ella y en los términos que exige la ley.

Vamos ahora á determinar la extensión del deber que el que enajenó tiene de sanear en el caso de evicción, ya sea total, ya parcial, ya, por último, en el caso de que la cosa reporte algún gravamen.

El fallo judicial que determine el saneamiento, debe imponer la obligación de indemnizar en los términos siguientes:

Si el que enajenó hubiere procedido de buena fé, estará obligado á entregar al que sufrió la evicción (Art. 1,612, Cod. civ.):<sup>1</sup>

- 1<sup>o</sup> El precio íntegro que recibió por la cosa:
- 2<sup>o</sup> Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente:
- 3<sup>o</sup> Los causados en el pleito de evicción y en el del saneamiento:
- 4<sup>o</sup> El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vencedor satisfaga su importe.

<sup>1</sup> Artículo 1,497, Código civil de 1884.

La restitución del precio íntegro se funda en la consideración de que lo recibió el vendedor por la translación de la propiedad de la cosa, la que resultó nula por la evicción, y por consiguiente no tiene éste título alguno en virtud del cual deba retenerlo.

Las demás prestaciones á que está obligado el que enajenó son solamente una justa aplicación de los principios que hemos establecido en el artículo precedente, respecto de la indemnización de los daños y perjuicios, pues consisten en el resarcimiento del menoscabo sufrido en sus intereses por el adquirente.

Pero como no quedaría suficientemente indemnizado con él si hubiere sido condenado á restituir los frutos de la cosa porque quedaría así privado de una ganancia lícita, lo que constituye un verdadero perjuicio, puede exigir del que enajenó la indemnización de ellos ó el interés legal del precio que hubiere dado (Art. 1,615, Cód. civ.)<sup>1</sup>

El legislador ha querido otorgar en este caso al adquirente dos medios entre los cuales puede optar, ó la indemnización de los frutos que tuvo que restituir, demostrando ampliamente su importe, ó el interés al seis por ciento anual del precio, sin necesidad de prueba alguna sobre su importe, á fin de evitar cuestiones dispendiosas.

Si, por el contrario, el que adquirió no es condenado á la restitución de los frutos, su importe queda compensado con el de los intereses que al tipo legal, podía producir el precio, y por consiguiente, no tiene derecho para exigir la indemnización de ellos (Art. 1,616, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Cuando el que enajenó manifiesta, al ser emplazado en el juicio de evicción, que no tiene medios de defensa y consigna el precio por no quererlo recibir el adquirente, queda libre de cualquiera responsabilidad posterior á la fecha de la

1 Artículo 1,501, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,502, Código civil de 1884.

consignación, supuesto que carece ya de los intereses del precio, y el que adquirió la cosa se constituye en litigante temerario. (Art. 1,617, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Por la misma razón, si al denunciarse el pleito, ó durante él, reconoce el que enajenó el derecho del que reclama, y se obliga á pagar conforme á las reglas que señala la ley, sólo es responsable de los gastos que se causen hasta que haga el reconocimiento, y sea cual fuere el resultado del juicio (Art. 1,624, Cód. civ.)<sup>4</sup>

Si la cosa, objeto de la evicción, ha sufrido deterioros, son de cuenta del que los causó; pero si el que adquirió esa cosa hubiere obtenido de ellos algún provecho, se debe deducir el importe de él del de la indemnización, pues el saneamiento tiene por objeto poner á los contratantes en la misma situación en que se encontraban al celebrar el contrato, de manera que ninguno lucre ó se enriquezca con perjuicio del otro (Art. 1,618, Cód. civ.)<sup>5</sup>

En la misma consideración se funda el derecho que la ley otorga al que enajenó, para que se le pasen en cuenta de lo que deba pagar por la evicción, las mejoras que hubiere hecho antes de la enajenación, siempre que fueren abonadas por el vencedor (Art. 1,620, Cód. civ.)<sup>6</sup>

Si el que enajenó procedió de mala fé, tiene las mismas obligaciones que el que enajena de buena fe, con las agravaciones siguientes:

1<sup>ª</sup> Debe devolver á elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, ó el que tenga al tiempo en que sufra la evicción: es decir, que le otorga derecho para exigir el mayor precio que en cualquiera de los dos tiempos indicados tenga la cosa, sin que por esto haya injusticia, pues el aumento de valor que haya adquiri-

1 Artículo 1,503, Código civil de 1884.

2 Artículo 1510, Código civil de 1884.

3 Artículos 1,504 y 1,505, Código civil de 1884.

4 Artículo 1,506, Código civil de 1884.

do lo debe el que enajenó de mala fe, como reparación del perjuicio causado por la evicción de que es responsable:

2<sup>ª</sup> Debe satisfacer el adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa:

3<sup>ª</sup> Por último, debe pagar los daños y perjuicios, (Art. 1,613, Cód. civ).<sup>1</sup>

Ya se comprende que estas agravaciones llevan por objeto infligir una pena al individuo que, teniendo pleno conocimiento de que carecía de derecho para disponer de una cosa, sin embargo, la enajena y expone al adquirente á sufrir graves quebrantos, y se hace dolosamente de una cantidad de dinero.

Las reglas que hemos establecido tienen también una exacta aplicación cuando el adquirente es privado por la evicción sólo de una parte de la cosa adquirida; á no ser que prefiera la rescisión del contrato; y lo mismo se observa, cuando en un solo contrato se enajenan dos ó más cosas sin fijar el precio de cada una de ellas, y una sola es el objeto de la evicción (Arts. 1,621 y 1,622, Cod. civ).<sup>2</sup>

Aunque en ambos casos de evicción parcial dominan las mismas reglas que en la total, sin embargo, hay una notable diferencia entre una y otra, que consiste en la facultad otorgada al adquirente de obtener, si así lo desea, la rescisión del contrato, la cual le ha sido conferida en consideración á que puede tener tal importancia la parte que ha sido objeto de la evicción, que sin ella no hubiera celebrado aquel contrato.

Además, por la evicción, en realidad no cumple el que enajenó con la obligación que contrajo, y malamente puede exigir el cumplimiento de la que se impuso el que adquirió, sin pretender una injusticia que la ley no puede autorizar; pues sus obligaciones son recíprocas; y la justicia y la equidad demandan que vaya implícita en los contratos bilatera-

1 Artículo 1,495, Código civil de 1884.

2 Artículos 1,507, y 1508, Código Civil de 1,884.

les la condición resolutoria, como ya lo hemos dicho en el artículo III, lección 2<sup>ª</sup> de este tratado, y la facultad para el perjudicado de exigir el cumplimiento del contrato, ó su resolución y el resarcimiento de los daños y perjuicios (Arts. 1,465 y 1,466 1537).<sup>1</sup>

En el artículo mencionado dijimos también, y es preciso recordarlo ahora, que la rescisión no se produce *ipso jure*, ó por sola la voluntad del contratante, sino que es indispensable que ocurra ante los tribunales promoviendo el juicio respectivo, á fin de que por sentencia ejecutoria se decida acerca de su pretensión.

En los casos indicados, si el que adquiere la cosa elige la rescisión del contrato, está obligado á devolverla libre de los gravámenes que le hubiere impuesto; pues siendo el efecto de la rescisión restituir las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse el contrato, debe restituir la cosa libre, tal como la recibió.

La ley asimila á la evicción parcial de la cosa enajenada, el caso en que ésta reporte gravámenes no manifestados por el que trasmirió su propiedad; y determina, que si la finca que se enajenó se hallaba gravada, y no se hace mención de ello en la escritura, con alguna carga ó servidumbre voluntaria no aparente, puede pedir el que adquirió la indemnización correspondiente al gravamen ó la rescisión del contrato (Art. 1,625, Cód. civ).<sup>2</sup>

Refiriéndose á la regla que acabamos de exponer, dice la Exposición de motivos del Código civil, que aun cuando sus autores decidieron conservar en el contrato de compraventa sólo la acción redhibitoria con un plazo de seis meses, desechando la *quanti minoris*, que duraba un año, se resolvió á conservar ésta en el caso á que nos referimos; porque los gravámenes aludidos son muy fáciles de ocultar, tan-

1 Artículos 1,349 1,350 y 1,421. Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,511, Código Civil de 1,884.

to más, cuanto que entre nosotros ha sido obligatorio el registro de hipotecas, pero no el de servidumbres y demás gravámenes reales, que pueden importar disminución del valor de la cosa.<sup>1</sup>

La regla á que nos referimos, que se funda en su principio enteramente justo, concede, pues, al que adquiere dos medios para reparar el mal que le causa el gravamen oculto, ó pedir la indemnización correspondiente á aquél, ejercitando la acción conocida en el tecnicismo del derecho con el nombre de *estimatoria* ó *quantí minoris*, ó pretender la rescisión del contrato con la acción llamada *redhibitoria*; pues tal puede ser la naturaleza del gravamen, que á tener conocimiento de él no hubiera celebrado el contrato, ó que disminuya en mucho el precio de la finca, haciendo aparecer exagerado el que recibió el vendedor.

Pero las acciones rescisoria y de indemnización á que nos referimos, no pueden ejercitarse en cualquier tiempo, porque no puede tenerse incierta la subsistencia de los contratos indefinidamente y con perjuicio del que enajenó y de la sociedad interesada en la validez de ellos; y por eso ha señalado un límite justo, declarando que prescriben tales acciones en un año, que se debe contar para la primera desde el día en que el adquirente tiene noticia de la carga ó servidumbre (Art. 1,626, Cód. civ).<sup>2</sup>

1 La acción *estimatoria* ó *quantí minoris*, es la que competía al comprador de una cosa inmueble ó mueble para reclamar del vendedor, dentro de un año la parte de precio que valía menos la cosa por razón de alguna carga, vicio, tacha ó defecto que éste había ocultado, así como los daños y perjuicios que se le hubieran seguido.

La acción *redhibitoria* es la que competía al comprador de una cosa mueble ó raíz para exigir la rescisión del contrato por los defectos ó gravámenes ocultos de aquella, de manera que por ella obtenía la restitución del precio, devolviendo las cosas.

Los redactores del Código de 1,870 manifiestan en la Exposición de motivos, que no obstante que se decidieron á conservar solamente la acción *redhibitoria* ampliando la *quantí minoris*, sin embargo, conservaron ésta, pero sólo para el caso especial del artículo 1,625; porque los gravámenes á que se refiere son muy fáciles de ocultar.

2 Artículo 1,512, Código Civil de 1,884.

No responde de la evicción el que enajena en los casos siguientes, que señala el art. 1,627 del Código:<sup>1</sup>

1.º Si así se hubiere convenido por los contrayentes, siempre que la renuncia llene los requisitos que la ley exige:

2.º Cuando el que adquiere renuncia con los requisitos indicados el derecho de saneamiento:

3.º Cuando el que adquiere oculta dolosamente al que enajena el derecho de que entabla la evicción; porque á nadie puede aprovechar su propio dolo:

4.º Cuando la evicción procede de una causa posterior al acto de traslación no imputable al que enajena, ó de hecho del que adquiere, ya sea anterior ya posterior al mismo acto:

5.º Cuando el adquirente no denuncia el pleito de evicción al que enajenó antes del alegato de su derecho; ó antes de recibirse el negocio á prueba en los casos en que ésta fuese necesaria:

6.º Cuando el adquirente y el que reclama transigen ó comprometen el negocio en árbitros sin consentimiento del que enajenó:

7.º Cuando la evicción tiene lugar por culpa del adquirente.

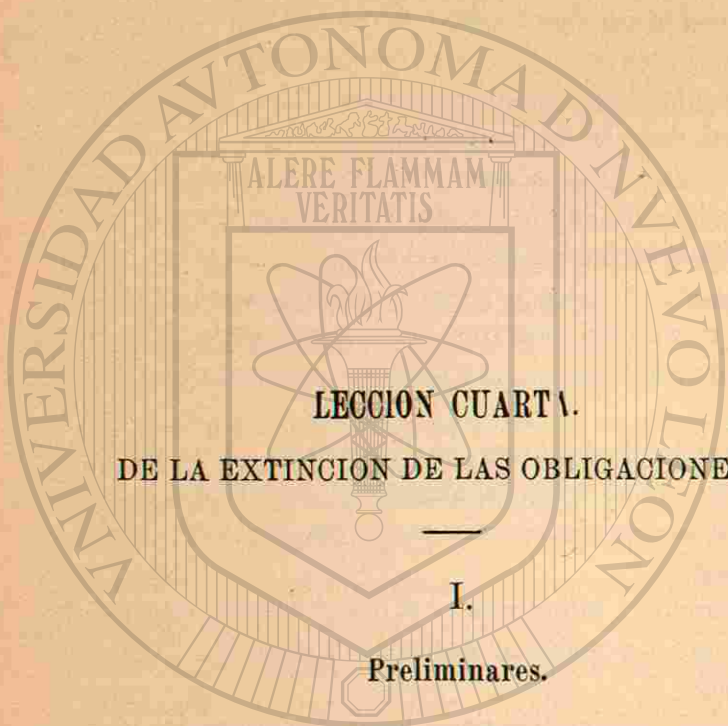
En este último caso están comprendidos otros muchos que los autores admiten y ha sancionado la jurisprudencia, los cuales enumeran Viso, Gutierrez Fernández, Escriche y otros.

Para terminar la presente lección debemos advertir, que la ley no obliga precisamente al que enajenó á salir al juicio de evicción, si no quiere; y que el adquirente cumple sólo con darle aviso oportuno de la demanda.

Así, pues, si hecha saber ésta al que enajenó rehusa venir al juicio, se debe continuar éste con el poseedor de la cosa, con el que la adquirió; pues para el efecto del saneamiento basta la denuncia del pleito, hecha judicialmente.

1 Artículo 1,513 Código Civil de 1884.





## LECCION CUARTA. DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

### I.

#### Preliminares.

Después de haber hecho el estudio de las obligaciones, de sus diversas especies, de los requisitos esenciales para su validez y de sus efectos jurídicos, es natural que nos ocupemos de los modos por los cuales se extinguen.

El Código civil no trata en un solo título de todos los modos por los cuales se extinguen las obligaciones, pues hay algunos, como la prescripción y la pérdida de la cosa debida, que son el objeto de preceptos especiales.

Por este motivo declara en el artículo 1,769 que la extinción de las obligaciones en virtud de la prescripción se rige por lo dispuesto en el capítulo 5<sup>o</sup> tít. 7<sup>o</sup> del libro 2<sup>o</sup>.<sup>1</sup>

Los modos de extinguirse las obligaciones, que reglamenta en un solo título el Código civil, son los siguientes:

<sup>1</sup> Artículo 1,655, Código civil de 1854.

- I. El pago:
- II. La consignación:
- III. La compensación:
- IV. La subrogación:
- V. La confusión de derechos:
- VI. La novación:
- VII. La cesión de derechos:
- VIII. La remisión de la deuda.

Aunque el Código enumera entre estos modos la prescripción, no nos ocuparemos de él por haber hecho ya su estudio en el artículo V., de la lección undécima del tomo II de esta obra.

Supuesto que contrato es el convenio por el que dos ó más personas se transfieren algún derecho ó contraen alguna obligación, es consiguiente que se extingan las obligaciones resultado de los contratos, ó lo que es lo mismo, del concurso de las voluntades de los contrayentes, por el mismo medio, el mutuo consentimiento.

Así es, en efecto; y sin embargo, el Código civil ni enumera entre los modos de extinguirse las obligaciones el mutuo consentimiento de los contrayentes, ni le consagra un título especial, pues apenas si hace mención de él en el artículo 1,535, que declara que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, y no pueden revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contrayentes; salvas las excepciones consignadas en la ley.<sup>1</sup>

Vamos, pues, á hacer el estudio especial de cada uno de los modos indicados, siguiendo el mismo orden que les señala el Código civil.

<sup>1</sup> Artículo 1,419, Código civil de 1884.

## II

## Del pago y sus varias especies y del tiempo y lugar en donde debe hacerse.

La palabra *pago* comprende en un sentido lato, todo hecho que tiene por efecto extinguir una obligación, pero en un sentido propio, se emplea para designar la extinción que se produce por la prestación de aquello que constituye el objeto de la obligación.

Así, pues, se entiende por pago la entrega de la cosa ó cantidad, ó la prestación del servicio que se hubiere prometido (Art. 1.628, Cód. civ).<sup>1</sup>

Esta definición nos hace comprender que las reglas que hemos explicado en el artículo III de la lección precedente, respecto de la prestación de las cosas deberían estar incluidas en las relativas al pago; pero como la palabra *pago* se emplea en el lenguaje vulgar para designar exclusivamente la solución hecha en dinero y no la prestación de cualquiera otra cosa, creyeron conveniente los redactores del Código separar dichas reglas en dos grupos distintos, á fin de facilitar su consulta.<sup>2</sup>

No creemos que esta explicación sea satisfactoria, porque, á nuestro juicio, no es una razón poderosa la significación vulgar de las palabras para trastornar el buen orden y el método seguido constantemente en la exposición de los preceptos de la ley; y por lo mismo nos limitamos á transcribirla.

De la definición que hemos dado se infiere, que para que pueda haber pago y produzca sus efectos jurídicos, es indispensable que haya una obligación, y por tanto, que si ésta no existe y se hace el pago, se entrega una cosa ó una cantidad indebida, cuya restitución puede exigir el que pagó sin causa.

<sup>1</sup> Artículo 1,514 Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Exposición de motivos.

La validez del pago depende:

- 1º De la persona que lo hace:
- 2º De la persona á quien se hace el pago:
- 3º De la prestación del objeto de la obligación.

Reservando para los artículos siguientes el estudio de las dos primeras circunstancias, dedicaremos éste al de la última, á fin de seguir el orden establecido por el Código.

Respecto de la prestación, hay que tener presente que la ejecución de una obligación puede ser considerada bajo tres aspectos distintos:

- 1º Con relación al objeto de la prestación:
- 2º Con relación al lugar en que ésta debe verificarse:
- 3º Con relación al tiempo en que debe hacerse.

Respecto del objeto de la prestación, debe ser exactamente el mismo sobre el cual versó la obligación, ó lo que es lo mismo, el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque sea de igual ó mayor valor que la debida (Art. 1,629, Cód. civ).<sup>1</sup>

La razón es clara, el contrato tiene entre los contrayentes fuerza de ley, que no puede ser violado por ninguno de ellos; y autorizar al deudor para que entregue una cosa distinta de la que prometió, es facultarle para que rompa con la fe del contrato y dejar á su arbitrio su cumplimiento.

Además, pueden sufrir perjuicio los intereses del acreedor recibiendo una cosa distinta de la prometida por más que sea de mayor valor, por no satisfacer al objeto para que la destina.

Pero esta prohibición no impide al acreedor recibir voluntariamente otra cosa distinta de la prometida, porque es muy dueño de renunciar sus derechos; y entonces el pago toma el nombre de *dación en pago*.

Esta supone que se ha verificado entre los contrayentes una novación expresa ó tácita en virtud de la cual se sustituye la prestación del contrato por otra.

<sup>1</sup> Artículo 1,515, Código civil de 1884.

Por la misma razón no puede hacerse el pago de distinto modo del que se hubiere pactado; y no puede hacerse parcialmente, si no es en virtud de convenio expreso ó de disposición de la ley (Art. 1,639, Cód. civ).<sup>1</sup>

Además de la consideración de la fuerza obligatoria que tienen los contratos entre los contrayentes, que no permite que el uno altere sus condiciones sin el consentimiento del otro, hay que tener presente el probable perjuicio que sufriría el acreedor si estuviera obligado á recibir parcialmente la cantidad debida, según el capricho del deudor; pues no pueden tener un empleo y un resultado tan provechoso las cantidades pequeñas como las grandes.

La regla que acabamos de establecer no es absoluta, pues admite excepción, ya por consentimiento expreso del acreedor, libre para prescindir de sus derechos renunciándolos, ya por determinación de la ley, como cuando se trata de una cantidad á cuyo pago están obligadas conjuntamente varias personas, porque entonces no pueden exigir el acreedor de cada una de ellas más que la parte que á prorata le corresponde. Tal sería, por ejemplo, el caso en que falleciera un deudor solidario, dejando dos ó más herederos (Art. 1,528, Cód. civil).<sup>2</sup>

Tal es también el caso en que procede la compensación, que por ministerio de la ley produce el efecto de extinguir la cantidad mayor hasta donde alcanza el importe de la menor, lo que equivale al pago parcial de la cantidad mayor (Art. 1,685, Cód. civ).<sup>3</sup>

Por regla general, el pago debe hacerse en el tiempo ó plazo designado en el contrato, salvo aquellos casos en que la ley permite ó previene expresamente otra cosa; y si no se determina el tiempo en que deba verificarse el pago, se

<sup>1</sup> Artículo 1,525, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,412, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,571, Código civil de 1884. Aubry y Rau, tomo IV, párrafo 319, nota 8; Baudry Lacantinerie, tomo III, pág. 714; Demante, tomo V núm. 183 bis III.

debe hacer éste cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato (Arts. 1,630 y 1,631).<sup>1</sup>

Cuando el acreedor haya dejado á la posibilidad del deudor el pago, no puede exigirlo sino demostrando ésta; porque entonces es condicional la obligación; y es sabido que las obligaciones de esta especie no son exigibles sino hasta el verificativo del acontecimiento incierto del cual depende su existencia (Art. 1,632 Cód. civ).<sup>2</sup>

En todo contrato se debe designar el lugar en donde el deudor debe ser requerido para el pago, y en caso de no hacerse tal designación, se deben observar las reglas siguientes, que señala el artículo 1,634 del Código civil.<sup>3</sup>

1.<sup>o</sup> Si el objeto de la obligación es un mueble determinado, se debe hacer el pago en el lugar en que el objeto se hallaba al celebrarse el contrato.

La ley establece esta regla por interpretación de la voluntad de los contrayentes, suponiendo que cuando el objeto debido es cuerpo cierto y determinado han querido aquellos que se entregue en el lugar en donde se celebró el contrato, porque la translación de él hasta el domicilio del deudor es oneroso para éste y sin ninguna utilidad para el acreedor.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, según la opinión de todos los jurisconsultos, y puede admitir excepción según el arbitrio del juez, atendidas las circunstancias especiales del caso de que se trate; y aun opinan generalmente que la regla mencionada tiene aplicación sólo cuando se trata de cosas que por su volumen ó su peso son difícilmente transportables.

2.<sup>o</sup> En cualquier otro caso se prefiere el domicilio del deudor, sea cual fuere la acción que se ejercite,

<sup>1</sup> Artículos 1,516 y 1,517, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,518 Código Civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,520 Código Civil de 1884.

Esta regla se funda en la consideración de que existiendo á favor del que posee ó se halla en ejercicio de un derecho la presunción de que tiene un justo título, mientras no se demuestre lo contrario, deben dirigirse las reclamaciones que contra él se promuevan ante el juez del territorio á que se sometió, eligiendo y fijando en él su domicilio porque allí tiene los medios naturales de defensa, que no puede negarle la justicia.

Si se atendiera al domicilio del acreedor se cometería una notoria injusticia, porque se le otorgaría la facultad de arrastrar al deudor ante una autoridad que no le inspirase confianza y que estaría al arbitrio de aquél elegir, con el solo hecho de establecer su domicilio en el territorio de su jurisdicción, haciéndole sufrir los perjuicios consiguientes al abandono del lugar de su radicación y del centro de sus negocios.

Estas consideraciones y la no menos importante de que los tribunales deben tener jurisdicción sobre la persona del deudor, pues no puede ser juzgado ni sentenciado sino por sus jueces naturales, demuestran la justicia de la regla á que nos referimos.

1.<sup>o</sup> A falta de domicilio fijo, se debe preferir el lugar en donde se celebró el contrato, cuando la acción sea personal, y el de la ubicación de los bienes, cuando la acción sea real.

Esta regla es también justa, porque cohonesta perfectamente los intereses de ambos contrayentes, y evita que la mala fe del deudor pueda eludir las justas exigencias del acreedor, por solo el hecho de trasladarse de una á otra población, sin tener un asiento fijo.

Las reglas expresadas sufren excepción, en los casos en que la ley establece otra cosa; y si el deudor muda voluntariamente de domicilio, después de celebrado el contrato, debe indemnizar al acreedor de los mayores gastos que haga por esta causa, pues no sería justo que reportara los gravámenes que pudiera causarle una mudanza hecha tal vez ma-

liciosamente para procurarle perjuicios (Arts. 1,635 y 1,636 Código Civil.),<sup>1</sup>

Los gastos que demanda la entrega de la cosa ó de la cantidad debida son de cuenta del deudor, si no hubieren convenido otra cosa los contrayentes; pues cualesquiera que ellos sean, redundan en beneficio de aquél (Art. 1,638 Código Civil).<sup>2</sup>

En efecto: tales gastos consisten en los que demanda la entrega, esto es, el pago mismo, ó los que exigen el resguardo que el deudor pretende para acreditar que ha satisfecho la obligación; y en uno y otro caso redundan en su beneficio y debe lastarlos.

Así, pues, los gastos indispensables para la entrega de la cosa, como los que demanda su translacion al lugar convenido, su cuenta, peso y medida, etc., son de cargo del deudor; pero una vez que la cosa se halla en poder del acreedor, son á cargo de él los gastos que es preciso erogar para su translación á otro lugar.

Siguiendo el Código civil al Proyecto del Español, declara en el artículo 1,640, que cuando la deuda es de pensiones censuales ó de cualesquiera cantidades que deben satisfacerse en períodos determinados, si se acredita por escrito el pago de las correspondientes á los tres últimos periodos, se presumen pagadas las cantidades anteriores.<sup>3</sup>

La razón que justifica y apoya este precepto la da García Goyena en su comentario al artículo 1,097 de dicho proyecto, diciendo que lo ordinario es cobrar las deudas antiguas antes que las recientes; y además que no se puede obligar al deudor á guardar por demasiado tiempo recibos antiguos y numerosos.<sup>4</sup>

El mismo autor agrega que el pago debe constar por es-

1 Artículo 1,521 y 1,523, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,524, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,526, Código Civil de 1884.

4 Concordancias, Tomo III, página 127.

crita, pues no basta la prueba de testigos, según se deduce de las palabras de la ley, y que se obtiene el efecto mencionado con un solo recibo ó documento, si comprende el pago de los tres últimos plazos ó períodos.

Pero la presunción creada por el precepto aludido es de aquellas que se designan en el tecnicismo del derecho con el nombre de *juris tantum*; es decir, que admiten prueba en contrario, imponiendo al acreedor la obligación de producirla.

Por último: el artículo 1,633 declara, que la espera concedida al deudor, en juicio ó fuera de él, no obliga más que al acreedor que la otorga; y que aquel que la niega, puede hacer valer su derecho conforme á las leyes.<sup>1</sup>

La justicia y conveniencia de este precepto está demostrada por las siguientes palabras que tomamos de la Exposición de motivos: "No hay razón alguna, dice, para sostener que la espera concedida por algunos acreedores, deba obligar á los demás, pues este acto puede considerarse como un ataque á la propiedad. La comisión cree haber hecho un verdadero servicio á la sociedad, estableciendo de un modo terminante, que la espera sólo obliga al que la concede."

Este precepto tiene una fácil explicación respecto de su origen.

Según nuestra antigua legislación, la espera que se enumeraba entre los juicios universales, era el término ó plazo que concedían los acreedores al deudor común de buena fé, que no podía pagarles sus créditos; y tal concesión se obtenía, como hemos indicado, mediante la promoción de un concurso y con los requisitos que la ley señalaba.

Si reunidos los acreedores ante la presencia judicial otorgaban la espera pretendida por el deudor, no había dificultad alguna; pero si algunos resistían su concesión ó no comparecían, tenía que decidir el juez en la forma siguiente:

Si era igual el número de personas y la cantidad de las

<sup>1</sup> Artículo 1,519, Código Civil de 1,884.

deudas, debía deferir á la pretensión del deudor; si era igual la cantidad de las deudas, pero mayor el número de las personas, se había de estar á lo que éstas dijeran; y si el crédito de uno solo de los acreedores era mayor que los de los demás, se otorgaba ó negaba la espera, según la voluntad de esta persona.<sup>1</sup>

Estas facultades que la ley otorgaba al juez y á los acreedores para conceder la espera contra la voluntad y con perjuicio de otras personas era un verdadero atentado contra la propiedad, una violación de ella y del derecho que reconoce y garantiza el artículo 27 de la Constitución Federal.

Por esta razón, se juzgó por los codificadores que la espera es uno de los mayores atentados, y la proscribieron de nuestro derecho, declarando que sólo obliga á los acreedores que la otorgan, pero no á los que la resisten.

Tal vez habría sido mejor que esa justísima declaración se hubiera reservado para el Código de Procedimientos, supuesto que la espera se obtenía en juicio universal de acreedores, y era una de las especies del concurso voluntario.

### III

De las personas que pueden hacer el pago, y de aquellas á quienes debe ser hecho.

El pago tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa debida, y por consiguiente, para que el pago sea válido es indispensable que el que lo hace tenga capacidad legal para enajenar y que sea propietario de la cosa.

Por este motivo declara el artículo 1,461 del Código, que no es válido el pago hecho con cosa ajena, ó con propia, si el deudor no tiene capacidad legal para disponer de ella;

<sup>1</sup> Ley 5.ª, tít. 15, Part. 5.ª

crito, pues no basta la prueba de testigos, según se deduce de las palabras de la ley, y que se obtiene el efecto mencionado con un solo recibo ó documento, si comprende el pago de los tres últimos plazos ó períodos.

Pero la presunción creada por el precepto aludido es de aquellas que se designan en el tecnicismo del derecho con el nombre de *juris tantum*; es decir, que admiten prueba en contrario, imponiendo al acreedor la obligación de producirla.

Por último: el artículo 1,633 declara, que la espera concedida al deudor, en juicio ó fuera de él, no obliga más que al acreedor que la otorga; y que aquel que la niega, puede hacer valer su derecho conforme á las leyes.<sup>1</sup>

La justicia y conveniencia de este precepto está demostrada por las siguientes palabras que tomamos de la Exposición de motivos: "No hay razón alguna, dice, para sostener que la espera concedida por algunos acreedores, deba obligar á los demás, pues este acto puede considerarse como un ataque á la propiedad. La comisión cree haber hecho un verdadero servicio á la sociedad, estableciendo de un modo terminante, que la espera sólo obliga al que la concede."

Este precepto tiene una fácil explicación respecto de su origen.

Según nuestra antigua legislación, la espera que se enumeraba entre los juicios universales, era el término ó plazo que concedían los acreedores al deudor común de buena fé, que no podía pagarles sus créditos; y tal concesión se obtenía, como hemos indicado, mediante la promoción de un concurso y con los requisitos que la ley señalaba.

Si reunidos los acreedores ante la presencia judicial otorgaban la espera pretendida por el deudor, no había dificultad alguna; pero si algunos resistían su concesión ó no comparecían, tenía que decidir el juez en la forma siguiente:

Si era igual el número de personas y la cantidad de las

<sup>1</sup> Artículo 1,519, Código Civil de 1,884.

deudas, debía deferir á la pretensión del deudor; si era igual la cantidad de las deudas, pero mayor el número de las personas, se había de estar á lo que éstas dijeran; y si el crédito de uno solo de los acreedores era mayor que los de los demás, se otorgaba ó negaba la espera, según la voluntad de esta persona.<sup>1</sup>

Estas facultades que la ley otorgaba al juez y á los acreedores para conceder la espera contra la voluntad y con perjuicio de otras personas era un verdadero atentado contra la propiedad, una violación de ella y del derecho que reconoce y garantiza el artículo 27 de la Constitución Federal.

Por esta razón, se juzgó por los codificadores que la espera es uno de los mayores atentados, y la proscribieron de nuestro derecho, declarando que sólo obliga á los acreedores que la otorgan, pero no á los que la resisten.

Tal vez habría sido mejor que esa justísima declaración se hubiera reservado para el Código de Procedimientos, supuesto que la espera se obtenía en juicio universal de acreedores, y era una de las especies del concurso voluntario.

### III

De las personas que pueden hacer el pago, y de aquellas á quienes debe ser hecho.

El pago tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa debida, y por consiguiente, para que el pago sea válido es indispensable que el que lo hace tenga capacidad legal para enajenar y que sea propietario de la cosa.

Por este motivo declara el artículo 1,461 del Código, que no es válido el pago hecho con cosa ajena, ó con propia, si el deudor no tiene capacidad legal para disponer de ella;

<sup>1</sup> Ley 5.ª, tít. 15, Part. 5.ª

pues si el deudor debe la propiedad de una cosa, es claro que no cumple su obligación si entrega una ajena, cuya propiedad no puede transferir, ó cuando por la ley está afectado de incapacidad para enajenar las cosas de su propiedad.<sup>1</sup>

Fácil es comprender que el precepto á que nos referimos emplea la palabra *pago* en su acepción restringida aplicándola á las obligaciones que tienen por objeto transferir la propiedad, y no al cumplimiento en general de cualquiera obligación.

En efecto: ese precepto no se refiere á aquellos casos en los cuales se trasmite la propiedad por mero efecto del contrato é independientemente de la tradición, sino á aquellos en que el deudor ha contraído la obligación de dar, es decir, no sólo de entregar la cosa, sino de transferir su propiedad.

En otros términos: el precepto aludido no se refiere á la obligación de dar que tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado, cuya propiedad se trasmite por mero efecto del contrato, sino á aquellos casos en que el objeto de la obligación es una cantidad, pues en ellos no se transfiere el dominio por el solo efecto del contrato.

De lo expuesto se infiere, que hay lugar á repetir la cosa ajena dada en pago, supuesto que éste es inválido, y que lo mismo se observa cuando el deudor carece de capacidad legal para disponer de ella.

Sin embargo, si el pago hecho consiste en una suma de dinero ó en alguna otra cosa fungible; no hay repetición contra el acreedor que la ha consumido de buena fe, porque la acción de dominio que compete para obtener la restitución exige como requisito indispensable, que aquel contra quien se ejercita esté poseyendo la cosa, ó bien que haya dejado de poseer dolosamente, en cuyo caso afecta la acción otro carácter y se convierte en una personal, que tiene por objeto la estimación de la cosa (Art. 1,642 Cód. civ.).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,527, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,528, del Código Civil de 1884, y Ley 19, tít. 2, Part. 3ª

El pago puede ser hecho, según los artículos 1,643 y siguientes del Código, por las personas que á continuación se expresan:<sup>1</sup>

- 1.º Por el mismo deudor:
- 2.º Por sus representantes:
- 3.º Por cualquiera otra persona interesada en el contrato:
- 4.º Por un tercero que no tiene interés en el cumplimiento de la obligación, que obra con el consentimiento expreso ó presunto del deudor:
- 5.º Por un tercero ignorándolo el deudor y aun contra su voluntad.

Es evidente que el pago puede hacerse por el mismo deudor que tiene capacidad legal, supuesto que está obligado á cumplir la obligación que contrajo, que no sólo puede llenar este deber, sino que puede estrechar al acreedor, como después veremos, á aceptar el pago que rehusa; y que para los efectos legales lo mismo da que él personalmente haga el pago ó las personas que legalmente le representan; esto es, el mandatario, el tutor por el menor ó el incapaz, el padre por el hijo que se halla bajo su potestad y el marido por la mujer.

El tercero interesado en el contrato puede hacer también válidamente el pago, porque su interés le autoriza para verificarlo y evitarse de los gravámenes ó perjuicios que pudiera ocasionarle su demora. Tales serían, por ejemplo el fiador, ó el codeudor solidario ó el poseedor del inmueble hipotecado.

Puede hacerse también válidamente el pago por un tercero no interesado en el contrato con el consentimiento expreso ó presunto del deudor, porque ese consentimiento equivale al mandato; y por tal motivo previene el artículo 1,647 del Código que en el caso que nos ocupa se deben observar las disposiciones relativas al mandato. Es decir,

<sup>1</sup> Artículo 1,529, Código Civil de 1,884.

que el tercero tiene la acción contraria de mandato para exigir del deudor el reembolso de lo que hubiere pagado y la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere sufrido.<sup>1</sup>

Puede hacerse el pago por un tercero no interesado en el contrato, ignorándolo el deudor, porque el acreedor no sufre perjuicio alguno, quien quiera que sea la persona que verifique el pago.

Pero en tal caso, el tercero sólo tiene derecho de reclamar al deudor lo que pagó por él, fuera de los casos de subrogación expresa hecha al tiempo del pago, y de la que la ley establece en favor del fiador que paga por el deudor (Arts. 1,707, 1,737, 1,863, y 1,648, Cód. civ.).<sup>2</sup>

En otros términos: el tercero que paga ignorándolo el deudor no se subroga por la ley en los derechos y acciones del acreedor, pero puede obtener de éste la subrogación por convenio, al verificar el pago, ó por beneficio de la ley si pagó como fiador; y sólo puede pretender que el deudor le reembolse, supuesto que por el pago quedó libre de la obligación que reportaba.

La justicia y la equidad de la regla que acabamos de exponer es evidente, pues si el tercero pudiera exigir la subrogación, se le otorgaría un derecho contra el acreedor, quien tendría obligación de cederle sus derechos y acciones, siendo así que nadie está obligado á la enajenación forzoza de sus bienes sino en los casos previstos por la ley.

De lo expuesto se infiere, que el acreedor no puede rehusar el pago que se le ofrece por un tercero con ó sin el consentimiento del deudor; pues la ley, como dice García Goyena, reproduciendo las palabras de un jurisconsulto francés, "no puede permitir que el acreedor se obstine maliciosamente en conservar la facultad de atormentar á su deudor, que un hijo no pueda extinguir la obligación de su padre,

<sup>1</sup> Artículo 1,533, Código Civil, de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,592, 1,622, 1,747 y 1,534 Código Civil de 1884.

ni éste la de su hijo, ó un amigo las obligaciones de su amigo, ó un hombre benéfico la de un desgraciado ausente."

Cuando el tercero hace el pago contra la voluntad del deudor, no puede reclamar nada á éste, porque se presume que tuvo intención de donar (Art. 1,649, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Los jurisconsultos modernos rechazan esta regla que estiman injusta, porque no hay razón alguna para que el deudor, que ha recibido un beneficio con el pago no reembolse á la persona que lo hizo, enriqueciéndose á sus expensas y con su perjuicio; y sostienen que esta persona tiene un perfecto derecho para exigir el reembolso del deudor, siempre que le resulte beneficio del pago.<sup>2</sup>

Pero las reglas expuestas tienen aplicación, siempre que no hay un interés legítimo de parte del acreedor en que la obligación se cumpla personalmente por el deudor, como acontece en las obligaciones de hacer, en las que comunemente se atiende á las aptitudes personales del individuo obligado; y por tal motivo no puede obligarse al acreedor á recibir el pago de un tercero, si en el contrato hay declaración expresa en contrario, ó si por aquella prestación se le irroga perjuicio al acreedor (Arts. 1,650, 1,652, Cód. civ.).<sup>3</sup>

Es claro que, no existiendo las causas expresadas, puede verificarse el pago por persona distinta de la obligada, aun tratándose de una obligación de hacer, pues ya hemos dicho que puede prestarse el hecho por un tercero, cuando sea posible la sustitución (Art. 1,542 y 1,652, Cód. civ.).<sup>4</sup>

Por regla general, para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor ó á su representante, sea que la representación emane de la voluntad de aquél, sea que deba su origen á la ley ó á una determinación judicial; ó lo que es lo mismo, el pago se debe hacer al acreedor ó á la persona

<sup>1</sup> Artículo 1,535, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Colmet de Santerre, tomo V, núm. 175, bis XI; y otros.

<sup>3</sup> Artículos 1,536 y 1,538, Código Civil de 1884.

<sup>4</sup> Artículo 1,246, y 1,538 Código Civil de 1884.



que le represente en virtud de mandato convencional, legal ó judicial (Art. 1,651 Cód. civ).<sup>1</sup>

El mandato de la primera especie es el que tienen ciertas personas por determinación de la ley, como el marido por la mujer, y los poseedores de los bienes del ausente por éste.

El judicial es aquel que proviene de una resolución de un tribunal, como el procurador del ausente, que se nombra en el primer periodo de la ausencia para que se encargue de la administración de los bienes de aquél.

Pero no basta que el pago se haga al acreedor para que se extinga la obligación, sino que es además requisito indispensable que tenga capacidad legal para administrar sus bienes; pues si carece de ella no produce el pago efecto alguno legal, sino en cuanto se hubiere convertido en su utilidad (Art. 1,653, Cód. civ).<sup>2</sup>

Fácil es comprender la razón de esta justa exigencia de la ley. La incapacidad de que se hallan afectadas ciertas personas se funda en su ineptitud para administrar sus bienes, y en el justo temor que hace nacer de que los disipe de una manera imprudente; y sería del todo ineficaz la protección de la ley si se tuvieran como válidos los pagos hechos á los acreedores incapaces.

Pero cesa ese motivo de la ley, cuando el acreedor incapaz emplea la cantidad que recibe en pago de una manera cuerda y racional y en su propia utilidad; porque la irregularidad del pago no le causa perjuicio; y sería inútil que se enriqueciera á expensas y con daño del deudor, obligado á un segundo pago.

Sin embargo, el deudor no puede librarse de éste, sino mediante la prueba competente de que el pago se convirtió en utilidad del acreedor incapaz, supuesto que es el demandado, que opone una excepción á la acción ejercitada en su

<sup>1</sup> Artículo 1,537, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,539, Código Civil de 1884.

contra, y por lo mismo, que está obligado, según los preceptos elementales del derecho, á producir la prueba que acredite la procedencia de ella.

Es consecuencia de la regla general que hemos establecido, que el pago que se hace á un tercero no extingue la obligación á no ser que así se hubiere estipulado ó consentido por el acreedor, ó que expresamente lo determine la ley; pues en los dos primeros casos hay un verdadero mandato que faculta al tercero para recibir el pago, y en el último, la ley suple el consentimiento del deudor (Arts. 1,654 y 1,655).<sup>1</sup>

La regla á que nos referimos sufre excepción y no produce los efectos jurídicos que la ley atribuye al pago hecho al acreedor, si el deudor lo verifica después de que se le haya ordenado judicialmente la retención de la deuda (Art. 1,656, Cód. civ).<sup>2</sup>

Esta excepción es perfectamente justa, porque tiene por objeto evitar los fraudes en perjuicio de los verdaderos acreedores, y el castigo de la desobediencia al mandato de la autoridad judicial; pero solamente es favorable á la persona ó personas, que solicitaron y obtuvieron el decreto del juez, y en consecuencia, no pueden aprovecharse de él los demás acreedores que no lo solicitaron.

Un ejemplo hará más comprensible esta excepción:

Juan es deudor de Antonio, que lo es á su vez de Pedro, quien queriendo obtener la seguridad del pago, solicita y obtiene del juez, por vía de providencia precautoria, que aquél retenga á disposición de éste la cantidad que adeuda. Si, desobedeciendo Juan la orden judicial, paga á Antonio, tal pago no es válido y Pedro puede exigirle que por segunda vez pague dicha cantidad.

Para terminar este artículo advertiremos, que el pago hecho en fraude y con perjuicio de los acreedores está sujeto

<sup>1</sup> Artículo 1,540, y 1,541 Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,542, Código Civil de 1,884.

á las reglas relativas á la rescisión y nulidad de las obligaciones, cuyo estudio haremos después, y que en los casos de mancomunidad se deben observar aquellas cuya explicación hicimos en el artículo V de la lección segunda de este tratado (Arts. 1,657 y 1,658, Cód. civ).<sup>1</sup>

## IV.

## Del pago indebido.

En el capítulo I de la lección primera de este tratado manifestamos que los autores enumeran los cuasi-contratos entre las causas de las obligaciones, y dijimos que nuestro Código no acepta la distinción de las obligaciones que provienen de los contratos y de los cuasi-contratos, y que sólo se ha limitado á consignar las reglas respectivas al pago indebido en el título relativo á la extinción de las obligaciones, y las que se refieren á la gestión de negocios en el que reglamenta el mandato, á fin de extirpar una distinción escolástica de ninguna utilidad.

Allí también explicamos las razones que justifican esta aseveración, definimos lo que los juriconsultos entienden por cuasi-contrato y nos reservamos para el estudio de las dos únicas especies de los llamados cuasi-contratos que reconoce el Código, el pago indebido y la gestión de negocios, para cuando llegáramos al examen de las reglas que éste establece respecto del mandato y de la extinción de las obligaciones.

Ha llegado, pues, la oportunidad de hacer el estudio de los preceptos legales sobre el pago indebido.

El artículo 1,659 del Código civil, dice que, cuando por

<sup>1</sup> Artículos 1,543 y 1,544, Código civil de 1884.

error de hecho pagare alguno lo que realmente no debe, puede recobrar lo que hubiere dado, en los términos que establecen los artículos que le siguen.<sup>2</sup>

De este precepto podemos inferir la definición del llamado cuasi-contrato del pago indebido, diciendo que es aquel por el cual, pagando uno por error una cosa que no debe, queda obligado el que la recibe á devolvérsela en los términos que la ley señala.

La repetición de lo pagado indebidamente se funda en una consideración de equidad, que no permite á nadie enriquecerse á expensas y con perjuicio de otro; pues si no existe una obligación, el pago procura al que lo recibe un lucro á expensas del que pagó, sin justicia y sin derecho.

Del mismo precepto se infiere, que son indispensables los dos requisitos siguientes para que proceda la restitución de la cosa pagada indebidamente:

1.º Que el pago se haya hecho por error:

2.º Que no exista ninguna obligación; esto es, que no haya una causa jurídicamente suficiente para motivar el pago.

Es preciso que el pago se haya hecho por error, esto es, creyéndose deudor el que lo hace, pues si lo verifica á sabiendas, teniendo pleno conocimiento de que nada debe, la ley le niega todo derecho para obtener la restitución de la cosa que dió en pago, porque presume que quiso hacer donación de ella.

Que esta teoría es perfectamente jurídica nos lo demuestran los preceptos del derecho Romano, que sancionan el mismo principio.

*"Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est"* (Ley 50, tít. 17, lib. 50, D).

*"Quid qui sciens indebitum dedit, hæc mente ut postea repeteret, repetere non potest."* (Ley 50, tít. 6, lib. 12, D).

<sup>1</sup> Artículo 1,545, Código Civil de 1884.

á las reglas relativas á la rescisión y nulidad de las obligaciones, cuyo estudio haremos después, y que en los casos de mancomunidad se deben observar aquellas cuya explicación hicimos en el artículo V de la lección segunda de este tratado (Arts. 1,657 y 1,658, Cód. civ).<sup>1</sup>

## IV.

## Del pago indebido.

En el capítulo I de la lección primera de este tratado manifestamos que los autores enumeran los cuasi-contratos entre las causas de las obligaciones, y dijimos que nuestro Código no acepta la distinción de las obligaciones que provienen de los contratos y de los cuasi-contratos, y que sólo se ha limitado á consignar las reglas respectivas al pago indebido en el título relativo á la extinción de las obligaciones, y las que se refieren á la gestión de negocios en el que reglamenta el mandato, á fin de extirpar una distinción escolástica de ninguna utilidad.

Allí también explicamos las razones que justifican esta aseveración, definimos lo que los juriconsultos entienden por cuasi-contrato y nos reservamos para el estudio de las dos únicas especies de los llamados cuasi-contratos que reconoce el Código, el pago indebido y la gestión de negocios, para cuando llegáramos al examen de las reglas que éste establece respecto del mandato y de la extinción de las obligaciones.

Ha llegado, pues, la oportunidad de hacer el estudio de los preceptos legales sobre el pago indebido.

El artículo 1,659 del Código civil, dice que, cuando por

<sup>1</sup> Artículos 1,543 y 1,544, Código civil de 1884.

error de hecho pagare alguno lo que realmente no debe, puede recobrar lo que hubiere dado, en los términos que establecen los artículos que le siguen.<sup>2</sup>

De este precepto podemos inferir la definición del llamado cuasi-contrato del pago indebido, diciendo que es aquel por el cual, pagando uno por error una cosa que no debe, queda obligado el que la recibe á devolvérsela en los términos que la ley señala.

La repetición de lo pagado indebidamente se funda en una consideración de equidad, que no permite á nadie enriquecerse á expensas y con perjuicio de otro; pues si no existe una obligación, el pago procura al que lo recibe un lucro á expensas del que pagó, sin justicia y sin derecho.

Del mismo precepto se infiere, que son indispensables los dos requisitos siguientes para que proceda la restitución de la cosa pagada indebidamente:

1.º Que el pago se haya hecho por error:

2.º Que no exista ninguna obligación; esto es, que no haya una causa jurídicamente suficiente para motivar el pago.

Es preciso que el pago se haya hecho por error, esto es, creyéndose deudor el que lo hace, pues si lo verifica á sabiendas, teniendo pleno conocimiento de que nada debe, la ley le niega todo derecho para obtener la restitución de la cosa que dió en pago, porque presume que quiso hacer donación de ella.

Que esta teoría es perfectamente jurídica nos lo demuestran los preceptos del derecho Romano, que sancionan el mismo principio.

*"Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est"* (Ley 50, tít. 17, lib. 50, D).

*"Quid qui sciens indebitum dedit, hæc mente ut postea repeteret, repetere non potest."* (Ley 50, tít. 6, lib. 12, D).

<sup>1</sup> Artículo 1,545, Código Civil de 1884.

Estos mismos principios fueron reproducidos por las leyes 28 y 30, tít. 14, Partida 5<sup>a</sup>, con justo motivo, porque la restitución que en determinados casos concede el legislador se funda en la equidad para reparar el perjuicio que sufren aquellos que fueron víctimas de un error, pero no para los que obraron voluntariamente y con desprecio de las mismas leyes.

De otra manera sería, como dicen Aubry y Rau, burlarse de la justicia entregar á título de pago lo que se sabe que no se debe, con el único objeto de repetirlo después: "*Maliis non est indulgedum.*"<sup>1</sup>

Pero para que el pago hecho indebidamente produzca el efecto referido, es requisito indispensable que sea el resultado como ya lo hemos dicho, de un error de hecho, pues el de derecho ni excusa ni aprovecha á nadie, porque no es permitida ni tolerada la ignorancia de la ley.

Sin embargo, se ha suscitado grave controversia entre los jurisconsultos, sosteniendo unos que el error de derecho debe producir el mismo efecto jurídico que el de hecho, y otros la teoría contraria; pero nosotros nos hallamos lejos de las consecuencias que tal controversia produce, porque nuestro Código las evita declarando de una manera expresa en el artículo 1,659 que la repetición de lo pagado indebidamente compete sólo á aquel que paga por error de hecho.<sup>2</sup>

Es también indispensable que el pago se haya hecho indebidamente, esto es, sin una causa jurídica bastante para motivar la entrega de la cosa ó cantidad de parte de aquel que la verifica; pues desde el momento en que existe la obligación de parte de éste, existe á la vez el derecho por parte del que lo recibe, y en consecuencia falta la causa justa y legítima que autorice la repetición.

Por este motivo, declara el artículo 1,475 del Código, que lo que se paga antes del vencimiento del plazo estipulado

<sup>1</sup> Tomo IV., párrafo 442, nota 4<sup>a</sup>.

<sup>2</sup> Artículo 1,545, código civil de 1884.

en el contrato no puede repetirse, pues la repetición tiene por objeto el pago de una cosa indebida, y no puede decirse propiamente que hay error de parte del que pagó aquello que debía.<sup>1</sup>

Es cierto que el pago anticipado puede causar algún perjuicio al deudor, pero debe imputarse á sí mismo este resultado, que de ninguna manera puede refluir sobre el acreedor de buena fe que recibe aquello que le pertenece, á que tiene un justo y legítimo derecho.

Para obtener la repetición de lo pagado indebidamente, es preciso acreditar los tres hechos siguientes:

1.º El pago, supuesto que la acción se funda en él:

2.º Que el pago se ha hecho indebidamente, para lo cual basta probar la existencia de la deuda, pues la prueba de ésta demostraría quien es el acreedor.

En el caso de que no haya existido debe probarse este hecho; y si ha existido pero ya se extinguió, hay que probar cual ha sido la causa de la extinción.

3.º El error, supuesto que sin error de hecho no puede haber, como hemos dicho, repetición.

Los efectos jurídicos de ésta varían según la cosa objeto del pago y la buena ó mala fe del que lo recibe.

En efecto: el que de buena fe recibe una cantidad indebida, está obligado, según el artículo 1660 del Código civil, á restituir otro tanto; pero no los intereses.<sup>2</sup>

La razón de este principio es la misma que dimos en el artículo IV de la lección quinta, tomo II de esta obra, y que justifica la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe de la cosa que los produce, la justa creencia en que se halla de que es propietario de la cosa, y el grave perjuicio que le resultaría si se viera obligado á restituirlos después de cierto tiempo, cuando los había consumido sin que pueda imputársele ninguna culpa.

<sup>1</sup> Artículo 1,359, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,546, Código Civil de 1884.

Cuando la cosa recibida de buena fe es cierta y determinada, debe restituirse en especie, si existe; pero el poseedor no responde de las desmejoras ó pérdidas, aunque hayan sido ocasionadas por su culpa, sino en cuanto hubiere utilizado el mismo deterioro (Art. 1,661 Cód. civ).<sup>1</sup>

Es decir; que, como el poseedor de buena fe, á quien con entera justicia se le equipara, el individuo que recibió el pago hace suyos los frutos de la cosa y sólo tiene obligación de restituir ésta ó lo que queda de ella, si ha sufrido algún deterioro, sin que le sea éste imputable aunque haya sido ocasionado por su culpa, sino en el caso en que le haya producido algún provecho ó utilidad, por ejemplo, si vendió los materiales provenientes del derrumbe del edificio que recibió.

A primera vista parece que esta regla sanciona una suprema injusticia, porque exculpa de una manera absoluta la destrucción culpable de la cosa, pero un ligero examen basta para convecerse de que esa regla es justa y una legítima y lógica consecuencia de los principios que hemos establecido; porque si el que recibió la cosa cree fundadamente que se le entregó lo que es suyo y se le debía, sin que pudiera presumir que estaría obligado á su restitución, no se le pueden reprochar los actos que ejecutó en esa cosa estimándola suya, porque obró en calidad de propietario.

Por la misma razón, si el poseedor vendió la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta, toda vez que no obtuvo más lucro de ella, ó bien ceder su acción para recobrarla (Art. 1662 Cód. civ).<sup>2</sup>

Si consultamos el origen del precepto que sanciona este principio, encontraremos que está tomado del artículo 1,896 del Proyecto de Código Español, el cual fué á su vez tomado del artículo 1,498 del Código de Cerdeña, que obliga al

<sup>1</sup> Artículo 1,547 Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,548, Código Civil de 1,884.

poseedor que vendió la cosa á entregar el precio que recibió, ó á ceder su acción para conseguirlo; pero la translación fué hecha con poco cuidado y con mala fortuna, porque habiendo un error de imprenta en el Proyecto, por el cual aparece que se impone al deudor la obligación de entregar el precio que recibió ó ceder su acción para conseguirla, siendo así que, como dice García Goyena al dar la razón de ese precepto, puede no haber recibido el precio el vendedor, pero tendría acción para reclamarlo, cambiaron nuestros codificadores el verbo conseguir por el verbo reclamar, sin fijarse en el error de imprenta; y establecieron un principio que carece de precedentes y de fundamento en los principios generales del derecho.

En efecto: si se toma el precepto en su sentido literal ó gramatical, resulta que el poseedor que vendió la cosa está obligado á entregar el precio de ella ó á ceder su acción para recobrarla, esto es, se le impone una obligación alternativa con el derecho de opción para elegir entre uno de dos extremos, pudiendo, si así le place, quedarse con el precio y ceder su acción para reclamar la cosa.

Semejante absurdo, que ofende á la razón y la moral, nos demuestra el gravísimo error en que incurrieron los redactores del Código al establecer el precepto que criticamos.

Pero hay otra razón que viene en nuestro apoyo y que demuestra el error que contiene el artículo 1,662, haciéndolo aparecer en toda su extensión,

El vendedor que ha entregado la cosa vendida y recibido el precio, carece de acción conforme á la ley para recobrarla, y en consecuencia no puede ceder aquello que no tiene ni le pertenece legalmente.

Si, pues, el vendedor no tiene acción para vindicar la cosa vendida legalmente, cuyo precio recibió; si la tiene solamente para exigir el pago de éste cuando la venta se hace á plazo: y por último, si ni el verdadero dueño de la cosa, que la entregó por error, tiene derecho para pretender su

restitución del comprador que la adquirió de buena fe y á título oneroso; es evidente que el precepto referido establece un error contrario á los principios elementales del derecho, que no puede producir ningún efecto jurídico á favor del que pagó indebidamente, y que puede convertirse en el origen de complicadas controversias.

En una palabra: ese precepto es antijurídico, absurdo é injusto, porque autoriza al vendedor para retener sin derecho alguno el precio de la cosa que se le entregó por error, cediendo en cambio al dueño de ella una acción que no tiene según las leyes, ó lo que es lo mismo, un derecho imaginario.

Las reglas que hemos establecido rigen igualmente el caso de que el individuo que recibió la cosa en pago la hubiere donado, pues la donación no subsiste, y el donatario tiene las mismas obligaciones que tales reglas imponen al que indebidamente recibe el pago (Art. 1663, Cód. civ).<sup>1</sup>

El que de mala fe recibe una cantidad indebida, está obligado á restituirla con los intereses, contados desde el día en que la recibió; porque su conducta inmoral necesita de una justa represión, y hace que la ley le equipare al deudor que ha incurrido en mora (Art. 1,664, Cód. civ).<sup>2</sup>

Si la cosa recibida es cierta y determinada, debe restituirla en especie el que la recibió de mala fe, así como los frutos que haya producido y los que haya dejado de producir por su omisión culpable; pues la mala fe hace que con justa causa, se equipare el que recibió la cosa al que adquiere su tenencia por robo (Art. 1,685, Cód. civ).<sup>3</sup>

El que recibió la cosa de mala fe es también responsable de los daños y perjuicios que sufre el que se la entregó, y de toda pérdida ó deterioro que haya sobrevenido en la cosa éste se había verificado aunque la cosa hubiera estado po-

1 Artículo 1,549, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,550, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,541, Código civil de 1884.

seída por su dueño ó que la pérdida se haya producido natural é inevitablemente por el solo curso del tiempo (Arts. 1,660, 950 y 951, Cód. civ).<sup>1</sup>

En el caso de que el que recibió la cosa de mala fe, la hubiere enajenado á uno que tuviere también mala fe, puede reivindicarla el dueño y exigir indistintamente de los dos la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren seguido; pero si el tercero recibió la cosa de buena fe, puede reivindicarla el dueño sólo en el caso de que la enajenación se haya hecho á título gratuito ó de el que enajenó estuviere insolvente. En el primer caso, puede reclamar el dueño los daños y perjuicios de éste, y en el segundo conserva á salvo su derecho para cuando mejore de fortuna el insolvente (Arts. 1,167 y 1,168, Cód. civ).<sup>2</sup>

En cuanto á las mejoras operadas en la cosa pagada indebidamente, se observan las reglas que el Código establece respecto de los poseedores de buena y de mala fe, cuyo estudio hemos hecho en el artículo IV, lección quinta del tomo II de esta obra, al cual remitimos á nuestros lectores.<sup>3</sup>

## V

### Del ofrecimiento del pago y de la consignación.

Quando un acreedor, por capricho ó por cualquier otro motivo rehusa el pago de la cantidad ó cosa que se le debe, tiene derecho el deudor para estrecharle á que la reciba y evitar que su injusta repulsa le ocasione perjuicios, á cuyo fin le concede la ley la facultad de consignar la cantidad ó cosa ob-

1 Artículos 1,546, 853 y 854, Código civil de 1884.

2 Artículos 1,051 y 1,052, Código civil de 1884.

3 Página 119.

restitución del comprador que la adquirió de buena fe y á título oneroso; es evidente que el precepto referido establece un error contrario á los principios elementales del derecho, que no puede producir ningún efecto jurídico á favor del que pagó indebidamente, y que puede convertirse en el origen de complicadas controversias.

En una palabra: ese precepto es antijurídico, absurdo é injusto, porque autoriza al vendedor para retener sin derecho alguno el precio de la cosa que se le entregó por error, cediendo en cambio al dueño de ella una acción que no tiene según las leyes, ó lo que es lo mismo, un derecho imaginario.

Las reglas que hemos establecido rigen igualmente el caso de que el individuo que recibió la cosa en pago la hubiere donado, pues la donación no subsiste, y el donatario tiene las mismas obligaciones que tales reglas imponen al que indebidamente recibe el pago (Art. 1663, Cód. civ).<sup>1</sup>

El que de mala fe recibe una cantidad indebida, está obligado á restituirla con los intereses, contados desde el día en que la recibió; porque su conducta inmoral necesita de una justa represión, y hace que la ley le equipare al deudor que ha incurrido en mora (Art. 1,664, Cód. civ).<sup>2</sup>

Si la cosa recibida es cierta y determinada, debe restituirla en especie el que la recibió de mala fe, así como los frutos que haya producido y los que haya dejado de producir por su omisión culpable; pues la mala fe hace que con justa causa, se equipare el que recibió la cosa al que adquiere su tenencia por robo (Art. 1,685, Cód. civ).<sup>3</sup>

El que recibió la cosa de mala fe es también responsable de los daños y perjuicios que sufre el que se la entregó, y de toda pérdida ó deterioro que haya sobrevenido en la cosa éste se había verificado aunque la cosa hubiera estado po-

1 Artículo 1,549, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,550, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,541, Código civil de 1884.

seída por su dueño ó que la pérdida se haya producido natural é inevitablemente por el solo curso del tiempo (Arts. 1,660, 950 y 951, Cód. civ).<sup>1</sup>

En el caso de que el que recibió la cosa de mala fe, la hubiere enajenado á uno que tuviere también mala fe, puede reivindicarla el dueño y exigir indistintamente de los dos la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren seguido; pero si el tercero recibió la cosa de buena fe, puede reivindicarla el dueño sólo en el caso de que la enajenación se haya hecho á título gratuito ó de el que enajenó estuviere insolvente. En el primer caso, puede reclamar el dueño los daños y perjuicios de éste, y en el segundo conserva á salvo su derecho para cuando mejore de fortuna el insolvente (Arts. 1,167 y 1,168, Cód. civ).<sup>2</sup>

En cuanto á las mejoras operadas en la cosa pagada indebidamente, se observan las reglas que el Código establece respecto de los poseedores de buena y de mala fe, cuyo estudio hemos hecho en el artículo IV, lección quinta del tomo II de esta obra, al cual remitimos á nuestros lectores.<sup>3</sup>

## V

### Del ofrecimiento del pago y de la consignación.

Quando un acreedor, por capricho ó por cualquier otro motivo rehusa el pago de la cantidad ó cosa que se le debe, tiene derecho el deudor para estrecharle á que la reciba y evitar que su injusta repulsa le ocasione perjuicios, á cuyo fin le concede la ley la facultad de consignar la cantidad ó cosa ob-

1 Artículos 1,546, 853 y 854, Código civil de 1884.

2 Artículos 1,051 y 1,052, Código civil de 1884.

3 Página 119.

jeto de la obligación, declarando que el ofrecimiento, seguido de la consignación hace las veces de pago, si se verifica con los requisitos que ella misma exige para la validez de éste. (Art. 1,670, Cód. civ).<sup>1</sup>

Pero como puede venir la necesidad de la consignación de la repulsa del acreedor ó de la circunstancia de ser éste incierto ó incapaz y estar privado de la administración de sus bienes, declara el artículo 1,671 del Código civil, que si el acreedor rehusa sin justa causa recibir la prestación debida ó dar el documento justificativo del pago; ó si es persona incierta ó incapaz de recibir, puede el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa.<sup>2</sup>

Explicando Pothier los efectos de la consignación, se expresa en los términos siguientes, que trasladamos aquí, porque condensan en pocas palabras la explicación de los preceptos que acabamos de exponer.<sup>3</sup>

“La consignación no es propiamente un pago; porque éste comprende esencialmente la traslación de la propiedad de la cosa pagada á la persona del acreedor. Pero es evidente que la consignación no trasfiere la propiedad de la cosa consignada á la persona del acreedor, supuesto que éste no la puede adquirir sino recibiendo voluntariamente la cosa que se le ofrece. *Dominium non acquiritur, nisi corpore et animo.*”

“Pero aunque la consignación que se hace por la repulsa del acreedor para recibir la cosa ó la cantidad que se le ofrece, no es un verdadero pago, sin embargo, cuando se hace válidamente, equivale á un pago y extingue la deuda, de la misma manera que la extinguiría el pago real hecho al acreedor.”

De lo expuesto se infiere, que para que la consignación

1 Artículo 1,556 Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,557, Código civil de 1884.

3 Des Obligations, n.º 573

haga las veces del pago y extinga la obligación son necesarios los requisitos siguientes:

1.º El ofrecimiento de pago al acreedor:

2.º La consignación en los términos que después diremos:

3.º Que el ofrecimiento reúna los requisitos que para el pago exige la ley; esto es, que se haga por el deudor ó por persona que legalmente lo represente, en el lugar y tiempo convenido, llenando las demás condiciones que hemos expresado en los artículos III y IV de esta lección.

La consignación debe hacerse en la forma siguiente:

El deudor debe ocurrir al juez competente y promover de palabra ó por escrito, según la cantidad de que se trate, con exposición de la repulsa del acreedor y consignándole la cosa ó suma objeto del pago, á fin de que oído el acreedor, le obligue á recibirla.

Si el acreedor es cierto y conocido, se le debe citar para día, hora y lugar determinados á fin de que reciba ó vea depositar la cosa debida; si es desconocido se le debe citar por los periódicos por el plazo que el juez designe, y si está ausente ó es incapaz, se debe citar á su representante legítimo (Art. 1,672 á 1,674, Cód. civ).<sup>1</sup>

Si el acreedor no comparece en el día, hora y lugar designados, ó no envía procurador con autorización bastante, que reciba la cosa ó cantidad, ó si compareciendo rehusa recibirla, el juez debe extender certificación en que conste la comparecencia del acreedor, la falta del procurador ó la repulsa de uno y otro para recibir la cosa ó cantidad (Art. 1,675, Cód. civ).<sup>2</sup>

Con esa certificación puede pedir el deudor el depósito judicial, según lo declara el artículo 1,676 del Código civil, y el juez debe mandar hacerlo, oyendo sumariamente al

1 Artículos 1,558 á 1,560, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,561, Código civil de 1884.



acreedor en los términos que establece el Código de Procedimientos.<sup>1</sup>

Este determina que la demanda se conteste dentro de tres días, que el término de prueba no exceda de veinte, dentro del cual se deben alegar y probar las tachas que tuvieren los testigos e instrumentos; que no puedan presentarse más de diez testigos para la prueba principal y cinco para las tachas; que para los alegatos goza hasta de diez días cada parte, pasados los cuales y dentro de los ocho siguientes debe fallar el juez, y finalmente, que en este juicio, así como en todos los sumarios, ni la sentencia definitiva ni otra alguna son apelables, sino en el efecto devolutivo (Arts. 891 á 905, Cód. de Proced. de 1872 y 833 y 834 Cód. de 1880).<sup>2</sup>

Cuando el acreedor es conocido pero son dudosos sus derechos, puede depositar el deudor la cosa debida en los términos indicados, con citación del interesado á fin de que justifique sus derechos por los medios legales (Art. 1,677, Cód. civ).<sup>3</sup>

Una vez constituido el depósito con los requisitos que hemos indicado, queda la cosa á riesgo del acreedor; porque además de haberse constituido en mora para recibirla, el deudor se ha desahogado de ella, no percibe los frutos que produce, ni tiene la culpa de la pérdida ó deterioro que sufre (Art. 1,679, Cód. civ).<sup>4</sup>

Este efecto es una consecuencia necesaria del que la ley le atribuye al ofrecimiento seguido de la consignación, pues si es equivalente al pago por el cual se transmite la propiedad de la cosa debida, es claro que, constituido el depósito de ella, todo el aumento ó disminución que tenga debe redun-

1 Artículo 1,562, Código civil de 1884.

2 Artículos 950 á 959, Código de Procedimientos de 1884.

3 Artículo 1,663, Código civil de 1884.

4 Artículo 1,575, Código civil de 1884.

dar en beneficio ó daño del acreedor, siempre que se declare infundada su oposición.

Si el juez falla declarando fundada la oposición de éste, el ofrecimiento y la consignación se tienen por no hechos; pero sí, por el contrario, los aprueba, queda extinguida la obligación con todos sus efectos, y los gastos que hubiere demandado son de cuenta del acreedor, toda vez que su injusta é inmotivada resistencia ha dado origen á ellos (Arts. 1,678, 1,680 y 1,983, Cód. civ).<sup>1</sup>

Entre tanto no acepta el acreedor la consignación, ó no se pronuncia sentencia sobre ella, puede retirar el deudor la cosa del depósito, pero en tal caso conserva la obligación toda su fuerza; pues no pudiendo el acreedor adquirir la propiedad de la cosa sin su voluntad, mientras ésta no se manifieste de una manera espontánea, ó no la supla la autoridad del juez, el deudor conserva su dominio, y puede por lo mismo, disponer libremente de ella (Art. 1,681, Cód. civ).<sup>2</sup>

Pero después de la sentencia que obliga al acreedor á aceptar la consignación, no puede el deudor retirar la cosa del depósito sin el consentimiento de aquél, y si lo otorga, pierde cualquier derecho de preferencia que sobre ella tenga, y quedan los codeudores y fiadores libres de la obligación, si la cosa ha sido retirada sin su consentimiento (Art. 1,682, Cód. civ).<sup>3</sup>

La razón es obvia, el consentimiento del acreedor y la sentencia que le obliga á aceptar la consignación, le transmiten la propiedad de la cosa depositada, extinguiendo definitivamente la deuda; y por consiguiente carece el deudor de derecho para disponer de ella, si no es con el consentimiento de su dueño.

Pero ese consentimiento, que hace renacer la deuda ya extinguida, no puede redundar en beneficio del que lo presta á

1 Artículos 1,564, 1,566 y 1,569, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,567, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,568, Código civil de 1884.

expensas y con daño de aquellas personas obligadas mancomunadamente con el deudor ó como fiadores, ni de otros acreedores para alegar el derecho de preferencia; porque en realidad se celebra un nuevo contrato entre el acreedor y el deudor, en el cual no intervienen estas personas, ni es justo que habiéndose extinguido su responsabilidad queden obligados de nuevo sin su consentimiento, ó bien que conserve el acreedor un privilegio á que no tiene derecho, supuesto que ya se había extinguido por la consignación que hace las veces y produce los efectos jurídicos del pago.

## VI

## De la compensación.

La compensación es el tercero de los modos de extinguirse las obligaciones que reconoce el Código civil, de aplicación y efectos muy importantes, cuyo estudio vamos á hacer.

La compensación, según dice la ley 20, tít. 14, Partida 5.<sup>a</sup>, es otra manera de pagamiento, porque se desata la obligación de la deuda, que un ome debe á otro: é *combensatio* en latín tanto quiere decir en romance, como descontar un debdo por otro.

Aunque en distinta forma, da el artículo 1,684 del Código civil una definición igual, diciendo que tiene lugar la compensación, cuando dos personas reúnen la cualidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho; y el artículo 1,685 declara, que el efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas hasta la cantidad que importe la menor.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,570, y 1571, Código Civil de 1,884.

De estos preceptos podemos deducir una definición clara y precisa de la compensación, y decir, que es la extinción ó pago de una deuda con otra, que se verifica por ministerio de la ley cuando dos personas reúnen la cualidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

La compensación tiene por origen y fundamento una consideración de equidad, pues sería injusto que una persona pudiera ser forzada á pagar, sin que á su vez pudiera exigir á su acreedor, que también es su deudor, el pago de lo que le adeuda, con el grave é inminente peligro de quedar burlado en el ejercicio de sus derechos.

Además, por la compensación se economizan á las partes los gastos y molestias que demandarían los pagos recíprocos que sin ella tendrían que hacer, después de los cuales se encontrarían exactamente en la misma situación en que se hallaban antes de verificarlos. Esto es, habrían dado pasos, erogado gastos y mal invertido el tiempo en entregar un individuo al otro la cosa ó cantidad debida, la cual habría tenido que devolverla á aquél en pago, para cumplir debidamente su obligación.

Para que pueda tener lugar la compensación es precisa la concurrencia de los requisitos siguientes, que señalan los artículos 1,686 y 1,687 del Código civil:<sup>1</sup>

- 1.º Que las dos deudas consistan en una cantidad de dinero, ó en cosas fungibles de la misma especie y calidad:
- 2.º Que sean líquidas:
- 3.º Que sean exigibles:
- 4.º Que sean recíprocas.

Se exige el primer requisito, porque la compensación tiene por objeto un pago recíproco que se hacen las partes; por cuyo motivo, ninguna de ellas, en su calidad de acreedor, puede ser obligada á recibir en compensación otra cosa distinta de la que estaría obligada á recibir en pago.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,572 y 1,573, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Pothier, Des Obligations, núm. 624.

expensas y con daño de aquellas personas obligadas mancomunadamente con el deudor ó como fiadores, ni de otros acreedores para alegar el derecho de preferencia; porque en realidad se celebra un nuevo contrato entre el acreedor y el deudor, en el cual no intervienen estas personas, ni es justo que habiéndose extinguido su responsabilidad queden obligados de nuevo sin su consentimiento, ó bien que conserve el acreedor un privilegio á que no tiene derecho, supuesto que ya se había extinguido por la consignación que hace las veces y produce los efectos jurídicos del pago.

#### De la compensación.

La compensación es el tercero de los modos de extinguirse las obligaciones que reconoce el Código civil, de aplicación y efectos muy importantes, cuyo estudio vamos á hacer.

La compensación, según dice la ley 20, tít. 14, Partida 5.<sup>a</sup>, es otra manera de pagamiento, porque se desata la obligación de la deuda, que un ome debe á otro: é *combensatio* en latín tanto quiere decir en romance, como descontar un

De estos preceptos podemos deducir una definición clara y precisa de la compensación, y decir, que es la extinción ó pago de una deuda con otra, que se verifica por ministerio de la ley cuando dos personas reúnen la cualidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

La compensación tiene por origen y fundamento una consideración de equidad, pues sería injusto que una persona pudiera ser forzada á pagar, sin que á su vez pudiera exigir á su acreedor, que también es su deudor, el pago de lo que le adeuda, con el grave é inminente peligro de quedar burlado en el ejercicio de sus derechos.

Además, por la compensación se economizan á las partes los gastos y molestias que demandarían los pagos recíprocos que sin ella tendrían que hacer, después de los cuales se encontrarían exactamente en la misma situación en que se hallaban antes de verificarlos. Esto es, habrían dado pasos, erogado gastos y mal invertido el tiempo en entregar un individuo al otro la cosa ó cantidad debida, la cual habría tenido que devolverla á aquél en pago, para cumplir debidamente su obligación.

Para que pueda tener lugar la compensación es precisa la concurrencia de los requisitos siguientes, que señalan los artículos 1,686 y 1,687 del Código civil: <sup>1</sup>

1.º Que las dos deudas consistan en una cantidad de dinero, ó en cosas fungibles de la misma especie y calidad:

2.º Que sean líquidas:

Es decir, que la compensación tiene que hacerse de manera que una de las cosas debidas haga exactamente las veces de la otra, cuyo resultado no se puede obtener sino con el dinero y las cosas fungibles que son de la misma especie y calidad, que no se determinan individualmente, sino por la clase á que pertenecen y entran en el comercio por peso, número ó medida.

Las deudas deben ser líquidas, es decir, que la existencia y el importe de ellas deben ser ciertos, pues si no reúnen alguna estas circunstancias son dudosas, y no puede obligarse al acreedor á admitir la compensación, supuesto que la incertidumbre hace que no haya en realidad deuda alguna. Malamente se podría pagar una deuda líquida que se ignora si existe ó no.

Sin embargo, las deudas que no son líquidas pueden compensarse por consentimiento expreso de los interesados, en virtud de la facultad que tiene todo hombre de renunciar libremente los beneficios que las leyes le otorgan y de disponer de sus bienes como mejor le parezca, siempre que no perjudique los derechos de tercero y el orden público.

Se llama deuda líquida, no sólo aquella cuya cuantía se halla determinada, sino también aquella cuyo importe indeterminado puede determinarse dentro del plazo de nueve días (Art. 1,688, Cód. civ).<sup>1</sup>

Esta declaración que hace la ley tiene por fundamento consideraciones de equidad y de conveniencia pública; pues, siendo ventajosos y equitativos los efectos de la compensación, quiso ampliar los medios de procurarla, otorgando al deudor con la concesión de un término la oportunidad de formar la liquidación.<sup>2</sup>

La ley establece una excepción á la regla que exige para la compensación que las deudas sean líquidas; declarando que las pagaderas en diferente lugar pueden compensarse

<sup>1</sup> Artículo 1,575, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Exposición de motivos.

mediante indemnización de los gastos de transporte ó cambio al lugar del pago (Art. 1,703. Cód. civ).<sup>1</sup>

En efecto: el dinero ó los objetos de la obligación pueden tener mayor valor en el lugar del pago, y la diferencia de valores, que es lo que en términos técnicos se llama *cambio*, hace ilíquidas las dos deudas, porque introduce un elemento incierto en la comparación de ellas, la diferencia de valores.

Sin embargo, la ley prescinde de esta consideración, porque en el comercio hay siempre un tipo fijo en el cambio, y por consiguiente en los valores del dinero y de las mercancías en las diversas localidades, cuya circunstancia reduce la liquidación á una simple operación aritmética: es decir, que la ley establece la excepción á que aludimos, porque las deudas son fáciles de liquidar dentro del plazo que señala el artículo 1,688 del Código.<sup>2</sup>

La necesidad de la tercera condición, esto es, que las deudas sean exigibles, se deriva de la naturaleza misma de la compensación, porque siendo un pago que se verifica por ministerio de la ley, sólo puede tener lugar cuando cada uno de los acreedores puede obligar al otro á que le pague.

Si no fuera así, aquel de los deudores que reportara una obligación á plazo, perdería sin justicia el beneficio que éste le producía, violando la fe y los términos del contrato.

Por este motivo dice Demolombe, que la palabra *exigibles* con que se caracteriza una de las circunstancias necesarias para la compensación, se debe entender en un sentido lato; pues significa no sólo que no es compensable una deuda á plazo, sino que expresa una regla general: esto es, que es preciso que cada uno de los acreedores tenga actualmente el derecho de obligar al pago á su deudor, sin que se lo impida ningún obstáculo temporal ó perpetuo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,588, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,574, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Tomo XXVIII, núm. 536.

Esta teoría perfectamente jurídica, ha encontrado sanción en el artículo 1,689 del Código civil que dice: que se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme á derecho.<sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere, que no son compensables las deudas á plazo y las contraídas bajo condición suspensiva, porque mientras no fenecce el plazo ó no se verifica la condición carecen los acreedores de derecho para exigir el pago.

El último de los requisitos que, como indispensables para la compensación hemos señalado, es de evidencia, pues malamente podría pretender la compensación de los créditos propios con los ajenos, porque faltaría la condición en que se funda la teoría de la compensación, la circunstancia de que dos personas reunan á la vez la cualidad de acreedores y deudores el uno del otro.

En consecuencia, el mandatario que es reconvenido en nombre del mandante no puede oponer la compensación ofreciendo sus propios créditos, ni el del deudor puede pretender la de su deuda con el crédito de un tercero.

Según el artículo 1,691 del Código, no tiene lugar la compensación en los casos siguientes:<sup>2</sup>

1.º Si una de las partes la hubiere renunciado:

2.º Si una de las deudas toma su origen de un fallo condenatorio por causa de despojo; pues en tal caso el que obtuvo aquél á su favor, debe ser pagado, aunque el despojante le oponga la compensación.

La ley ha establecido, esta prohibición por el interés social, y á fin de conservar la paz pública, que sería grave y constantemente amenazada, si por medio de la compensación encontraran los acreedores la impunidad de sus actos violentos, empleados para pagarse sus créditos de propia autoridad, apoderándose de bienes ó cosas de sus deudores.

1 Artículo 1,575, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,577 Código civil de 1884.

Pero independientemente de esta razón que es de evidencia, hay otra jurídica igualmente poderosa, que explica de una manera satisfactoria por qué en el caso indicado no puede tener lugar la compensación, y que consiste en que el individuo que comete un despojo no es deudor de cantidad sino de especie, aun cuando se trate de cosas que entran en el comercio por peso, número ó medida, porque está obligado á restituir las mismas cosas de que se apoderó y no otras de la misma especie y calidad que puedan hacer exactamente sus veces.<sup>1</sup>

3.º Si una de las deudas fuere por alimentos debidos conforme al capítulo 4.º título 5.º del libro 1.º del Código civil; pues estando prohibido su embargo, porque son indispensables para la vida del deudor, si se permitiera su compensación con otros créditos, se obtendrían efectos idénticos á los que aquél produce, y se haría ilusoria la prohibición de la ley.

Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, porque se refiere solamente á los alimentos futuros, y no á los ya vendidos y no pagados que pueden ser objeto de la compensación.

4.º Si la deuda fuere de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley ó por el título de que procede; á no ser que ambas deudas fueren igualmente privilegiadas.

Por ejemplo; el mandatario no puede compensar los perjuicios que cause, con los provechos que por otro motivo haya procurado al mandante (Art. 2,493, Cód. civ.).

5.º Si la deuda es de cosa puesta en depósito; porque este contrato tiene por fundamento principal la buena fe y la honradez, por cuyo motivo la ley asimila moralmente la retención de la cosa depositada al despojo.

Ade más, según las reglas que rigen respecto del depósito,

1 Colnet de Santerre, tomo V, núm. 244, bis I.

2 Artículo 2,361 Código Civil de 1,884.

obligan al depositario á devolver exactamente la misma cosa que recibe y no otra equivalente y que haga sus veces; y ya hemos dicho que la compensación sólo tiene lugar cuando las deudas son de cosas fungibles que pueden sustituirse por otras de la misma especie y calidad.

6.º Si las deudas son fiscales ó municipales, excepto en los casos en que la ley lo permite; por tratarse de las necesidades públicas, que en todo tiempo merecen preferencia por el interés de la sociedad.

La compensación puede oponerse en cualquiera estado del juicio, si se alega como excepción; y puede renunciarse, ya expresamente, ya de una manera tácita, por hechos que manifiesten de un modo claro la voluntad de hacer la renuncia, en virtud del principio que establece, que todo hombre es libre para renunciar los beneficios de la ley que le favorecen.

Veamos cuales son los efectos de la renuncia.

El que paga una deuda compensable, no puede, cuando exija su crédito que podría ser compensado, aprovecharse, en perjuicio de tercero, de los privilegios é hipotecas que tenga á su favor al tiempo de hacer el pago; á no ser que pruebe que ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda (Art. 1,663, Cód. civ).<sup>1</sup>

Este efecto de la renuncia es una consecuencia necesaria de la regla general que establece la ley, según la cual la compensación extingue de pleno derecho las dos deudas desde el momento en que coexisten, y por consiguiente las obligaciones accesorias ó subsidiarias que garantizan el cumplimiento de ellas.

En efecto: si las deudas se han extinguido por ministerio de la ley y con ellas las hipotecas, privilegios y demás accesorios que las garantizaban, y si no obstante esta circunstancia paga uno de los deudores el importe de su deuda; es

1 Artículo 1,579 Código civil de 1,884.

claro que la revive, porque renuncia al beneficio de la compensación, pero sin perjuicio de tercero cuyos derechos han mejorado por aquella renuncia que extinguió los privilegios y demás garantías.

El principio á que nos referimos, tomado del artículo 1,299 del Código Francés, ha dado origen á que los comentaristas de éste se dividan sosteniendo tres teorías distintas, que son las siguientes:

1.ª El que paga una deuda compensable sin oponer la compensación tiene un crédito nuevo, que nace precisamente del pago que hizo no siendo deudor; y tiene, por lo mismo, acción para repetir lo indebido, *conditio indebiti*, pero no su antiguo crédito:

2.ª El deudor que paga sin oponer la compensación conserva su antiguo crédito, y en consecuencia, tiene acción para cobrarlo, proveniente del contrato que le dió origen, pero no en virtud de un pago indebido:

3.ª El deudor que no opone la compensación tiene la acción que le asistía para cobrar la antigua deuda, y la que engendró el pago indebido; y puede ejercer á su arbitrio la una ó la otra.

Juzgamos esta controversia enteramente extraña á nuestro propósito, y por lo mismo, nos limitamos solamente á manifestar que la primera teoría tiene en su apoyo la autoridad de Pothier, Colmet de Santerre y otros muchos jurisconsultos ilustres, y por fundamento los principios del derecho Romano, como lo acredita la ley 10, pár. 1, tít. 2 lib. 16 del Digesto, que dice:

*“Si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.”*

Las teorías expresadas tienen por objeto, como puede comprenderse, explicar el motivo del precepto que autoriza el cobro de la cantidad pagada por el deudor sin oponer, pudiendo, la compensación; pero cualquiera que sean los fundamentos que las apoyan, creemos que nos hallamos más

cerca de lo justo, si sostenemos que tal precepto tiene por fundamento la equidad.

Pero ese precepto sufre excepción en cuanto á la extinción de los privilegios é hipotecas que tiene el acreedor, si ignoraba al tiempo de hacer el pago la existencia del crédito que extinguía la deuda; pues la ley viene en su auxilio, y tomando en consideración el justo error en que se encontraba, le conserva por equidad y justicia su antiguo derecho con todas sus acciones de garantía.

De lo expuesto se infiere, que el precepto cuyo estudio hacemos supone los dos casos siguientes, que producen efectos jurídicos distintos:

1.º Cuando el que paga sabiendo que es acreedor y que su deuda está extinguida, no opone, sin embargo, la compensación.

En este caso supone la ley, con entera justicia, que el que pagó ha renunciado los efectos de la compensación, y admitiendo tal renuncia la retrotrae á la fecha en que por ministerio de la ley se verificó y tiene por no extinguida la deuda, pero no la conserva con perjuicio de tercero; porque habiéndose extinguido de pleno derecho, se extinguieron también las obligaciones accesorias que la garantizaban, pues éstas no pueden existir sin una principal, y en consecuencia, el que pagó no puede oponer los privilegios é hipotecas constituídos á su favor, con perjuicio de tercero.

2.º Cuando el que pagó ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda. <sup>1</sup>

La ley conserva al acreedor en este caso sus privilegios é hipotecas aún con perjuicio de tercero, porque la ignorancia, el error en que incurrió respecto de sus relaciones jurídicas vicia su consentimiento para hacer el pago y produce su nulidad:

Por idénticas razones, si el deudor hubiere consentido la

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVIII. núm. 465.

cesión hecha por el acreedor en favor de un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que podía oponer al cedente; pero si el acreedor dió conocimiento de la cesión al deudor, y éste no la consintió, puede oponer al cesionario la compensación de los créditos que tubiere contra el cedente y que fueren anteriores á la cesión (Arts. 1,700 y 1,701 Cod. civ). <sup>1</sup>

Estos principios se fundan también en la consideración de que, el deudor que consiente pura y simplemente en la cesión que hace su acreedor y no hace valer la compensación, se presume que la renuncia respecto del cesionario, cuya renuncia no es presumible cuando hace valer aquella excepción al notificársele que el acreedor cedió su crédito al cesionario.

Pero en tal caso sólo puede oponer el deudor la compensación por deudas de fecha anterior á la cesión, pues desde que ésta se consumó dejó de ser acreedor el cedente.

Si se realiza la cesión sin conocimiento del deudor, puede éste oponer la compensación de los créditos anteriores á ella y la de los posteriores hasta la fecha en que hubiere tenido conocimiento de su verificativo; pues nada sería más contrario á la justicia y la equidad que se viera privado de los derechos que la ley le otorga por la malicia ó la negligencia del cedente ó del cesionario, que han podido inducirles á no hacerle saber la cesión.

Puede oponerse la compensación no sólo por las personas que reúnen las cualidades de acreedores y deudores recíprocamente, sino también por el fiador, que puede utilizar la de la deuda del acreedor al deudor principal; pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador (Art. 1,698, Cód. civ.) <sup>2</sup>

La razón es porque desde el instante en que el acreedor se convierte en deudor del deudor principal, se extingue la

<sup>1</sup> Artículos 1,585, y 1,586 Código civil de 1854.

<sup>2</sup> Artículo 1,583, Código civil de 1884.

deuda de pleno derecho, y por consiguiente, se extingue también la fianza que es una obligación accesoria, que no puede existir por sí sola.

En cuanto á la prohibición al deudor principal de oponer en compensación el crédito del fiador, se funda en que la fianza es accesoria, y por lo mismo, no puede operarse aquella de pleno derecho y por ministerio de la ley, ni el acreedor puede perseguir al fiador sino cuando el deudor no paga, cuya circunstancia acredita que antes no reúne la doble cualidad de deudor y acreedor, sin la cual no puede haber la compensación; y este es el motivo por el cual declara el artículo 1,697 del Código civil, que el fiador antes de ser demandado por el acreedor no puede oponer á éste la compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda principal. <sup>1</sup>

Tampoco puede pretender el deudor solidario la compensación de su deuda con lo que debe su acreedor á uno de sus codeudores; porque si se diera á cada uno de los deudores solidarios derecho de oponer la compensación del crédito de uno de ellos, éste se vería obligado en todo caso y sin excusa alguna á pagar el total de la deuda con peligro de sufrir el perjuicio resultante de la insolvencia de alguno de sus codeudores, lo cual sería injusto (Art. 1,699, Cód. civ). <sup>2</sup>

Finalmente: la compensación tampoco puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero, legítimamente adquiridos (Art. 1,704 Cód. civ). <sup>3</sup>

Esta prescripción de la ley no es perfectamente clara; pero una ligera explicación bastará para comprenderla.

La compensación hace las veces y produce los efectos del pago, por cuya circunstancia muchas de las reglas que rigen á éste le son perfectamente aplicables. Pues bien, el precepto á que nos referimos no es más que la reproducción del contenido en el artículo 1,656 del Código, que declara, que no es válido el pago hecho al acreedor después que se

<sup>1</sup> Artículo 1,582, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,584 Código Civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,589 Código Civil de 1,884.

le haya ordenado judicialmente la retención de la deuda; y por lo mismo, es también aplicable la explicación que dimos al final del artículo IV de esta lección. <sup>1</sup>

Un ejemplo hará más comprensible el precepto á que nos referimos. Pedro debe á Francisco 1,000 pesos, quien á su vez adeuda igual cantidad á Antonio. Si éste, para asegurar el pago de su crédito, solicita del juez, por vía de providencia precautoria, que mande secuestrar la cantidad de que es acreedor Francisco, y Pedro se convierte después en su acreedor, no puede oponer la compensación, porque equivaldría á un pago hecho á Francisco, que no puede recibir con perjuicio de los derechos que Antonio adquirió en virtud del secuestro provisional.

Los jurisconsultos distinguen las tres especies siguientes de la compensación:

- 1.ª La legal:
- 2.ª La facultativa:
- 3.ª La judicial.

La legal es la que se opera por ministerio de la ley, cuando las dos deudas reúnen las condiciones que ésta requiere.

La facultativa es la que depende de la voluntad de uno de los interesados y no puede oponerse por el otro, por no reunir todas las condiciones de la ley.

Por ejemplo; Juan debe á Pedro 500 pesos, cuya cantidad es exigible por ser de plazo vencido; y á su vez Pedro debe á Juan una suma igual, pagadera á seis meses. La compensación legal no puede tener lugar en este caso, porque aun cuando ambas deudas son líquidas, una de ellas no es exigible; pero si Pedro renuncia el beneficio que le resulta del plazo, puede verificarse la compensación.

La judicial es la que se opera en virtud de una sentencia, y por la pretensión del demandante que la opone como excepción ó reconvención á la demanda formulada en su contra.

<sup>1</sup> Artículo 1,542, Código Civil de 1884.



Todas estas compensaciones producen efectos especiales, que estudiaremos con la debida separación.

La compensación legal se opera de pleno derecho, esto es, extingue por ministerio de la ley las dos deudas hasta la cantidad que importe la menor. De donde se infiere que, si las dos deudas no son de igual cantidad, hecha la compensación en los términos indicados, queda expedita la acción por el resto de la deuda (Art. 1,685 y 1,690 Cód. civ).<sup>1</sup>

Se infiere también, que desde el momento en que la compensación es legalmente hecha, produce sus efectos de pleno derecho y extingue no sólo las obligaciones de los interesados, sino todas las correlativas y accesorias; esto es, las fianzas, hipotecas etc, etc (Art. 1,692 Cód. civ).<sup>2</sup>

Del principio que establece que la compensación se produce de pleno derecho deducen los autores las siguientes consecuencias, que reasumen en términos concisos los efectos de ella.

1.<sup>o</sup> La compensación se opera aún sin el consentimiento y sin la voluntad de los interesados, y por consiguiente nada importa que éstos sean capaces ó incapaces:

2.<sup>o</sup> Dejan de correr los intereses que causan ambas deudas desde el instante en que tiene lugar la compensación:

3.<sup>o</sup> Se extinguen desde luego las obligaciones accesorias que garantizan las deudas compensadas, esto es, los privilegios, las fianzas, las hipotecas etc.

Si fueren varias las deudas sujetas á compensación, se debe seguir, á falta de declaración, el orden que la ley señala para la imputación de pagos, cuyas reglas hemos explicado en el artículo III lección tercera de este tratado (Art. 1,694 Cód. civ).<sup>3</sup>

Así, pues, si hubiere varias deudas compensables, se hará la compensación en los términos que convengan los inte-

1 Artículos 1,571 y 1,576, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,578, Código civil de 1884.

Artículo 1,580, Código Civil de 1884.

resados; y á falta de designación de ellos se deben observar las reglas siguientes:

1.<sup>o</sup> Se hará la compensación entre las deudas que fueren más onerosas de las vencidas:

2.<sup>o</sup> En igualdad de circunstancias, entre las más antiguas:

3.<sup>o</sup> Siendo todas las deudas de la misma fecha, la compensación se hará entre todas á prorata.

La compensación facultativa, la judicial y la legal producen exactamente los mismos efectos jurídicos, en cuanto á la extinción de la deuda, pues desde el momento en que se verifican, se extinguen las obligaciones de ambos interesados, y con ellas las accesorias que les servían de garantía, como las fianzas, hipotecas, etc; pero se diferencian en cuanto á la fecha en que se producen tales efectos.

La compensación legal, como hemos dicho, se opera por ministerio de la ley, sin que intervenga para nada la voluntad de los interesados y desde el instante mismo en que estos reúnen á la vez las cualidades de acreedores y deudores.

Por el contrario; la compensación facultativa exige la declaración expresa de la voluntad del interesado cuya deuda no es compensable, para que tal compensación pueda operarse, por cuyo motivo no produce sus efectos sino desde el instante en que por convenio de los interesados se hicieron las dos deudas compensables.

De la misma manera, la compensación judicial debe oponerse en juicio, y si el juez declara que deben compensarse las dos deudas, se producen sus efectos desde el día de la pronunciación de la sentencia.<sup>1</sup>

1 Laurent, tomo XVIII, núm. 476; Demolombe, tomo XXVIII, núm. 691; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 251 bis VIII; etc, etc.

## VII

## De la subrogación.

Vamos á ocuparnos del estudio de la subrogación, uno de los modos de extinción de las obligaciones, que siempre han estimado los jurisconsultos como una de las materias más importantes, y más árduas y difíciles del derecho civil.

La subrogación debe su origen al derecho Romano, en cuyos preceptos se halla establecida y sancionada, aunque no en una forma análoga á la que tiene según nuestro derecho actual, ni designada con ese nombre, que fué tomado del derecho Canónico, en el que se le daba, respecto de los beneficios un sentido semejante al que tiene ahora.<sup>1</sup>

La palabra *subrogación*, tomada en su acepción más amplia y general, significa la sustitución de una cosa por otra ó de una persona por otra.

De donde viene la distinción de la subrogación en real y personal.

La subrogación real consiste en la sustitución de una cosa en lugar de otra, que se reputa de la misma naturaleza y calidad, para que pertenezca á las mismas personas á que pertenecía la sustituida.

El Código civil no ha reunido en un sólo tratado los preceptos relativos á la subrogación real, sino que se hallan dispersos en todo él. Por ejemplo; en el tratado de ausentes é ignorados se encuentra establecida la subrogación real respecto de los bienes del ausente en el artículo 760, que declara, que si éste se presenta, ó se prueba su existencia, después de otorgada la posesión definitiva, recobra sus bienes

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXVII, núm. 301; Gauthier, De la subrogation de person, num. 6.

en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados y los que se hubieren adquirido con el mismo precio.<sup>1</sup>

Tenemos otro ejemplo de la subrogación real en el artículo 1,662, que refiriéndose á las obligaciones del individuo que recibió un pago indebido, declara, que si vendió la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta.<sup>2</sup>

No siendo el objeto de éste artículo el estudio de la subrogación real, nos consagraremos exclusivamente al de la personal,

Esta consiste en la sustitución de una persona por otra, en virtud de la cual pasan á ella los derechos y acciones, cualquiera que sea su naturaleza, de que gozaba ésta; ó lo que es lo mismo, la subrogación personal consiste en la sustitución de una persona por otra, de manera que se coloca en su lugar y ejerce sus derechos y acciones.

Esta definición toma la subrogación en su sentido más lato, comprendiendo todas las causas que pueden producir la sustitución de una persona por otra; ya tengan por objeto transmitir una universalidad de bienes, como la adición de la herencia, por la cual sucede el heredero al difunto, y por lo mismo, se subroga, de pleno derecho en todos sus derechos y acciones, ya tengan por objeto transmitir derechos especiales á título singular, como la cesión de acciones y el pago con subrogación, como le llaman los jurisconsultos modernos, que es el objeto de nuestro estudio.

Tomada en un sentido estricto, la subrogación es la transmisión de un acreedor á otra persona que toma el lugar de aquél en virtud del pago que ha efectuado para libertar al deudor.

Fácilmente se comprenderá que la cesión de acciones y la subrogación no son una misma cosa ni provienen de la misma causa, para lo cual basta tener presente, que la primera es una verdadera venta que el acreedor hace de sus

<sup>1</sup> Artículo 662, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,584, Código civil de 1884.

derechos y acciones, por cuyo motivo se le designa con el nombre de *cesión*, y que la palabra subrogación se emplea para designar la sustitución del nuevo acreedor, que se produce por el pago que éste hizo de la deuda, librando de ella al deudor.

En otros términos: la cesión es un acto por el cual procuran el cesionario y el cedente sus propios intereses, sin atender á los del deudor; pues, como en la venta ó en la donación de un inmueble, el acreedor abandona sus derechos mediante un precio, ó por liberalidad, que el cesionario adquiere; mientras que, por el contrario, en la subrogación, aunque hay también cesión de los derechos del acreedor, el elemento esencial que la constituye es el pago, de donde resulta que el subrogado no sólo ha tenido en cuenta su propio interés, sino también el del deudor á quien ha querido favorecer.

En pocas palabras: el cesionario especula y trata de alcanzar un lucro, mientras que el subrogado trata de prestar un servicio al deudor, procurándose á la vez los medios de obtener el reembolso de la cantidad que paga y las garantías que le eviten las contingencias posibles de pérdida.

Fundados en estas consideraciones, establecen los autores las siguientes diferencias que distinguen la subrogación de la cesión de acciones.<sup>1</sup>

1. El subrogado tiene solamente acción para obtener el reembolso de la cantidad que hubiere pagado al acreedor, aunque el importe de la deuda sea mayor, en tanto que el cesionario la tiene para exigir el valor íntegro de ésta, cualquiera que haya sido el precio que hubiere pagado.

Por ejemplo; si el subrogado obtiene del acreedor que se dé por pagado con mil pesos de la cantidad de mil quinientos que debía pagarle el deudor, no podrá exigir de éste más que los mil que desembolsó. Pero si se trata de una cesión

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, tomo V, núm. 189, bis VIII y siguientes; Laurent, tomo XX, núm. 11; y otros.

de derechos y acciones, el cesionario puede exigir el pago íntegro de los mil quinientos pesos, por más que haya adquirido ese crédito en las dos terceras partes de su valor.

2. El subrogado no tiene el derecho de garantía del crédito en caso de evicción como lo tiene el cesionario; pues éste, como todo comprador, tiene derecho para exigir del cedente que le garantice la existencia y legitimidad del crédito, restituyéndole el precio que hubiere pagado é indemnizándole los daños y perjuicios que se le hubieren causado. Por el contrario, el subrogado sólo tiene derecho para pedir la restitución de la cantidad que pagó indebidamente, y no puede obtener los intereses de ella sino en el caso de que hubiere mala fe de parte del supuesto acreedor (Arts. 1,660 y 1,666, Cód. civ.)<sup>1</sup>

3. Para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, es indispensable que le haga á éste la notificación respectiva, ya judicial, ya extrajudicialmente, ante dos testigos; y mientras no se hace la notificación, el deudor se libra solamente pagando al acreedor primitivo (Arts. 1,745 y 1,748, Código civ.)<sup>2</sup>

Por el contrario, la subrogación no exige ese requisito para que el subrogado pueda ejercitar sus derechos contra el deudor.

<sup>1</sup> Artículos 1,546 y 1,552, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,631, y 1,634 Código Civil, de 1884, reformados en los términos siguientes:

«Artículo 1631. «Para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer á éste la notificación respectiva; ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos ó ante notario.»

«Art. 1,634. Mientras no se haya hecho la notificación, el deudor se libra pagando al acreedor primitivo.»

La reforma que contiene este último precepto se hizo á pretexto de que el artículo 1,748 del Código de 1870 era confusa y no expresaba propiamente lo que debía, y por estimarse racional y justo que, una vez hecha la notificación, el deudor no se libre ya pagando al acreedor primitivo; pero entre esto y prohibir que pague al cesionario, cuando la cesión ya sea perfecta, sólo por la falta de notificación, hay una gran diferencia, y confundir ambos casos bajo un solo precepto es injusto. (Notas comparativas del Lic. Macedo).

No creemos convincentes estas explicaciones por las razones que exponemos al ocuparnos del estudio de la cesión de acciones.

4.º La subrogación, que es una especie de pago, respecto del acreedor, puede verificarse sin su consentimiento, pues ningún perjuicio sufre, supuesto que recibe el importe de su crédito; mientras que la cesión que es una verdadera venta, no puede tener lugar sin el consentimiento de él.

Cuando la subrogación tiene por objeto una universalidad de derechos, se verifica de pleno derecho, como consecuencia natural del título que hace que se transmitan todos los bienes, y entonces no surge dificultad alguna.

Pero cuando se trata de determinados derechos que se transmiten á título singular, la subrogación se verifica sólo en los casos expresamente determinados por la ley, y bajo las condiciones que ésta determina.

En este último caso, cuando se trata de la transmisión de determinados derechos, la subrogación no es más que, como dice Renusson, el cambio de un acreedor por otro, cuando los derechos del acreedor que ha sido pagado pasan á aquel que ministró el dinero para el pago.<sup>1</sup>

La subrogación se funda principalmente en la equidad y en una ficción creada en favor de ésta.

En efecto: según los principios generales del derecho, el acreedor solamente tiene facultad para disponer de su crédito, y nadie le puede obligar á cederlo ó enajenarlo.

Además, la obligación con todos sus accesorios, que garantizan su cumplimiento, se extingue por el pago. Sin embargo, cuando éste no se hace por el deudor sino por un tercero que satisface la deuda de su propio peculio, la equidad exige que este tercero que paga por el deudor, ó que le facilita los fondos necesarios para hacer el pago, se sustituya en el lugar del acreedor y le suceda en todos sus derechos y acciones para reembolsarse, teniendo las garantías necesarias.

La ley ha establecido esta sustitución mediante una fic-

<sup>1</sup> Traité de la Subrogation, chap. I, núm. 10.

ción, según la cual se estima que el tercero compró, más bien que le pagó, su crédito, que subsiste respecto del deudor, toda vez que no ha satisfecho su importe.

Los jurisconsultos han querido explicar jurídicamente el carácter de la subrogación, adoptando cuatro sistemas que vamos á exponer simplemente, porque creemos ajeno de la naturaleza de esta obra todo participio en controversias que no son de ningún resultado práctico.

1.º La subrogación es, bajo un nombre diferente, una verdadera cesión de derechos y acciones; de manera que el crédito pasa del subrogante al subrogado, como pasa del cedente al cesionario, no sólo con todos sus accesorios y garantías, sino con su causa y su naturaleza propias.

2.º La subrogación no transmite al subrogado el crédito del subrogante, que se ha extinguido por el pago, sino que es un nuevo crédito que resulta de éste, en favor del que pagó, al cual se le otorgan las garantías del antiguo, á fin de facilitarle el reembolso.

En otros términos: la subrogación no es más que una novación por el cambio del acreedor.

3.º La subrogación es una operación compleja y de doble aspecto. Es pago respecto del subrogante y el subrogado que le paga. Es cesión respecto del subrogado y del deudor por quien paga.

4.º Según el último sistema, se deben distinguir las causas de que procede la subrogación; y por lo mismo no sólo se distingue entre la subrogación legal y la convencional, sino también si ésta es consentida por el acreedor ó por el deudor, otorgándole en el primer caso efectos más extensos que en el segundo.

El tercero de estos sistemas es el más generalmente aceptado, y tiene en su apoyo la autoridad de respetables jurisconsultos y la jurisprudencia de los tribunales.

La subrogación es legal ó convencional (Art. 1,705, Cód. civ).<sup>1</sup>

Es legal cuando se produce de pleno derecho, esto es, por mero efecto de la ley.

Es convencional cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga con sus derechos, privilegios, acciones ó hipotecas contra el deudor (Art. 1,707, Cód. civ).<sup>2</sup>

Esta distinción de la subrogación se funda solamente en su origen y no se refiere de ninguna manera á sus efectos, de tal suerte que no se puede decir que hay dos subrogaciones de naturalezas diferentes, sino que indica dos causas, el convenio y la ley, que producen el mismo efecto: la subrogación.

Si alguna duda pudiéramos abrigar sobre este punto, quedaría terminada teniendo presente el precepto contenido en el artículo 1,713 del Código, que declara, que el subrogado puede ejercitar todos los derechos que competen al acreedor, tanto contra el deudor como contra sus fiadores, sin hacer distinción alguna acerca de si la subrogación es legal ó convencional.<sup>3</sup>

La subrogación es legal en los casos siguientes: (Art. 1,706, Cód. civ).<sup>4</sup>

1 Artículo 1,590, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,592, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,598 Código Civil de 1884.

4 Artículo 1,591, Código Civil de 1884. Reformado por la adición de las siguientes palabras:

"En todos estos casos la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados."

Esta adición es absolutamente innecesaria, porque es sabido que, según los principios elementales del derecho, la subrogación legal se produce de pleno derecho, ó lo que es lo mismo, por mero efecto de la ley.

La reforma ha debido hacerse eliminando el tercer caso de subrogación legal que señala el precepto reformado, que importa un gravísimo error, cuyas consecuencias no es fácil apreciar, que es exactamente el segundo caso de la subrogación convencional enumerado por el artículo 1,703 del Código de 1870, 1,503 del de 1884. Es decir, que la reforma es necesaria para corregir el error en que se ha incurrido, dándole á la vez á un mismo caso el carácter de subrogación legal y de convencional.

1.º Cuando el que es acreedor, paga á otro que es preferente:

2.º Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación:

3.º Cuando se hace el pago con consentimiento expreso ó tácito del deudor:

4.º Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia:

5.º Cuando el que adquiere un inmueble, paga á un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotecario anterior á la adquisición.

La subrogación legal no difiere en su esencia de la convencional, pues como ésta, se funda en el pago, y el que paga se subroga en los derechos del acreedor.

Además, se funda en la equidad que exige que se subroga al tercero interesado en el pago en los derechos del acreedor, pues se supone con justicia que hace tal pago con el propósito de subrogarse en lugar de aquél, cuyo consentimiento es innecesario, supuesto que se le entrega lo que se le adeuda, que está obligado á recibirlo, y no tiene ningún interés para oponerse á la subrogación.

En una palabra; la equidad exige la subrogación, que concilia perfectamente los intereses del acreedor, del deudor y del tercero, que no sufren perjuicio de ninguna especie, y antes, por el contrario, les es benéfica y provechosa.

Pero la subrogación legal no puede tener lugar fuera de los casos expresamente determinados por la ley, porque siendo una ficción creada por ella, que deroga los principios generales del derecho, según los cuales se requiere el consentimiento del acreedor para que se trasmitan su crédito y las acciones, que le son inherentes, es lógico establecer que tal ficción, que crea un orden de cosas extraordinario no debe aplicarse fuera de los casos que designa la ley, única que puede crear ficciones que se separan de los principios fundamentales del derecho.

El primero de las cinco casos de subrogación legal que hemos enumerado, se funda en el interés que tiene el acreedor de pagar á otro que es preferente para evitar que, ejercitando sus derechos para obtener el pago, agote todo el valor de los bienes del deudor, y se quede, lo mismo que los demás acreedores no privilegiados, en la imposibilidad de obtener el reembolso de sus créditos.

Así, pues, la subrogación en el caso indicado permite el pago del acreedor preferente, que ningún perjuicio sufre en sus intereses, y le proporciona al que paga los medios de obtener el reembolso, con menos dispendio, porque se evitará los gastos que exigen los juicios, y sobre todo, la formación y término de un concurso, y porque el subrogado puede elegir el momento más oportuno y favorable para la venta de los bienes del deudor.

Ya se comprende que la subrogación, en el caso á que nos referimos, no sólo es provechosa para el acreedor subrogado, sino también para el deudor.

La subrogación en el segundo caso, esto es, cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación, se funda también en la equidad que no permite que el acreedor rehuse á aquel á quien ha obligado á pagarle la deuda de otro, la trasmisión de sus derechos.

Para que pueda tener lugar la subrogación en este caso, se necesita la concurrencia de las dos circunstancias siguientes:

1.ª Que el que paga pueda ser obligado á pagar la deuda de la cual es responsable total ó parcialmente otra persona:

2.ª Que el que paga la deuda tenga interés en el cumplimiento de la obligación:

Los jurisperitos franceses expresan estas dos condiciones, diciendo: que la subrogación legal se verifica cuando alguno tiene interés en el cumplimiento de la obligación *por*

*estar obligado con otros ó por otros*; y explican la significación de estas palabras en los términos siguientes:

Están obligados con otros, aquellos individuos que deben satisfacer la deuda con otros, de manera que cada uno contribuya con una parte de ella. Por ejemplo; cuando un deudor solidario paga el total de la deuda, al mismo tiempo que satisface la suya en la parte que le corresponde, paga la de los demás deudores á quienes liberta de la obligación, y por lo mismo, es justo que tenga derecho para exigir de ellos el reembolso de lo que debieron pagar, pero con las mismas garantías de que habría gozado el acreedor si hubiera ejercitado sus acciones contra todos los deudores.

Están obligados por otros, aquellos individuos que no son deudores personalmente y no deben soportar ninguna parte de la deuda, pero que se han obligado á satisfacerla en defecto de los verdaderos deudores: tales son los fiadores.

Si la equidad exige que el deudor solidario que satisface la obligación se subroge en los derechos y acciones del acreedor contra los demás codeudores, con mayor motivo demanda la subrogación cuando el fiador paga la deuda, porque presta un servicio enteramente gratuito, y no es justo que no pueda obtener el reembolso de lo que pagó.

De la explicación que precede parece inferirse que la subrogación, en el caso á que nos referimos, sólo tiene lugar respecto de los deudores solidarios y de los fiadores; pero no es así, supuesto que la ley no hace tal enumeración limitativa, sino que su precepto está concebido en términos generales.

En efecto: este precepto declara que la subrogación legal también tiene lugar cuando el que paga se haya interesado en el cumplimiento de la obligación, lo cual quiere decir que toda persona que puede ser perseguida por el acreedor con motivo de aquella, tiene interés y puede obtener la subrogación, mediante el pago.

En este sentido, dice Laurent: que el interés implica que

las personas interesadas paguen antes de que el acreedor ejercite sus acciones; pues si llega á este extremo son más que *interesadas*, porque están obligadas al pago de la deuda; y que el interés consiste en que el codeudor ó el deudor principal no se hagan insolventes, y por lo mismo, en pagar cuando todavía se hallan éstos en aptitud de reembolsarles lo que pagaron <sup>1</sup>

Los comentaristas del Código Francés sostienen que no basta tener interés en el cumplimiento de la obligación para obtener la subrogación, sino que es necesario además que el que tiene ese interés pueda ser estrechado al pago de la deuda. <sup>2</sup>

En otros términos: sostienen que el interés nace de la obligación que alguno tiene de pagar una deuda con otras personas, y que no basta tener un interés, por grande que sea, en el cumplimiento de la obligación, si no se puede ser estrechado á él.

Por ese motivo colocan entre las personas que pueden obtener la subrogación legal á los deudores solidarios, los fiadores, los deudores de obligación indivisible, los terceros poseedores de inmuebles hipotecados, etc.

Pudiera parecer que esta interpretación restrictiva, perfectamente legal respecto del derecho Francés, porque se funda en las palabras de la ley, no lo es respecto del nuestro, porque el precepto á que nos referimos está concebido en términos generales y absolutos, y declara que la subrogación legal tiene lugar cuando el *que paga tiene* interés en el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo: creemos que esa interpretación es perfectamente aplicable entre nosotros, porque la ley no ha podido referirse más que á aquellas personas que pueden tener un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, que

<sup>1</sup> Tomo XVIII, núm. 96

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXVII, núm. 562; Laurent, loco cit.; Manolesco, págs. 133 y 139; Gauthier núm. 311.

pueden ser estrechadas á él por el acreedor, ya por haber intervenido en el contrato obligándose de una manera principal ó subsidiaria, ya por razón de los bienes inmuebles que poseen.

De otra manera bastaría un interés puramente moral, el que crean los vínculos de la familia, de gratitud ó amistad para obtener la subrogación legal; lo que no es así, pues expresamente declara el artículo 1,707 del Código civil, que, cuando un tercero paga al acreedor tiene lugar la subrogación convencional, lo cual quiere decir que no se verifica de pleno derecho ó por ministerio de la ley, fuera del caso en que se hace el pago con consentimiento del deudor. <sup>1</sup>

Además, es imposible imaginar siquiera un solo caso de interés jurídico que no se refiera á alguna persona que pueda ser estrechada al cumplimiento de la obligación.

El tercer caso de subrogación legal tiene lugar cuando se hace el pago con consentimiento expreso ó tácito del deudor, y se funda también en consideraciones de equidad.

En efecto: si el deudor quiere reembolsar al acreedor y para alcanzar su objeto obtiene de un tercero la suma necesaria, mediante las seguridades y garantías de que aquél gozaba, la ley le otorga la facultad de consentir que el prestamista haga el pago, por el cual se verifica la subrogación en favor del tercero; ó lo que es lo mismo, obtiene el saldo de su deuda con la subrogación forzada en beneficio del prestamista, tanto más justa, cuanto que el acreedor no sufre perjuicio alguno, supuesto que recibe el importe de su crédito.

El objeto que el legislador se propuso al conceder la subrogación en este caso en favor del que hizo el pago, no ha sido otro que proporcionar al deudor el medio de que mejore su situación por el cambio de acreedor, que puede facilitarle el importe de su deuda con un tipo más bajo de inte-

<sup>1</sup> Artículo 1,592, Código Civil de 1,884.

reses, cuya circunstancia la hace menos gravosa y de más fácil solución.

En una palabra: si la ley admite la subrogación en el caso indicado, es por favorecer, como dice Laurent, la liberación del deudor.<sup>1</sup>

Este caso es exactamente el segundo de la subrogación convencional á que se refiere el artículo 1,708 del Código civil, aunque expresado en distinta forma; y por lo mismo, se ha cometido un error inexplicable enumerándolo entre los casos de la subrogación legal.<sup>2</sup>

Para convencerse de esta verdad basta tener presente que nuestro Código es el único que establece esta especie de subrogación, que tomó del artículo 1,117 del Proyecto de Código Español, y que las razones que la fundan son exactamente las mismas que apoyan y motivan el segundo de la subrogación convencional.

En efecto: comentando García Goyena el artículo 1,117 de dicho Proyecto, dice: "Este caso omitido en el Código Francés y demás modernos, envuelve mandato expreso ó tácito de parte del deudor; y debe presumirse que éste por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favoreedor quedase subrogado en lugar de aquél, y que igual fué la intención del tercero que hizo el pago: se presume en una palabra, un pacto tácito sobre la subrogación."

Este error importado inconsideradamente del Proyecto de Código Español no solo produce una lamentable confusión entre las diversas especies de la subrogación, sino que abre las puertas á graves contiendas, cuya solución es, á nuestro juicio, imposible.

¿Cómo podrá resolverse el conflicto entre dos subrogados que pretenden el derecho de preferencia en el pago; cuando uno sostiene haber obtenido la subrogación con el consentimiento del deudor, expreso ó tácito, y el otro sos-

<sup>1</sup> Tomo XVIII, núm. 37.

<sup>2</sup> Artículo 1,593, Código Civil de 1884.

tiene á su vez que por subrogación convencional y en virtud del consentimiento del deudor prestó dinero para pagar, como lo hizo, el credito de éste, y adquirió los derechos del acreedor?

¿No es cierto que podría sostener este segundo subrogado con justicia, que la primera subrogación no es legal, supuesto que el tercero que pagó no tiene ningún interés en el cumplimiento de la obligación, y que, por lo mismo, el pago no puede otorgarle, según los principios que hemos establecido sobre la subrogación, más que la acción de mandato ó la de gestión de negocios?

Pero supongamos que los preceptos claros y terminantes del Código, aunque contrarios á los principios de la ciencia sobre la subrogación, obligan á los jueces á admitir la legal en el caso de que el tercero pague con el consentimiento del deudor. Resulta entonces que esa misma subrogación tiene á la vez dos caracteres, el de la legal y el de la convencional, lo que es absurdo y abre las puertas al fraude; porque permite que el deudor reviva una deuda ya extinguida, con perjuicio de sus demás acreedores, supuesto que basta que pague por medio de un tercero, fingiendo que otorga su consentimiento para el pago, para que se verifique la subrogación sin que sean necesarias las formalidades que en idénticas condiciones exige la ley para evitar los fraudes en el caso previsto por el artículo 1,708 del Código civil.

En una palabra: el tercer caso de la subrogación legal, establecido por el artículo 1,707 del Código, es el mismo que aquel á que se refiere el artículo 1,708, aunque sancionado en distinta forma, y como en uno y en otro precepto se señalan distintos requisitos, resulta entre ellos una notoria contradicción, que produce trascendentales consecuencias, entre ellas, la de proporcionar á los deudores facilidad de burlar los derechos de sus acreedores y de eludir los medios que la ley señala para precaver y evitar ese mal.

El cuarto caso de la subrogación legal tiene lugar cuando



un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; y es tanto mas justa, cuanto que se puede considerar que el pago se hace en interés del que lo verificó como en el de sus coherederos.

Además, el heredero que paga de su propio peculio las deudas de la sucesión, sin esperar á la venta de los bienes que la forman, de las cuales no es personalmente responsable, impide esa venta en un tiempo inoportuno y evita la promoción de juicios gravosos para la testamentaria. Justo es que, cuando procura esos beneficios, obtenga la ventaja que puede resultar de la subrogación, para garantizar el reembolso de las cantidades que pagó, adquiriendo los derechos y acciones de los acreedores.

García Goyena da la siguiente razón para justificar el precepto contenido en el artículo 1.117 del Proyecto de Código Español, que sanciona la misma regla, cuyo estudio hacemos: "Habiendo admitido la herencia á beneficio de inventario, no puede presumirse que al pagar ha querido (el heredero) confundir sus derechos personales con los de la herencia."<sup>1</sup>

El quinto y último caso de la subrogación legal, que se verifica cuando el que adquiere un inmueble, paga á un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotecario anterior á la adquisición, se funda, como los casos precedentes, en la equidad y la justicia; pero exige explicaciones sin las cuales no se puede comprender fácilmente.

Este caso de la subrogación tiene lugar cuando el comprador del inmueble hipotecado paga con el precio de éste al acreedor en cuyo beneficio se ha constituido la hipoteca; y tiene por objeto proteger los intereses del adquirente, procurándole la ventaja de librarse de la obligación que contrajo con el vendedor, mediante la compensación del crédito con el precio, y de asegurar el reembolso de la cantidad

<sup>1</sup> Concordancias, tomo III, pág. 141.

que hubiere pagado, en los casos de evicción y de concurrencia con otros acreedores.

Por este medio consigue el comprador el doble resultado de librarse de su obligación personal respecto del vendedor, y de la real respecto de los acreedores hipotecarios; pero no se percibe á primera vista el interés y la utilidad que le resulta de la subrogación, porque siendo propietario del inmueble y subrogándose en los derechos del acreedor que tiene constituida hipoteca sobre aquél, parece que tal garantía le es perfectamente inútil.

En otros términos: el comprador que paga con el precio del inmueble al acreedor que tiene constituida sobre él una hipoteca, no hace otra cosa que pagar su propia deuda, y deja de ser deudor sin convertirse en acreedor. Además, nadie puede tener constituida una hipoteca á su favor sobre sus propios bienes, porque reuniendo á la vez el doble carácter de propietario y acreedor, deben extinguirse por confusión los derechos hipotecarios.

Es cierto que esto podría tener una exacta aplicación, y que se diría con entera justicia en el caso de que el adquirente pagara á todos los acreedores hipotecarios y de que no sufriera la evicción, ni fuera desapoderado de la cosa por rescisión ó nulidad del contrato; pero no es así respecto del caso contrario para el cual otorga la ley la subrogación.

En efecto: si se verificara la evicción ó si se declarara la nulidad ó rescisión de la venta, ó por último, si otro acreedor hipotecario ejercitara su acción, el adquirente que no hubiera obtenido la subrogación sería desapoderado del inmueble y correría el peligro de perder el precio que pagó, si el vendedor careciera de bienes con que reembolsarlo y pagar los daños y perjuicios consiguientes.

La subrogación, en el caso á que nos referimos, es un medio eficaz que la ley otorga al comprador para garantir sus intereses, y muchas veces, como dice Colmet de Santerre, produce un efecto preventivo muy importante, porque

los acreedores hipotecarios últimos en orden de prelación no usarán en muchas ocasiones del derecho de provocar la venta, pues debiendo ser pospuestos al comprador subrogado, no tendrán interés en que ésta se verifique en la subasta, si consta que la hecha á éste se ha verificado en el precio justo y verdadero.

Además, la confusión no extingue los derechos reales ó personales, sino que, como dice Demolombe, los paraliza é impide su ejercicio mientras dura el hecho de la reunión de la cual resulta; duermen más bien que se extinguen mientras existe la causa que los paraliza, y recobran su energía tan luego como cesa por un acontecimiento que la hace considerar como si no hubiera existido.<sup>2</sup>

Un ejemplo hará más perceptible la utilidad que resulta de la subrogación en el caso que nos ocupa.

Pedro y Juan tienen constituidas hipotecas en un inmueble para garantizar el pago de diez mil pesos de que cada uno es acreedor. Si el adquirente paga al primer acreedor, y el segundo pretende la venta del inmueble, mediante un juicio hipotecario, como el primer gravamen ha desaparecido podría pretender el demandante que se le pagara preferentemente con el precio del remate, quedando al comprador sólo el resto que resultara hecho el pago. Pero la subrogación evita este funesto resultado, porque le permite al comprador ejercitar los derechos del primer acreedor, que son privilegiados, y obtener así el reembolso de la cantidad que pagó.

Se obtiene un resultado idéntico cuando el adquirente es desahogado del inmueble por la evicción y cuando se declara la nulidad ó rescisión de la venta, pues en uno y en otro caso puede ejercer los derechos del acreedor hipotecario cuyo crédito pagó, y reembolsarse de la cantidad que entregó.

<sup>1</sup> Tomo V, núm. 194. bis III.

<sup>2</sup> Tomo XXVII, núm. 501.

Este caso de la subrogación legal está comprendido en el segundo, cuyo estudio hemos hecho ya, supuesto que el comprador del inmueble gravado con hipotecas tiene interés en el cumplimiento de las obligaciones que éstas garantizan, y que puede ser estrechado al pago de ellas.

De aquí podría inferirse que el último caso de la subrogación legal á que nos referimos, es una enumeración innecesaria que hace la ley. Sin embargo, no es así, porque los términos amplios y generales con que está concebido el precepto á que se refiere el segundo caso de la subrogación legal podría dar lugar á dudas y controversias, que se evitan por la determinación expresa del quinto y último caso.

Para que pueda tener lugar la subrogación en éste es indispensable, que el que hace el pago al acreedor hipotecario sea comprador ó adquirente del inmueble hipotecado: es decir; que haya adquirido su dominio en el momento de verificar el pago.

De donde se infiere, que si alguno paga al acreedor hipotecario de un inmueble, cuya propiedad no ha adquirido todavía, ó cuando ha dejado de tenerla, no puede verificarse la subrogación.

De otra manera se habría hecho el pago por una persona enteramente extraña y sin interés alguno en el cumplimiento de la obligación, cuyas circunstancias sólo darían lugar á la acción *negotiorum gestorum* contra el vendedor, á no ser que en el momento del pago se hubiera pactado la subrogación con el acreedor; en cuyo caso ésta sería convencional y no legal.<sup>1</sup>

Tampoco tiene lugar la subrogación cuando el que hace el pago ha dejado de ser propietario del inmueble con motivo de la evicción ó por rescisión ó nulidad de la venta, porque, como en el caso anterior, no existe en el que paga

<sup>1</sup> Toullier, tomo VII, núm. 143; Duranton, tomo X, núm. 158; Mourlon, De la subrogación, núm. 384; Aubry y Rau; tomo IV, pág. 182; Lasombière, tomo III, art. 1,251, núm. 21; Gauthier, núm. 287; Demolombe, tomo XXVII, núm. 511.

interés alguno en el cumplimiento de la obligación; cuya circunstancia sólo permite la subrogación convencional.

Pero no sucede lo mismo cuando el adquirente paga al acreedor hipotecario después de haber vendido el inmueble, pues la venta no le priva de su calidad de adquirente ni de las obligaciones que de ella resultan: esto es, no le priva del interés que tiene en el cumplimiento de la obligación.<sup>1</sup>

La subrogación convencional tiene lugar, como dijimos antes, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones ó hipotecas contra el deudor; ó lo que es lo mismo, cuando el acreedor, usando de la facultad que tiene de disponer de su crédito como mejor le parezca, lo subroga á un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que le paga el importe de ella.

De la definición que precede se infiere, que, á diferencia de la subrogación legal, que se verifica de pleno derecho y sólo por ministerio de la ley, la convencional no puede tener lugar si no es por el consentimiento del acreedor, que conviene con el tercero, enteramente extraño al cumplimiento de la obligación, en subrogarle en sus derechos y acciones contra el deudor en virtud del pago que le hace de ella.

Pero no basta el consentimiento del acreedor para que tenga lugar la subrogación convencional, sino que es además necesario que se llenen las dos condiciones siguientes que, como requisitos esenciales, exige el artículo 1,707 del Código Civil.<sup>2</sup>

1<sup>ª</sup> Que la subrogación sea expresa:

2<sup>ª</sup> Que se haga al mismo tiempo que el pago.

Es esencial la primera condición, porque siendo el efecto del pago extinguir la obligación con todos sus accesorios,

<sup>1</sup> Gauthier, núm. 288; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 183; Larombière, tomo III, art. 1,251, núm. 22; Demolombe, tomo XXVII, núm. 513.

<sup>2</sup> Art. 1,592, Código Civil de 1884.

no se puede considerar la subrogación sino como una excepción de la regla general que le otorga ese efecto jurídico al pago, y por lo mismo, no puede admitirse su existencia si no consta de una manera expresa y terminante la voluntad del acreedor de subrogar en sus derechos y acciones al tercero que satisface la obligación.

Es esencial que la subrogación se haga al mismo tiempo que el pago, porque si éste se verifica sin condición alguna, se extingue en el acto la deuda con todos sus accesorios y la subrogación no tiene ya objeto sobre que recaer.

Además, se abriría puerta franca á los fraudes, si se permitiera, á pretexto de la subrogación, revivir con perjuicio de tercero créditos ya extinguidos, mediante el pago hecho en los términos de la ley ó estipulados en el contrato.<sup>1</sup>

Colmet de Santerre dice, refiriéndose á este requisito esencial de la subrogación, que ésta debe ser contemporánea del pago; pues si fuera anterior á éste no tendría razón de ser, supuesto que la ley la autoriza para favorecer al deudor y facilitar su liberación; y si fuera posterior al pago haría revivir derechos extinguidos por éste, y de los cuales no puede ya disponer el acreedor.<sup>2</sup>

La Exposición de motivos justifica esa exigencia del Código Civil en idénticos términos, en los siguientes conceptos: "En el art. 1,707 se exigen dos condiciones importantes para la validez de la subrogación: que ésta sea expresa y que se haga al mismo tiempo que el pago. La primera para evitar toda duda y que se ejercite un derecho contra la voluntad del cedente: la segunda, porque una vez hecho el pago, se extingue la acción y ya nada queda que ceder."

La subrogación convencional se puede obtener también por convenio celebrado entre el deudor y un tercero sin el consentimiento del acreedor, si la deuda es pagada por

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XXVII, núm. 368; Gauthier núm. 108; Toullier, tomo VIII, núm. 116; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 171.

<sup>2</sup> Tomo V, núm. 190 bis II.

aquél, con dinero que el tercero le prestare para este objeto. (art. 1,708, Cod. Civ.) <sup>1</sup>

A primera vista parece extraño que pueda verificarse la subrogación sin el consentimiento del acreedor, y que el convenio celebrado entre el deudor y el tercero pueda transmitir á éste los derechos de que solamente aquél puede disponer; pero es fácil justificar esta facultad que la ley otorga al deudor, teniendo en consideración que se funda en diversos preceptos del derecho Romano y en motivos de equidad, y que su objeto es facilitar la liberación de los deudores.

En efecto: según los principios del derecho Romano, el que prestaba al deudor una cantidad de dinero para pagar á un acreedor hipotecario, sucedía á éste en sus derechos, siempre que se hubiera estipulado expresamente que el prestamista tendría la misma hipoteca y que el pago se hubiera hecho con la suma prestada. <sup>2</sup>

Y si atendemos á los motivos y al objeto que se propuso el legislador, encontraremos que el precepto cuyo estudio hacemos se funda en consideraciones de equidad, porque recibiendo el acreedor el importe de sus créditos, ningún interés tiene ya, no le importa quien le suceda en sus derechos, y por lo mismo, no se necesita de su consentimiento para que se produzca la subrogación en favor del tercero que presta al deudor la cantidad de dinero necesaria para pagar la deuda, y que le proporciona los medios de hacer su obligación menos gravosa y de librarse de ella más fácilmente.

Un ejemplo hará más perceptible el beneficio que la ley otorga al deudor.

Pedro debe á Antonio 10,000 pesos con hipoteca de un inmueble de su propiedad, con el diez por ciento de interés anual, y encuentra persona que le facilite esa suma al tipo

<sup>1</sup> Artículo 1,593 Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Leyes 12, páf. 8, tít. 4, lib. 20; 3, tít. 3, lib. 42. D; y 1, tít. 19, lib. 8, C.

del cinco por ciento, pero á condición de que se le constituya hipoteca en primer lugar sobre el mismo inmueble. Como Pedro no puede otorgar esa garantía sin pagar previamente el crédito de Antonio, resultaría que no podía aprovechar el beneficio que le resultara de cambiar de acreedor; pero la ley viene en su auxilio y le faculta para que convenga con la persona que le presta dinero para que pague á Antonio, que se subrogue en los derechos de éste.

En una palabra, la subrogación en el caso que nos ocupa tiene por objeto aliviar la situación del deudor y facilitarle los medios de su liberación, sin perjuicio alguno para el acreedor.

Pero para precaver los fraudes y evitar que el deudor finja un préstamo cuando realmente haya pagado con fondos propios, exige la ley como requisito esencial, sin cuya concurrencia no puede efectuarse la subrogación, que conste el préstamo en título auténtico, esto es, escritura pública, en que se declare que el dinero fué prestado para el pago de la deuda. Si no concurre ese requisito, el que prestó no tiene más derechos que los que exprese su respectivo contrato (Art. 1,708, Cód. civ). <sup>1</sup>

Sin embargo, creemos insuficientes las precauciones tomadas por el Código, y que al separarse de los principios sancionados por las legislaciones europeas ha intentado inútilmente precaver los fraudes.

En efecto: los Códigos europeos exigen para que se verifique la subrogación en el caso que nos ocupa, que concurren estos dos requisitos; que el préstamo y el pago al primer acreedor conste por acto notariado, y que éste contenga la declaración de que la suma prestada está destinada á efectuar el pago de la deuda que debe producir la subrogación en favor del que hace el préstamo.

Por estos medios se evita que el deudor simule un prés-

<sup>1</sup> Artículo 1,593, Código civil de 1884.

tamo y subroga á un supuesto prestamista en los derechos del acreedor á quien paga, con perjuicio de los demás acreedores; así como, que el acreedor que ha sido pagado con anterioridad, de acuerdo con el deudor que obtiene de un tercero un nuevo préstamo, haga aparecer el pago con fecha posterior á fin de otorgarle á éste derechos que ya no tiene, con perjuicio de los demás acreedores del mismo deudor.

Es verdad que estos medios no hacen absolutamente imposibles los fraudes, pero también lo es que los hacen muy difíciles, pues por ellos deben constar por escritura pública el préstamo y la circunstancia de hacerse para pagar al acreedor y el pago hecho á éste.

Nuestro Código se limita simplemente á exigir que conste el préstamo por escritura pública y la declaración de que aquél tiene por objeto el pago al acreedor; cuyos medios son insuficientes para evitar los fraudes, porque no se hace constar con la misma solemnidad el pago, y es posible que se haga aparecer como pagada con el dinero prestado una deuda extinguida con mucha anterioridad.

La subrogación se puede hacer también parcialmente, y entonces sólo se transmiten los derechos del acreedor en parte en favor del subrogado, menos en los casos en que se trate de deudas de subrogación indivisible en las cuales, como es fácil comprender desde luego, no puede haber subrogación parcial (Art. 1,711 Cód. civ).<sup>1</sup>

Cuando la subrogación es parcial, esto es, cuando el acreedor es pagado solamente en parte, puede ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de la deuda, pero de esta preferencia sólo disfrutan los acreedores originarios ó sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado (Arts. 1,709 y 1,712 Cód. civ).<sup>2</sup>

Las reglas que acabamos de establecer demandan alguna explicación, porque á primera vista parecen sancionar una

<sup>1</sup> Artículo 1,596, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,594, y 1,597 Código civil de 1854.

injusticia; pero fácil es comprenderlas, si se atiende á los principios fundamentales sobre que reposa la teoría de la subrogación.

Según esos principios, la subrogación es un verdadero pago respecto del acreedor, que extingue con relación á él la deuda y le pone en el mismo estado que si se le hubiera pagado pura y simplemente. Es decir, que debe guardar la misma situación que si hubiera recibido un pago, y que la subrogación no le puede perjudicar.

Por este motivo, dice Laurent: "El acreedor recibe sólo lo que le es debido; y si consiente en la subrogación es únicamente en beneficio del subrogado: de donde se infiere, que no se puede prevaler de la subrogación contra él."<sup>1</sup>

Además, la subrogación es una ficción de la ley en virtud de la cual se supone que acompaña al pago la cesión de los derechos y acciones del acreedor en beneficio del subrogado, y que solamente crea relaciones entre éste y el deudor, permaneciendo aquél del todo extraño á esta ficción y sus efectos, que ningún beneficio le producen.

Por lo mismo, sería crear una nueva ficción, de una manera arbitraria, extender la de la ley á las relaciones del subrogado y el acreedor.<sup>2</sup>

De la misma manera que hemos justificado el principio que otorga derecho de preferencia al acreedor sobre el subrogado, se puede demostrar la justicia en que se funda el que declara que ese derecho es exclusivo de los acreedores originarios ó sus cesionarios.

En efecto: ese principio se apoya en los mismos fundamentos que el anterior, y basta un breve razonamiento para llegar á la demostración que nos proponemos.

El derecho de preferencia que la ley otorga al acreedor sobre el subrogado se funda en los principios científicos, se-

<sup>1</sup> Tomo XVIII, núm 51.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XVIII, núm. 131; Demolombe, tomo XXVII, núm. 662 y siguientes; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 197, bis XIV.

gún los cuales, la subrogación es una ficción de la ley, creada en beneficio del subrogado, y la consecuencia del pago de la deuda que la extingue en parte respecto del acreedor, cuyo derecho queda vivo por la parte insoluta.

Pues bien, cuando el acreedor recibe esta parte de otra persona, queda extinguida por completo la deuda, y por lo mismo, tienen iguales derechos el primero y el segundo subrogados; cuya circunstancia impide que cualquiera de ellos pueda pretender preferencia en el pago sobre el otro, si no es en el caso en que el crédito, ó más bien dicho, la cantidad que puede satisfacer el deudor no baste para cubrir el importe de las diversas porciones en que se dividió el mismo crédito, pues en tal caso se debe hacer el pago según el orden de prioridad de la subrogación (Art. 1,712 Cód. civ).<sup>1</sup>

No existe esa razón cuando el acreedor hace cesión de sus derechos y acciones ó los trasmite por testamento, porque ni la cesión ni la herencia producen los efectos jurídicos del pago, no extinguen la deuda, pues sólo son transmisivas de los derechos del acreedor; y por lo mismo, disfrutan de los de preferencia que éste tenía contra el subrogado, sus herederos y cesionarios.

Dijimos ya que los subrogados de las diversas porciones de un crédito tienen iguales derechos respecto del pago de su importe, menos en el caso de que el deudor carezca de bienes suficientes, pues entonces se deben cubrir dichas porciones según la prioridad de la subrogación. Ahora debemos manifestar, que esa determinación de la ley se separa por completo de los principios aceptados por todas las legislaciones, y es, á nuestro juicio absolutamente contrario á la justicia y la equidad; por que sin razón alguna otorga privilegios para el pago á los subrogados, atendiendo á la prioridad de la subrogación, cuando sus derechos son exac-

<sup>1</sup> Artículo 1,597 Código Civil de 1884.

tamente iguales, tienen el mismo origen, y la diversidad de las fechas en que los han adquirido no cambia su naturaleza.

Así, pues, encontramos que la excepción á que aludimos es injusta é infundada, y además, adolece del gravísimo defecto de una pésima redacción.

El artículo 1,713 del Código civil nos indica cuales son los efectos de la subrogación legal y de la convencional, declarando que el subrogado puede ejercitar todos los derechos que competen al acreedor, tanto contra el deudor como contra sus fiadores: es decir, que puede ejercer todos los derechos del acreedor, sin excepción alguna, cualquiera que sea su naturaleza.<sup>1</sup>

Sin embargo, por más absolutos que sean los términos con que está concebido ese precepto, sufre excepción en algunos casos en los cuales no puede ejercer el subrogado los derechos íntegros del acreedor.

En efecto: según el artículo 1,523 del Código, el deudor solidario que paga por los otros debe ser indemnizado por cada uno de ellos en la parte respectiva; y según el artículo 1,873, cuando son dos ó más los fiadores del mismo deudor y por la misma deuda, el que la paga en su totalidad puede exigir de cada uno de los otros la parte proporcional que le corresponda.<sup>2</sup>

Ya hemos dado en el artículo VIII de la lección segunda de este tratado, la razón en que funda el primero de los preceptos referidos; para evitar inútiles repeticiones remitimos á nuestros lectores á dicho artículo. En cuanto al segundo, se funda en idénticas consideraciones, supuesto que existe en el caso á que se refiere mancomunidad entre los fiadores.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,598, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,407 y 1,757, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Página 155 de este volumen.

## VIII

## De la confusión de derechos.

La confusión de derechos es otro de los modos de extinción de las obligaciones, reconocido por la ley, cuyo estudio es el objeto de este artículo.

“La confusión, dice Labbé, es un efecto producido por la reunión en una misma persona de dos cualidades jurídicas, que deben reposar en dos cabezas distintas, para ser válidas y eficaces.”<sup>1</sup>

La definición que precede es igualmente aplicable á los derechos reales y á los personales, y hemos hecho ya alguna referencia de ella en el tomo II, de esta obra, al hablar de la consolidación ó la reunión en una misma persona de las cualidades de usufructuario y de propietario, y de la extinción de las servidumbres, cuando el dueño del predio dominante adquiere la propiedad del sirviente ó cuando el de éste adquiere la de aquél.<sup>2</sup>

Pero el objeto de nuestro estudio no es la confusión relativa á los derechos reales, sino la que refiere á los personales.

Según el artículo 1,714 del Código civil, cuando se reúnen en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor, por el mismo hecho se extinguen el crédito y la deuda; es decir, que la confusión es un modo de extinción de las obligaciones.<sup>3</sup>

Este modo de liberación se funda en el principio de de-

1 Etude sur la perte de la chose due et de la confusion en Droit Romain, n. 130.

2 Páginas 175 y 176.

3 Artículo 1,599, Código civil de 1884.

recho, según el cual nadie puede ser deudor y acreedor de sí mismo. “*Nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse.*”<sup>1</sup>

En la definición que da el artículo 1,714 del Código, se dice que por la confusión se extinguen el crédito y la deuda, empleando la palabra *crédito* en el sentido activo; es decir, el cumplimiento de la obligación; y la palabra *deuda* para indicar ésta. En consecuencia, una y otra significan dos cosas distintas, y no son sinónimas como en el idioma vulgar.

La confusión se verifica en virtud de un título universal, esto es, por sucesión, cuando el deudor hereda al acreedor, ó cuando éste hereda á aquél; ó bien por título singular, como por ejemplo, en virtud de una cesión.

Sin embargo, según Colmet de Santerre, este caso no es probable, á no ser que los contratantes ignoraran que el cesionario del derecho es precisamente el deudor, porque es más sencillo hacer una remisión de la deuda á título gratuito ú oneroso, que una cesión para llegar por una vía indirecta á la confusión, y por consiguiente, á extinguir la obligación.<sup>2</sup>

La confusión es un modo de extinguir las obligaciones, de una naturaleza peculiar, que no produce un efecto tan completo como el que resulta del pago ó de otro modo equivalente á éste; pues siendo la consecuencia de la imposibilidad de ejercer el derecho del acreedor por reunirse en una misma persona esta cualidad y la de deudor, y no derivándose de la ejecución de la obligación; liberta á éste de su cumplimiento pero sin extinguirla.

De aquí proviene el proloquio forense que dice: “*Confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem.*”<sup>3</sup>

1 Ley 21, párrafo 3, título 1, lib. 46, D.

2 Tomo V, núm. 252, bis III.

3 Ley 71, tít. 1, lib. 4, D.

De donde se infiere, que la confusión sólo extingue aquellos derechos cuyo ejercicio hace imposible, y que el crédito extinguido debe estimarse como existente si perjudica los derechos de tercero. Por ejemplo, si un individuo hereda á otro á quien adeuda una cantidad, se extingue el crédito por confusión, y sin embargo, es necesario colacionarlo entre los bienes que forman el haber hereditario, para que no sufran perjuicio los demás herederos en las porciones que les corresponden.

Un ejemplo hará mas comprensible la teoría que precede.

Supongamos que el testador dejó dos hijos, y un caudal que asciende á 10,000 pesos, y que uno de ellos le adeudaba 3,000. Por la aceptación de la herencia se produjo la confusión y se extinguió la deuda: pero si se considera la confusión como productiva de los mismos efectos jurídicos que el pago, resultaría reducido el haber mortuario á la cantidad líquida de 7,000 pesos, que repartida entre los herederos daría un haber de 3,500 pesos para cada uno, en lugar de 5,000 que debían corresponderles.

Como este resultado sería absolutamente contrario á la equidad y la justicia, exige la ley que se colacionen los anticipos que hubieren recibido los herederos y las deudas que hubieren contraído con el testador, á fin de que formando parte del activo del caudal mortuario, se haga una división de él perfectamente justa y observando una exacta igualdad entre los herederos.

En otros términos: no hay confusión mientras no se liquide la herencia, ó lo que es lo mismo, no se hace la partición de ella, ya sea que el deudor herede al acreedor, ya sea que éste herede á aquél (Art. 1,718, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Esta regla se funda no sólo en las consideraciones que antes hemos hecho, sino también en una ficción del derecho que hace considerar al heredero que acepta la herencia con

<sup>1</sup> Artículos 1,603, Código civil de 1,884.

beneficio de inventario como dueño de dos caudales distintos y separados, el que tenía antes de ser instituido heredero, y el que le pertenece por tal motivo de la herencia; cuya ficción produce el efecto jurídico de que sólo sea responsable de las deudas del testador hasta donde alcance el caudal mortuario, y de que conserve ilesos sus derechos para obtener el pago de los créditos que tuviere contra aquél.

Para más fácil comprensión de la teoría expuesta tenemos que advertir, por más que no sea este el lugar á propósito, que la simple aceptación de la herencia por el heredero producía el efecto enteramente natural de confundir sus bienes propios con los hereditarios formando un solo caudal con el cual estaba obligado á pagar las deudas del testador, supuesto que sucedía á éste en todos sus derechos y obligaciones, y representaba á su persona.

Para evitar que la aceptación de la herencia onerosa pudiera resultar perjudicial al heredero, se estableció por la ley el beneficio de inventario, cuyo efecto jurídico hemos explicado brevemente; pero no con el carácter de obligatorio, pues el heredero era libre para aceptar la herencia con él ó lisa y llanamente, constituyéndose responsable hasta con sus propios bienes, de las deudas del testador.

Pero el Código, separándose de las tradiciones y de los preceptos de nuestra antigua legislación declaró en el artículo 3,968, que toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario, aunque no se exprese; y como una consecuencia lógica y precisa declaró también en el artículo 3,967, que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero: esto es, que no hay confusión de los derechos del uno con los del otro, que no pueden reunirse en la persona del heredero las cualidades de deudor y acreedor de una misma obligación.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículos 3,701 y 3,700, Código Civil de 1884.



Es decir: que según el Código, mientras no se hace la división de la herencia conserva el heredero su cualidad de deudor ó acreedor, porque sus bienes no se confunden con aquella, ya por su propio beneficio, ya por el de sus coherederos.

La confusión que se verifica en la persona del deudor principal aprovecha á su fiador (Art. 1,715, Cód. civ).<sup>1</sup>

La razón es clara, porque aunque la confusión no puede asimilarse al pago y sólo produce un efecto relativo y personal, sin embargo, como el deudor es responsable al fiador de la cantidad que hubiere tenido que pagar al acreedor, no puede exigirle el pago de la cantidad que él mismo adeuda; porque tendría que restituirla con los gravámenes consiguientes á los perjuicios que aquél hubiere sufrido. De manera que no habría hecho otra cosa que ejercitar inútilmente una acción para obtener un menoscabo en sus intereses.

Pero no sucede lo mismo cuando se verifica la confusión de las cualidades de acreedor y fiador, porque no extingue la obligación (Art. 1,716, Cód. civ).<sup>2</sup>

En este caso se produce solamente la extinción de la fianza, por la imposibilidad que origina la reunión de las cualidades de acreedor y fiador, supuesto que aquél no puede ser garante de su propio derecho y que es absurdo que pudiera ejercitar una acción contra sí mismo; pero no se extingue la acción principal, cuya existencia es absolutamente distinta de la fianza y no depende de ella.

Sostener lo contrario sería lo mismo que pretender el absurdo de que la existencia de lo principal dependiera necesariamente de la existencia de lo accesorio; ó lo que es lo mismo, que sin accesorio no puede haber principal.

Pero hay otra razón tan poderosa como la precedente,

<sup>1</sup> Artículo 1,690, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,601, Código Civil de 1884.

que es más jurídica, y que explica el motivo de la regla á que aludimos.

La confusión no es un pago, sino la imposibilidad de obrar, y por lo mismo, el deudor principal, contra quien no existe tal obstáculo, permanece obligado al acreedor con el mismo vínculo mientras no cumple el contrato, haciendo ó prestando aquello que prometió.

La ley no prevé el caso en que el deudor principal suceda por herencia al fiador, ó en que éste herede á aquél, produciéndose la confusión; pero todos los autores están de acuerdo en que, en tal caso, pierde el acreedor la garantía que le resulta de la fianza, por la imposibilidad que crea la reunión en una misma persona de las cualidades incompatibles de deudor y fiador, y en que subsiste íntegra la obligación, cuyo cumplimiento puede exigir el acreedor.<sup>1</sup>

Sin embargo, sostienen también que esta teoría sufre excepción cuando la obligación del fiador es más ventajosa para el acreedor que la principal; por ejemplo, cuando puede ser anulada á causa de un vicio que le es exclusivo y no afecta á la obligación principal.<sup>2</sup>

Como la extinción de la obligación se funda en la imposibilidad que nace con motivo de haberse reunido en una misma persona dos cualidades incompatibles, la de deudor y la de acreedor, se infiere que cuando la deuda obliga en común á muchas personas y una sola reúne esas cualidades incompatibles, se extingue la obligación sólo respecto de ella y no respecto de las demás.

Por este motivo, declara el artículo 1,717 del Código civil, que la confusión que se verifica en la persona del acreedor ó deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito ó deuda.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVIII, n.º 502; Larombière, tomo III, art. 1,301, n.º 3; etc. et.

<sup>2</sup> Dalloz, Répertoire, v.º Obligation, n.º 2,800; Demolombe, tomo XXVIII, n.º 732 y siguientes.

<sup>3</sup> Artículo 1,602, Código civil de 1884.

Ya hemos indicado la razón de este precepto, la cual se hace más preceptible, teniendo presente, que, por la incompatibilidad de las cualidades de acreedor y deudor reunidas en una misma persona, se enerva, más bien que se extingue la obligación, y que este efecto se produce en la medida y extensión de la imposibilidad, y por lo mismo, no se puede verificar en aquellas personas respecto de las cuales no existe.

Cuando uno de los derechos depende de una condición suspensiva ó resolutoria, cesa la confusión que se hubiere verificado, si no se realiza la condición; y siempre que el contrato se rescinde por cualquiera causa se alcanza igual resultado (Arts. 1,719 y 1,720, Cód. civ).<sup>1</sup>

Estos principios son la consecuencia de los que hemos establecido respecto de las obligaciones condicionales, según los cuales no existe vínculo alguno entre los contrayentes mientras no se verifica la condición, y cuando se celebra un contrato bajo condición resolutoria, si llega á realizarse ésta, se restituyen las cosas al mismo estado que tenían antes de la celebración de aquél,

Así, pues, si un individuo es acreedor bajo condición sus-

<sup>1</sup> Artículos 1,604 y 1,605, Código Civil de 1884.

El primero de estos preceptos reformó al artículo 1,719, del Código de 1870 en los términos siguientes.

“Artículo 1,604. Si uno de los derechos fuere condicional, se observarán las reglas siguientes:”

“I. Si la condición fuere suspensiva, la confusión no se verificará sino cuando la condición se hubiere realizado.”

“II. Si la condición fuere resolutoria la confusión que se hubiere hecho cesará realizándose la condición.”

Esta reforma se hizo por ser inexacto el sentido del artículo reformado, porque no hay confusión de derechos antes de que se cumpla la condición suspensiva, ni cesa la confusión cuando no se verifica la condición resolutoria.

Tal reforma nos parece justa en cuanto se refiere á los derechos dependientes de condición resolutoria pero no la creemos perfectamente justificable respecto de los derechos que dependen de condición suspensiva; pues, como hemos dicho en las páginas 92 y 93 de este volumen, las obligaciones condicionales engendran derechos eventuales á favor del acreedor, cuyo ejercicio le es permitido, ó más bien dicho, concedido y protegido por la ley, aun antes de que se cumpla la condición, lo que demuestra que la confusión puede producir efecto antes de que ésta se verifique y por tanto que no es perfectamente justa la consideración que motivó la reforma.

pensiva y sucede al deudor, reúne en su persona dos cualidades incompatibles y se verifica la confusión; pero si no llega á realizarse aquella no puede haber entonces confusión, porque no hay obligación.

Si, por el contrario, se trata de un contrato cuya subsistencia depende de una condición resolutoria y ésta se verifica, cesa la confusión, porque deja de existir la obligación, se extinguen los derechos recíprocos del acreedor y del deudor, y por consiguiente, tampoco puede verificarse aquella.

Lo mismo acontece cuando el contrato se rescinde por alguna causa, pues existen razones análogas á las que hemos expuesto respecto de las obligaciones condicionales y de las sujetas á condición resolutoria.

Pero cualesquiera que sean los casos en que cesa la confusión, subsisten las obligaciones primitivas con las que les son accesorias, y aun las que son relativas á terceros (Art. 1,720, Cód. civ).<sup>1</sup>

Esto es; cuando cesa la confusión renace la obligación con todos sus accesorios aún con relación con terceras personas; porque si aquella no extingue propiamente hablando á la segunda, sino que sólo produce una imposibilidad que impide el ejercicio del derecho del acreedor, es claro que, cuando cesa esa imposibilidad, deben restituirse las cosas al estado que tenían antes de la confusión y renacer la obligación con todas las demás obligaciones accesorias que garantizan su cumplimiento y con todos los efectos jurídicos que las leyes le otorgan, aún respecto de terceras personas.

<sup>1</sup> Artículo 1,605, Código civil de 1884.

## IX

## De la novación.

El Código Civil enumera la novación entre los modos de extinción de las obligaciones, porque aunque no es un verdadero pago, es un equivalente de él, ó hace sus veces, supuesto que el deudor puede con el consentimiento del acreedor satisfacer su obligación con otra. Esto es, sustituyendo una obligación, que se extingue, con otra nueva que la reemplaza.

De manera que la novación es la sustitución de una deuda antigua por una nueva.

Esta misma definición da, aunque en distintos términos, el art. 1,721 del Código, declarando que hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo á distintas condiciones ó plazos; sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó haciendo cualquiera alteración sustancial, que demuestre claramente su intención de variar la obligación primitiva.<sup>1</sup>

Notables diferencias existen entre la novación, tal como la reconoce y sanciona el Código Civil, siguiendo los principios de las legislaciones modernas, y la que admitía el derecho Romano; pues como dice Gide en su monografía sobre la novación, esta palabra corresponde en la ley romana

<sup>1</sup> Artículo 1,606, Código Civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

«Art. 1,606. Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sujetándolo á distintas condiciones, sustituyendo una deuda nueva á la antigua, ó haciendo cualquiera otra alteración que afecte á la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva.»

La reforma roció realmente sobre la redacción del precepto para hacerlo más claro, pues en la esencia es el mismo que contenía el art. 1,721 del Código de 1,870.

y en la ley moderna, á dos ideas profundamente diferentes, como lo demuestra después.<sup>1</sup>

Según este autor, la novación era en el derecho Romano una transformación en el sentido estricto de la palabra, esto es, un simple cambio de forma, estrechamente sujeto á las exigencias del sistema formulario, que tenía por objeto solamente comunicar á las obligaciones contraídas por los medios ordinarios las cualidades de las verbales, mediante la estipulación.

En nuestro derecho, por el contrario, se produce la novación, como en las demás legislaciones modernas, por el solo efecto del consentimiento, siempre que conste de una manera expresa y clara, que no deje duda acerca de la intención de los interesados, de variar la obligación primitiva.

Como la novación tiene por objeto extinguir una obligación, creando una nueva que la sustituye, se infiere que para que pueda verificarse es indispensable que existan dos obligaciones, una antigua que se extingue y una nueva que la reemplaza.

De otra manera, sería absurdo sostener la extinción de una obligación que no existe y la creación de una nueva que ha tenido por objeto extinguirla; pues no se puede destruir lo que no existe, y porque la segunda obligación carecería de causa, y por lo mismo, sería nula é ineficaz.

Es necesario también la existencia de una obligación nueva para que se verifique la novación, porque si falta, es evidente que subsiste la antigua, que no es sustituida por otra, y por tanto, que no se extingue.

Muy importantes son las consecuencias que se derivan de estos principios, como es fácil comprender, las cuales vamos á indicar.

La validez de la novación depende de la de la primera y de la de la segunda obligación que la reemplaza, y por consiguiente,

<sup>1</sup> Página 3.

si aquella es nula ó se ha extinguido ya cuando se celebra ésta, la novación queda también sin efecto; y si la nueva obligación es nula no se extingue la primera.

La razón es perfectamente perceptible y clara, pues la novación tiene por causa la extinción de la obligación antigua, y cuando ésta falta carece de causa y objeto la segunda, y no puede producir ningún efecto jurídico; y cuando la segunda es nula no se extingue la primera, porque no puede hacer las veces del pago ó cumplimiento de ella.

Por este motivo declara el artículo 1,731 del Código Civil, que si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda, queda la novación sin efecto; y el artículo 1,734 declara á su vez, que si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación. <sup>1</sup>

Por idénticas razones es nula la segunda obligación, y por consiguiente, no se verifica la novación, cuando la primitiva es absolutamente reprobada por la ley, ó cuando sus vicios no pueden subsanarse, (Art. 1,733: Cód. Civ.) <sup>2</sup>

La novación puede también recaer sobre una obligación condicional, pero en tal caso, aun cuando la condición sea suspensiva, sólo queda la novación pendiente del cumplimiento de ésta, si así se hubiere estipulado (Art. 1,732, Código Civil.) <sup>3</sup>

Pudiera parecer extraña la regla que acabamos de establecer y objetarse en su contra que, según los principios elementales del derecho, mientras no se verifica la condición no existe la obligación, y por lo mismo, que malamente puede ser el objeto de la novación.

Pero fácilmente puede contestarse á esta objeción, recordando que, según dijimos al ocuparnos de los efectos de las obligaciones condicionales, mientras no se verifica la condición, tiene el acreedor un derecho eventual, un derecho

<sup>1</sup> Artículo 1,616 y 1,619, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,618.

<sup>3</sup> Artículo 1,617.

irrevocable, aunque incierto, que forma parte de su patrimonio y es transmisible á sus herederos, lo que demuestra que no es exacta la locución empleada por el derecho Romano y por nuestra antigua legislación, que declaraban, que el acreedor antes del verificativo de la condición es sólo acreedor de una esperanza. <sup>1</sup>

Así, pues, las obligaciones condicionales pueden ser muy bien el objeto de la novación.

¿Pero cuáles son los efectos de ésta en tal caso?

Según el derecho Romano y la legislación de las Partidas, si la obligación condicional se sustituía por una pura y simple, no había novación si no se verificaba la condición de la cual dependía la existencia de aquella, porque siendo indispensable que haya dos obligaciones para que se verifique la novación, si no existía la primera, era absolutamente imposible la existencia de la segunda.

Pero nuestro Código, separándose de esos principios, y siguiendo el contenido en el art. 811 del Código Portugués, sancionó la regla que establecimos, según la cual no queda la novación pendiente del verificativo de la condición suspensiva, sino en el caso en que así se hubiere estipulado.

Esta regla se halla en perfecta armonía con la teoría que sostienen los autores modernos, que considera al acreedor de obligación condicional, como propietario de un derecho eventual y transmisible á sus herederos; y nos parece justa, porque no hay razón alguna para que los contrayentes no puedan novar por una obligación pura y simple una condicional, quedando ésta extinguida.

Por ejemplo; ¿qué razón de justicia habría para que Pedro, deudor de cien pesos bajo condición suspensiva, no pudiera novar su obligación, convirtiéndola en una á plazo cierto y determinado, quitándole el carácter eventual que tenía?

Ninguna; pues la razón en que se fundaban el derecho

<sup>1</sup> Página 93 de este volumen.

Romano y nuestra antigua legislación, la circunstancia de no existir las obligaciones condicionales hasta el verificativo del acontecimiento incierto del cual dependen, no es enteramente exacto, pues, como hemos dicho antes, tales obligaciones crean derechos eventuales, es verdad, pero irrevocables y transmisibles á los herederos del acreedor, é imponen al deudor el deber de conservar las cosas sobre las cuales recaen aquellas.

Así, pues, según nuestro Código, la novación extingue la obligación primitiva, aun cuando ésta se halle subordinada á una condición suspensiva; y sólo queda dependiente de ella en el caso en que así lo hubieren convenido expresamente los contratantes, porque su voluntad es la suprema ley de los contratos.

Es también requisito esencial para que exista la novación que el acreedor y el deudor tengan la intención de novar ó modificar la obligación; pues bien puede acontecer que le hagan modificaciones sin que ellas importen la voluntad de extinguirla ó sustituirla por otra. Por ejemplo; no hay novación cuando el deudor conviene con su acreedor en otorgarle un pagaré por la cantidad que le adeuda, ó cuando otorga una fianza para garantizar su pago.

Así, pues, la novación nunca se presume; sino que debe constar expresamente; porque respecto del acreedor implica una renuncia, y es sabido que la renuncia de derechos jamás se presume; y en cuanto al deudor contrae una nueva obligación, y la voluntad de obligarse no se presume, porque toda obligación importa un gravamen ó la restricción de la libertad (Art. 1,276, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Según el Código civil, la novación se produce de las tres maneras siguientes:

1.ª Cuando las partes interesadas en el contrato lo alteran, sujetándolo á distintos plazos ó condiciones; sustituyendo

<sup>1</sup> Artículo 1,611, Código Civil de 1,884.

yendo una nueva deuda á la antigua, ó haciendo cualquiera otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de variar la obligación primitiva (Art. 1,721, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Esta especie de novación se llama por los autores *objetiva*, porque produce solamente el cambio en el objeto de la obligación ó en las circunstancias y condiciones de ella, quedando el mismo acreedor y el mismo deudor.

2.ª Cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado.

3.ª Cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro con quien queda obligado el deudor primitivo (Art. 1,722, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Estas dos especies de la novación son llamadas *sujetivas*, porque subsistiendo la obligación primitiva, sólo hay cambio en los sujetos ó personas que en ella intervienen.

Fácilmente se comprenderá que estas especies de la novación no se excluyen las unas á las otras, y que son susceptibles de reunirse y combinarse, supuesto que por la voluntad de los contrayentes pueden cambiarse á la vez la obligación y la persona del acreedor ó la del deudor, ó las dos juntas.

La novación objetiva puede operarse en los casos siguientes:

1.ª Cuando la intención de los contrayentes de novar la obligación antigua resulta de la incompatibilidad de ella con la nueva:

2.ª Cuando independientemente de esta circunstancia manifiestan los interesados su intención de novar de una manera expresa y terminante.

Pero hay que advertir, que para que se verifique la novación en el primer caso, es necesario que se cambie la natu-

<sup>1</sup> Artículo 1,606, Código civil de 1,884. Véase la nota 1.ª pág. 308 de este volumen.

<sup>2</sup> Artículo 1,607, Código Civil de 1,884.

raíza jurídica y el objeto de la obligación, y por consiguiente que no se opera cuando se cambian sólo las modalidades de ella, se aumenta ó disminuye su importancia, la de las obligaciones que la garantizan, los plazos de pago, ó se cambia la forma del documento que acredita su existencia ó los modos de su ejecución.<sup>1</sup>

Unos ejemplos harán más comprensible la teoría expuesta.

Si una persona adeuda á otra diez mil pesos, pagaderos en determinado plazo y convienen en que el deudor pague solamente ocho mil, ó en un plazo más largo, no hay novación; pero si el deudor recibió dicha cantidad en depósito y por un contrato posterior conviene con el acreedor en que la conserve en mutuo, habrá novación, porque la causa jurídica de la obligación se ha cambiado, desapareciendo para ser sustituida por una nueva.

La primera especie de la novación objetiva, esto es, cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado, se opera de dos maneras, por *expromisión* ó por *delegación*.

La *expromisión* llamada así en el derecho Romano, se verifica cuando un individuo asume la obligación de otro, comprometiéndose á satisfacerla por él, que queda libre de ella.

Es verdad que en nuestro derecho actual no se emplea ya esa palabra, pero también lo es que la usan frecuentemente los jurisconsultos, sin duda porque expresa perfectamente el carácter de la operación á que se refiere.

En efecto: la novación es un contrato, y como tal, está sujeta á las disposiciones generales que, sobre capacidad consentimiento de los contrayentes, etc, establecen las leyes, salvas las modificaciones que su índole especial demanda; y por consiguiente, es indispensable para su existencia que

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVIII, núm. 266; Demolombe, tomo XXVIII, núm. 276; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 217.

otorguen su consentimiento el deudor y el acreedor, si la nueva obligación tiene solamente por objeto el cambio del de la primera (Art. 1,723 Cód. civ).<sup>1</sup>

Pero cuando la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, puede efectuarse sin el consentimiento del primero, bajo las mismas condiciones que el pago, pero no sin el consentimiento del acreedor (Art. 1,724, Cód. civ).<sup>2</sup>

La razón es perfectamente perceptible: es necesario el consentimiento del acreedor, porque la sustitución del nuevo deudor es un equivalente del pago, y es sabido que no puede obligarse á recibir éste en una forma ó especie distinta de la prometida; y no es necesario el consentimiento del deudor, por el mismo motivo por el cual no se exige para que un tercero pueda hacer válidamente el pago sin contar con su voluntad.

La *delegación* es el acto por el cual una persona da á su acreedor otro deudor que se encarga de pagar la deuda. Por ejemplo; Pedro debe á Francisco la cantidad de mil pesos y es á la vez acreedor de Antonio por la misma suma. Si encarga á Antonio que se obligue con Francisco á pagarle dicha cantidad y éste acepta, se verifica la delegación, y por consiguiente, la novación que extingue la obligación del primero.

Como se ve por la definición y el ejemplo que preceden, para que haya delegación es indispensable la concurrencia de las tres personas siguientes:

Primera: El *delegante*, que es el deudor de la obligación primitiva, que pone al acreedor y al tercero en contacto para operar la novación:

Segunda: El *delegado*; esto es, el tercero que contrata para contraer la nueva obligación con el acreedor:

Tercera: El *delegatario*, ó lo que es lo mismo, el acreedor en cuyo favor se celebra la nueva obligación.

<sup>1</sup> Artículo 1,608, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,609, Código civil de 1884.

La delegación produce la novación, aunque no en todos los casos, y de aquí proviene que la distinguan los juriscónsultos en dos especies, *perfecta é imperfecta*.

La *imperfecta* es la que no produce la novación y tiene lugar cuando el acreedor la consiente sin renunciar sus derechos contra el deudor de la primera obligación, pues en tal caso se considera que ha otorgado su consentimiento porque el segundo deudor venía á aumentar las seguridades del pago, y no con intención de exonerar á aquél de la obligación.

La delegación *perfecta* es aquella que opera la novación, porque el acreedor renuncia sus derechos contra el deudor y le libra de la obligación.

El efecto necesario de la novación por delegación consiste en extinguir la deuda antigua, de manera que el acreedor no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo el caso de convenio en contrario (Art. 1,725 Cód. civ).<sup>1</sup>

Este efecto es la consecuencia necesaria de los principios que hemos establecido; pues si el delegante se libera de la obligación por haberse sustituido en su lugar el delegado, es lógico y justo que, si éste se hace insolvente, sufra las consecuencias el acreedor que le aceptó consintiendo en la subrogación.

Sin embargo, como ya lo indicamos, esta regla sufre excepción cuando por convenio expreso determinan otra cosa los contrayentes, porque la ley les deja en la más amplia libertad para arreglar los efectos de la obligación que contraen, y por tanto, para limitar los de la delegación, estableciendo que en caso de insolvencia podrá repetir el acreedor contra el delegante.

Tal vez se diga que es inútil en tal caso la delegación, supuesto que se destruye por la voluntad de los interesados el

<sup>1</sup> Artículo 1,610, Código civil de 1884.

efecto jurídico que le atribuye la ley, la extinción de la obligación antigua y la libertad del primer deudor; pero no es así, porque el acreedor no puede ejercer sus derechos indistintamente contra cualesquiera de los deudores, sino que debe proceder contra el delegado, y sólo puede repetir contra el delegante en el caso de que resulte probada su insolvencia.<sup>1</sup>

El precepto que establece esta excepción parece referirse en términos generales y absolutos á todos los casos de insolvencia del delegado, anteriores ó posteriores á la delegación, porque no hace distinción alguna. Sin embargo, creemos que no debe ser así, y que tal precepto debe entenderse solamente respecto de la insolvencia posterior á la delegación, pues cuando es anterior existe un notorio error en el delegatario, que anula su consentimiento, porque no es creíble que hubiera convenido en sustituir un deudor que tenía la posibilidad de pagarle por uno notoriamente insolvente.

Si no fuera así, se autorizaría el dolo del deudor otorgándole en recompensa su completa libertad, que le eximiría del cumplimiento de su obligación, lo cual es inmoral é injusto.

La segunda especie de la novación subjetiva tiene lugar cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro con quien queda obligado el deudor primitivo; y en ella, á ejemplo de la delegación, tienen que intervenir necesariamente tres personas; el acreedor antiguo que renuncia la obligación constituida á su favor, el nuevo acreedor que la estipula en su provecho y el deudor que se compromete á pagar á éste.

El concurso de estas tres personas debe tener necesariamente por objeto la creación de una nueva obligación, de manera que se extinga el derecho constituido en favor del primer acreedor, pues si no es así no hay novación, sino que simplemente se designa á la tercera persona que interviene para que haga efectivo el pago, otorgándole un mandato.

La especie de la novación á que aludimos tiene alguna

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, tomo V, núm. 224, bis I.

analogía con la cesión de acciones y con la subrogación, pero á la vez tiene caracteres distintivos que nos permiten evitar toda confusión con esos modos de extinguirse las obligaciones.

En efecto: la diferencia esencial que distingue la cesión y la subrogación de la novación consiste en que ésta extingue las obligaciones, mientras que aquellas no, sino que los derechos íntegros del acreedor se transmiten al cesionario y al subrogado.

En otros términos; en la cesión no se forma una obligación nueva, sino que el acreedor transmite el crédito al cesionario con todos sus derechos y acciones, y por lo mismo subsiste la obligación antigua, sin que tenga en aquella ninguna intervención; mientras que en la novación hay un nuevo contrato en el que generalmente interviene el deudor otorgando su consentimiento.

La subrogación es una cesión ficticia creada por la ley, y la obligación, aunque satisfecha, subsiste á favor del subrogado, sin que intervenga el deudor, si no es en el caso en que lo autoriza aquella, ó lo que es lo mismo, en el caso de la subrogación convencional.

Los efectos de la novación no prestan ninguna dificultad, porque son análogos á los del pago, y por lo mismo, se reducen, como los de éste, á extinguir la obligación con todos los derechos y obligaciones que le son accesorios, á no ser que el acreedor se los reserve expresamente (Art. 1,727, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Pero para que esta reserva produzca efecto es necesario que se haga al mismo tiempo que la novación, pues una vez consumada ésta, se extinguen la obligación y sus accesorios; y es sabido que, según los principios elementales de la ciencia, una vez que se ha extinguido un derecho no puede revivir.

1 Artículo 1,612, Código civil de 1,884.

Esta reserva, según enseñan todos los autores, no puede producir efecto contra tercero, sino hasta el importe de la deuda antigua. Por ejemplo; Pedro adeuda á Antonio diez mil pesos con hipoteca de una finca de su propiedad, y por una novación, con reserva de esa garantía, conviene aquél en pagar quince mil pesos. No puede el acreedor ejercitar su acción hipotecaria contra tercero, en virtud de la novación, pretendiendo, por ejemplo, preferencia sobre otros hipotecarios posteriores, sino por los diez mil pesos de la primera deuda.<sup>1</sup>

De otra manera no sólo se permitirían las ocasiones de peligrosísimos y frecuentes fraudes, sino que se violarían los principios más elementales del derecho sobre la constitución y la naturaleza de la hipoteca.

Si la reserva tiene relación á un tercero, es necesario también el consentimiento de éste; en virtud del principio que declara que los contratos sólo obligan y aprovechan y perjudican á las personas que los celebran.

Esta regla es también una consecuencia de los efectos jurídicos de la novación, pues si por la ley extingue la obligación sobre que recae, con todos sus accesorios, es consiguiente que no puedan subsistir la fianza ó la hipoteca otorgadas por un tercero, luego que se verifica la novación, si no es con reserva expresa del acreedor consentida por el tercero.

Cuando la novación se efectúa entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación á los bienes del deudor que contrae la nueva deuda (Art. 1,729, Código civ.).<sup>2</sup>

Este principio es exactamente el mismo que sancionó el artículo 1,380 del Código Francés, el cual ha sido criticado

1 Demolombe, tomo XXVIII, núm. 343; Baudry Lacantinerie, tomo III, núm. 1,042; Laurent, tomo XVIII, núm. 329; Mourlon, tomo III, núm. 1,412; etc., etc.

2 Artículo 1,614, Código civil de 1,884.



severamente por todos los comentaristas de ese ordenamiento, ya porque tomado á la letra importa la prohibición absoluta de la reserva de los privilegios é hipotecas aun con el consentimiento de los deudores solidarios, ya porque importa una inconsecuencia con el sistema seguido por el mismo Código respecto de la subrogación.

Por ese motivo sostienen que el referido precepto es muy difícil de justificar, supuesto que en el caso de la reserva se aprovecharían siempre de la novación los deudores solidarios, pues obligados antes personal é hipotecariamente, sólo lo estarían del último modo después de la novación, cuya circunstancia mejoraría notablemente su situación.<sup>1</sup>

El principio aludido adolece del mismo defecto que el artículo 1,380 del Código Francés de donde fué tomado, y sólo se le puede justificar estimándolo como una excepción de la regla general contenida en el artículo 1,725 de nuestro Código, introducida por una causa que no alcanzamos á comprender.

Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores; porque produce los mismos efectos que el pago, supuesto que extingue la obligación (Art. 1,730, Código Civ.)<sup>2</sup>

Pero este efecto se produce sin perjuicio de la obligación que los demás codeudores tienen de indemnizar al que efectuó la novación de la parte que á cada uno correspondía de la deuda, pues no sería justo que estando obligados al pago de ésta alcanzaran su libertad á expensas y con perjuicio del que contrajo la nueva obligación con el acreedor.

Finalmente: el artículo 1,735 del Código Civil establece otro principio, que por su claridad no necesita de explicación alguna, según el cual, el deudor sustituido no puede oponer

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, tomo V, núm. 228, *bis* II, Aubry y Rau, tomo IV, pág. 223, nota 56; Toullier, tomo VII, núm. 3:3; Duranton, tomo XII, núm. 305; Larombière, tomo III, art. 1,179, núm. 2.

<sup>2</sup> Artículo 1,615, Código Civil de 1884.

al acreedor las excepciones que competían personalmente al primer deudor, pero sí puede oponerle las que personalmente tuviere contra el mismo acreedor y las que procedan del contrato.<sup>1</sup>

## X

### De la cesión de acciones.

Los Códigos europeos enumeran generalmente la cesión de bienes entre los modos de extinguirse las obligaciones, porque es una manera de pago, pero nuestro Código Civil, á ejemplo del Portugués, no la considera entre esos modos, y sustituye en su lugar la cesión de acciones que aquellos colocan inmediatamente después de la compra-venta, por estimarla una especie de este contrato.

El Código Civil no se ocupó de la cesión de bienes, no obstante que es una especie del pago, á causa, sin duda, de que siempre se ha reputado entre nosotros como la materia de un juicio universal, y há estado regida por las leyes que norman los procedimientos de los juicios.

Creemos también que el Código enumera la cesión de acciones entre los modos de extinguirse las obligaciones, no porque produzca efectos semejantes al pago, de manera que ambos contratantes queden libres de todo vínculo jurídico, sino porque produce el efecto de extinguir la obligación respecto del acreedor primitivo, transmitiéndose íntegro al cesionario el derecho que engendra.

La palabra *acción* tiene una acepción general que comprende, tanto el derecho de perseguir en juicio lo que es

<sup>1</sup> Artículo 1,620, Código Civil de 1884.

severamente por todos los comentaristas de ese ordenamiento, ya porque tomado á la letra importa la prohibición absoluta de la reserva de los privilegios é hipotecas aun con el consentimiento de los deudores solidarios, ya porque importa una inconsecuencia con el sistema seguido por el mismo Código respecto de la subrogación.

Por ese motivo sostienen que el referido precepto es muy difícil de justificar, supuesto que en el caso de la reserva se aprovecharían siempre de la novación los deudores solidarios, pues obligados antes personal é hipotecariamente, sólo lo estarían del último modo después de la novación, cuya circunstancia mejoraría notablemente su situación.<sup>1</sup>

El principio aludido adolece del mismo defecto que el artículo 1,380 del Código Francés de donde fué tomado, y sólo se le puede justificar estimándolo como una excepción de la regla general contenida en el artículo 1,725 de nuestro Código, introducida por una causa que no alcanzamos á comprender.

Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores; porque produce los mismos efectos que el pago, supuesto que extingue la obligación (Art. 1,730, Código Civ.)<sup>2</sup>

Pero este efecto se produce sin perjuicio de la obligación que los demás codeudores tienen de indemnizar al que efectuó la novación de la parte que á cada uno correspondía de la deuda, pues no sería justo que estando obligados al pago de ésta alcanzaran su libertad á expensas y con perjuicio del que contrajo la nueva obligación con el acreedor.

Finalmente: el artículo 1,735 del Código Civil establece otro principio, que por su claridad no necesita de explicación alguna, según el cual, el deudor sustituido no puede oponer

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, tomo V, núm. 228, *bis* II, Aubry y Rau, tomo IV, pág. 223, nota 56; Toullier, tomo VII, núm. 3:3; Duranton, tomo XII, núm. 305; Larombière, tomo III, art. 1,179, núm. 2.

<sup>2</sup> Artículo 1,615, Código Civil de 1884.

al acreedor las excepciones que competían personalmente al primer deudor, pero sí puede oponerle las que personalmente tuviere contra el mismo acreedor y las que procedan del contrato.<sup>1</sup>

## X

### De la cesión de acciones.

Los Códigos europeos enumeran generalmente la cesión de bienes entre los modos de extinguirse las obligaciones, porque es una manera de pago, pero nuestro Código Civil, á ejemplo del Portugués, no la considera entre esos modos, y sustituye en su lugar la cesión de acciones que aquellos colocan inmediatamente después de la compra-venta, por estimarla una especie de este contrato.

El Código Civil no se ocupó de la cesión de bienes, no obstante que es una especie del pago, á causa, sin duda, de que siempre se ha reputado entre nosotros como la materia de un juicio universal, y há estado regida por las leyes que norman los procedimientos de los juicios.

Creemos también que el Código enumera la cesión de acciones entre los modos de extinguirse las obligaciones, no porque produzca efectos semejantes al pago, de manera que ambos contratantes queden libres de todo vínculo jurídico, sino porque produce el efecto de extinguir la obligación respecto del acreedor primitivo, transmitiéndose íntegro al cesionario el derecho que engendra.

La palabra *acción* tiene una acepción general que comprende, tanto el derecho de perseguir en juicio lo que es

<sup>1</sup> Artículo 1,620, Código Civil de 1884.

nuestro y se nos debe, como el derecho inherente ó correlativo de toda obligación que otorga al acreedor la facultad de exigir su cumplimiento.

El Código no toma la palabra acción en su sentido genérico al ocuparse de la cesión de acciones, sino que se refiere á la enajenación de los derechos que nacen de las obligaciones y que otorgan la facultad de exigir su cumplimiento; es decir, en un sentido especial y restringido.

La cesión de acciones, á la que los juriconsultos romanos llamaban, *emptio nominis*, *venditio nominis*, se debe definir según Olea: *Cessio est quasi traditio, est juris et actionis ex aliquo titulo in alium facta translatio.*<sup>1</sup>

Escriche da una definición semejante diciendo, que la cesión de acciones es el traspaso de un derecho á favor de otro, ó bien, un contrato por el cual uno transfiere á otro el crédito, derecho ó acción que tiene contra un tercero.

Según los principios rigurosos de la legislación Romana, transmitidos á la Española, la cesión de un derecho personal parecía enteramente contraria á las nociones fundamentales de la ciencia del derecho: pues obligándose el deudor sólo respecto del acreedor, con quien contrata, no puede, sin un hecho de su parte, quedar obligado á otra persona.

Sin embargo, como las cesiones eran muy útiles al comercio, se recurrió á una sutileza, aplicándoles los principios del derecho relativos al mandato ó procuración.

En efecto: el acreedor puede ejercitar sus derechos por medio de un mandatario, sin que se conculquen los del deudor; y dándole al cesionario ese carácter, transmitirle la facultad de hacer efectivos esos mismos derechos. Es decir, que por una ficción, se suponía al cesionario como procurador del acreedor, pero en provecho suyo, ó como se decía en términos técnicos, era procurador en causa propia. "*Procurator in rem suam.*"

<sup>1</sup> De cessione jurium, quest 1<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 100.

Esta ficción producía, como era natural, consecuencias extrañas, entre otras, la de facultar al deudor para oponer al cesionario la compensación de cuanto le debía el acreedor antes de verificar la cesión, aun después que ésta le fuera notificada legalmente; pues el cesionario no era más que mandatario ó procurador.<sup>2</sup>

El Código civil proscribió esa sutileza innecesaria, origen de complicadas controversias, y considerando como bienes muebles las obligaciones y derechos que tienen por objeto cantidades exigibles, ó cosas muebles, los estimó como objetos que se hallan en el comercio y que son, por lo mismo, susceptibles de transmitirse de una á otra persona, como cualquiera otra cosa.

Por esa razón declara expresamente en el artículo 1,736; que el acreedor puede transmitir á otro su derecho por título gratuito ú oneroso, independientemente del consentimiento del deudor.<sup>2</sup>

Todos los autores sostienen, con justicia, que no debe confundirse la cesión de acciones con la renuncia, la novación por delegación y la subrogación, porque existen notables diferencias entre esos modos de extinguirse las obligaciones, que los distinguen de una manera precisa.

La renuncia es la abdicación de un derecho, hecha sólo por la voluntad del renunciante, mientras que la cesión es la transmisión de un derecho á una persona, mediante la voluntad de ésta, que la acepta, y la del cedente, sin contar para nada con el consentimiento del deudor, y que sólo puede oponerse á la cesión cuando se trata de derechos litigiosos.<sup>3</sup>

La diferencia entre la cesión de acciones y la subrogación, consiste en que aquella es un acto simple y ésta es uno complejo: ó lo que es lo mismo, la cesión consiste en la translación de derechos del cedente á favor del cesionario,

<sup>1</sup> Escriche, v<sup>o</sup> «Cesión de acciones.»

<sup>2</sup> Artículo 1,621, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,630, Código civil de 1884.

teniendo en cuenta exclusivamente el interés de ambos; y la subrogación es á la vez pago para el subrogante y cesión para el subrogado, hecha en beneficio de éste, es verdad, pero también y principalmente en el del deudor.

En cuanto á la diferencia que existe entre la cesión y la novación por delegación ya la hemos explicado en el artículo precedente de este mismo estudio.

La cesión puede verificarse por compra-venta, donación, legado, dación en pago, dote etc., en una palabra, por todos los medios establecidos por las leyes para transmitir la propiedad.

Por consiguiente, la validez de la cesión está subordinada á las formalidades y requisitos que las leyes exigen para la eficacia jurídica de los respectivos contratos de que es objeto.

Si se hace á título oneroso, está sujeta á las condiciones de la compra-venta, ó del contrato bajo cuyas solemnidades se verifica; si se hace á título gratuito, debe llenar las condiciones que la ley exige en la donación; y si en testamento, debe revestir las solemnidades y requisitos de éste.

Como la cesión se hace más comunmente por compra-venta, la consideran los jurisconsultos como una especie de este contrato, y exigen por lo mismo, para la perfecta existencia de él, los requisitos que las leyes demandan como esenciales para que pueda haber compra-venta.

Es decir, que debe haber el consentimiento del cedente y del cesionario, en virtud del cual conviene, el uno en transmitir la propiedad del derecho ó del crédito, y el otro en adquirirla; la cosa, esto es, los créditos, derechos ó acciones cedidos; y el precio, que consiste en la cantidad que promete el cesionario como equivalente del derecho que adquiere.

En este caso produce la cesión entre el cedente y el cesionario efectos enteramente idénticos á los de la compra-venta, entre el comprador y el vendedor; y se entiende perfec-

ta desde el momento en que existe el consentimiento recíproco de los interesados acerca del crédito y del precio.

Sin embargo, por una razón que no alcanzamos á comprender, nuestro Código no estima bastante la concurrencia de los requisitos indicados para la transmisión de la propiedad de los créditos, sino que declara expresamente que, para que el derecho cedido pase al cesionario, es requisito indispensable la entrega del título en que se funde el crédito (Art. 1,743, Cód. civ).<sup>1</sup>

Es decir, que, siguiendo los principios del derecho Romano y de la legislación de las Partidas, establece el que exige como indispensable la entrega del título en que se funda el crédito para que se transmita su propiedad al cesionario, contradiciendo así, sin razón alguna los principios que antes estableció al declarar que todos los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de los contratantes, y desde entonces obligan á lo expresamente pactado, y á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fe, al uso ó á la ley; y que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la translación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario (Artículos 1,392 y 1,552, Cód. civ).<sup>2</sup>

Inútilmente hemos buscado las causas que hayan podido

1 Artículo 1,628, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

«Artículo 1,628. Para que el derecho cedido pase al cesionario, es requisito indispensable la entrega del título en que se funde el crédito, cuando conforme á la ley sea necesario el título para la validez del crédito, ó cuando sin serlo, se hubiere extendido.»

Esta reforma es perfectamente justa, porque hace una aclaración importante, que evita las contencias á que podían dar los términos del artículo 1,743, del Código de 1870, y porque no exigiendo la ley que todo derecho conste precisamente por escrito, no puede pretenderse que en toda cesión se entregue el título que demuestra la existencia del crédito cedido.

2 Artículos 1,276 y 1,336. Código civil de 1884.

Véase la nota 1<sup>a</sup>, página 14 de este volumen.

inducir á los redactores del Código á caer en esta inconsecuencia, contradiciendo los principios mencionados, cuyos fundamentos, sólidos y justos, expusimos en el artículo III de la lección tercera de este tratado; y sólo podemos explicarla como una mala transacción con la legislación antigua, con olvido del sistema adoptado en aquel ordenamiento, ó como el resultado de una mala redacción.

En efecto: pudiera ser que los redactores del Código civil hubieran querido establecer el mismo principio que los demás códigos europeos, según los cuales, la cesión queda perfecta entre el cedente y el cesionario y transmitida la propiedad á éste por el solo consentimiento de ambos, pero no produce efecto contra el deudor ó contra tercero, sino mediante la entrega del título, que al desarrollarlo hubieran incurrido en una omisión, que es la que motiva la contradicción que repugnamos.

Pero sea de esto lo que fuere, los términos precisos y claros del artículo 1,743, nos indican que contienen una excepción de los principios generales que establece el Código respecto de la traslación de la propiedad, que sólo podemos explicar suponiendo que la mente del legislador ha sido evitar las simulaciones mediante la cesión supuesta de los derechos de los acreedores.

En una palabra: según el precepto á que aludimos no se transmite la propiedad del crédito al cesionario por el simple consentimiento de él y del cedente, sino que es necesaria además la entrega del título que lo funda, la cual le constituye en la posesión ó tenencia de él.

Pero no basta la entrega del título al cesionario para que pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, pues el artículo 1,745 del Código exige como requisito indispensable, que se haga á aquél la notificación respectiva, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,631. Código civil de 1884.

Se adicionó este precepto, facultando al cesionario para que pueda hacer la notificación al deudor extrajudicialmente ante un notario.

De donde se infiere, que la notificación al deudor viene á ser una especie de toma de posesión del crédito, que crea vínculos entre el deudor y el cesionario, que ocupa el lugar del acreedor, y que completa respecto de aquél la tradición que por la entrega del título sólo producía efecto entre los contratantes.

Esta especie de translación de la posesión, creada por los artículos 1,743 y 1,745 del Código civil, no es más que la consecuencia inmediata del artículo 786, que declara, que son bienes inmuebles las obligaciones y los derechos y acciones que tienen por objeto cantidades exigibles, y del principio admitido en la jurisprudencia, sin excepción alguna, según la cual, la posesión en las cosas muebles se obtiene por la entrega de las cosas mismas. <sup>1</sup>

Esta translación es tanto más necesaria, cuanto que la cesión se verifica sin noticia y sin conocimiento del deudor, y muchas veces contra su voluntad (Arts. 1,736 y 1,744. Cód. civ). <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,628 y 1,631. Código civil de 1884.

Véanse las notas de las páginas 327 y 328 de este volumen.

Además de las reformas á que éstas se refieren, el Código de 1884, estableció un precepto enteramente nuevo, que tiene por objeto determinar la forma ó solemnidad que debe revestir la cesión para su validez.

Tal precepto dice así:

«Art. 1,629. Es nula la cesión de acciones si no se hace por escrito privado cuando el valor del derecho cedido no excede de quinientos pesos, ó por escritura pública cuando excede de dicha suma, ó cuando conforme á la ley deba constar por escritura pública el derecho cedido.»

<sup>2</sup> Artículos 1,621, y 1,630 Código civil de 1854.

Este último precepto fué reformado en los términos siguientes:

«Art. 1,630. El deudor sólo puede oponerse á la cesión en el caso del artículo 1,622 y en el de que el deudor tenga contra el cedente un crédito anterior á la cesión, por el cual pueda oponerle compensación.»

Según las notas comparativas del Sr. Lic. Macedo; se adicionó este precepto concediendo al deudor el derecho de oponerse cuando tenga contra el cedente un crédito anterior á la cesión que sea compensable con el crédito, lo cual pareció del todo justo y además necesario para impedir que acreedores de mala fe puedan defraudar á las personas á quienes deben por otra causa; haciendo imposible la compensación de sus créditos y eludiendo el pago, como es posible que lo hagan si el deudor carece de derecho para oponerse á la cesión. Por ejemplo, Juan debe á Pedro 100 pesos y éste debe á aquél 50; si Juan puede ceder su crédito de 50 pesos contra Pedro, sin

De lo expuesto se infiere, que perfeccionada la cesión por el mutuo consentimiento de los contratantes, y hechas la entrega del título al cesionario y la notificación respectiva al deudor, se transfiere á aquél la propiedad del crédito cedido.

La exigencia de la ley es tal respecto de la entrega del título, que el artículo 1,746 declara, que sólo tiene derecho para pedir ó hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo de su crédito, y que en el caso de que se haya extraviado éste, el acreedor tiene derecho de probar su existencia; y que la confesión del deudor ó el fallo judicial servirán de nuevo título (Art. 1,750 Cód. civ).<sup>1</sup>

La gestión del acreedor en este caso pertenece á los actos de jurisdicción voluntaria, supuesto que ésta comprende todos aquellos en que por disposición de la ley ó por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas (Art. 2,038. Cód. de Proced. de 1,880 y 2,164 del de 1,872).<sup>2</sup>

Las diligencias se deben practicar con audiencia del deudor en los términos los arts. 2,169 del Código de Procedimientos de 1,872 y 2,041 y siguientes del de 1,880; y si aquél se opusiere se hace el negocio contencioso y debe se-

que éste tenga medios para impedirlo, puede muy bien eludir la acción de Pedro por su crédito de 100 pesos, ausentándose, ocultando sus bienes ó de cualquiera otra manera, y entonces Pedro se verá obligado á pagar los 50 pesos que debe, puesto que no puede oponer al cesionario de Juan la excepción de compensación, y se encontrará imposibilitado para cobrar los 100 pesos que á él le adeudan.

Esta reforma es absolutamente innecesaria por referirse á casos previstos y resueltos por los artículos 1,700 y 1,701 del Código de 1,870 y 1,586 y 1,587 del de 1,884 cuyo estudio hemos dicho en el artículo VI de esta lección.

<sup>1</sup> Artículos 1,632 y 1,633, Código civil de 1,884.

El primero de estos fué reformado en los términos siguientes para concordarlo con el artículo 1,628:

«Art. 1,632. Sólo tiene derecho para pedir ó hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo del crédito, ó el de la cesión cuando aquél no sea necesario conforme al artículo 1,628.»

<sup>2</sup> Artículos 1,358, Código de Procedimientos de 1,884.

guirse por los trámites establecidos para el juicio que corresponda.<sup>1</sup>

Estos trámites sólo pueden tener lugar cuando el título es un documento privado, pues cuando se trata de un instrumento público, no hay necesidad de un juicio para reponer el que se hubiere extraviado; porque existiendo en el protocolo la matriz, bastará que el acreedor ocurra al juez y le pida que, con audiencia del deudor, ordene al notario que le expida un nuevo testimonio del contrato que celebró con éste.

Creemos que el precepto del Código que declara, que es un requisito indispensable la entrega del título en que se funda el crédito para que el derecho cedido pase al cesionario, se debe entender en términos hábiles: es decir, siempre que haya existido el título.

De otra manera habría que concluir, que en los muy frecuentes casos en que una persona adeuda á otra una cantidad sin la salvaguardia de un documento que justifique la existencia de la deuda, no puede el acreedor ceder su derecho, por más que por otros medios pudiera demostrar la verdad de él.

Consecuencia tan contraria á la libertad y á los intereses del comercio, nunca ha estado en la mente del legislador, que al dictar aquel precepto sólo ha querido garantizar ese interés y poner un remedio contra los fraudes que pudieran cometerse mediante cesiones simuladas, ó enajenando á la vez un mismo crédito á personas distintas.

Para conseguir su objeto ha dictado diversas disposiciones que exigen requisitos igualmente indispensables, cuya necesaria concurrencia demuestra que no basta que exista el título y que sea entregado al cesionario, pues ya hemos dicho que el artículo 1,745 del Código declara expresamente que, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos

<sup>1</sup> Artículo 1,360 y siguientes, Código de Procedimientos de 1884.

contra el deudor, deberá hacer á éste la notificación respectiva; y los artículos 1,748 y 1,749 declaran también que, mientras no se haya hecho la notificación, el deudor sólo se libra pagando al acreedor primitivo, recogiendo el título del crédito; y que hecha esa notificación, no se libra sino pagando al cesionario, que le presenta el título.<sup>1</sup>

Es decir: que es del todo inútil que éste posea el título, y que llenando los requisitos que las leyes exigen, conste la cesión por documento público, porque sin la notificación al deudor; éste no lo queda obligado, ni él puede ejercitar su derecho, á diferencia del comprador de otra especie de bienes.

La exigencia de estos requisitos, los obstáculos que ponen para la trasmisión del crédito cedido y el libre ejercicio del derecho que de él nace, no puede tener otro objeto que el indicado.

<sup>1</sup> Artículos 1,631, 1,634 y 1,635 Código civil de 1884.

Los dos primeros de estos preceptos contienen las reformas á que se refiere la nota, 2.<sup>ª</sup> pág. 279 de este volumen.

Concretándonos á la del segundo artículo, debemos exponer las razones por las cuales repugnamos las causas que se alegan para fundarla, debiendo advertir que no es la reforma la que motiva nuestra crítica.

La cesión queda perfecta por la entrega del título y el consentimiento de los contratantes, pero no produce efecto contra el deudor ni contra ningún otro tercero sino después de hecha la notificación, por la doble necesidad de ligar la persona del deudor, y de prevenir, en cuanto sea posible las cesiones simuladas.

Por este motivo se exige un acto de naturaleza tal, que imprime, por decirlo así, el sello de la mutación en la persona del deudor, que impide cualquier acto perjudicial á los intereses del cesionario, y que equivale á una toma de posesión que éste hace del crédito, elevando, como dice Troplong, un dique entre el antiguo acreedor y el deudor, demostrando de una manera evidente la falta de interés ulterior y el desampoderamiento serio del cedente, y que toda relación ha concluido entre él y el cesionario.

Se infiere de lo expuesto, que para ligar al deudor, para que existan entre él y el cesionario los vínculos que le unían al cedente, es indispensable la notificación, cuya falta no puede sustituirse sino por la presencia del deudor á la cesión sin oponerse á ella, ó por su aceptación estando ausente.

Estas consideraciones y las que hacemos sobre la notificación en el texto de la lección á que se refiere esta nota, demuestran cuan antijurídicos son los fundamentos que combatimos, que tienen además el defecto de no guardar estrecha armonía con el precepto reformado, que, como es de verse, declara simplemente que, hecha la notificación, no se libra el deudor sino pagando al cesionario que le presenta el título.

Podemos citar en nuestro apoyo á Gutiérrez Fernández, que, refiriéndose á la cesión de acciones, dice: "Pero si la cesión se perfecciona por el consentimiento de las partes y la consiguiente entrega de los títulos, no lo está respecto de terceras personas mientras no se haga la notificación al deudor."

"La notificación es una toma de posesión del crédito; una especie de vínculo que liga al deudor para con el cesionario, el cual desde este acto ocupa el lugar del acreedor: completa, en una palabra, respecto á las terceras personas la tradición que por la entrega de los títulos sólo había tenido efecto entre las partes contratantes."<sup>1</sup>

Esta teoría está sostenida por todos los autores que se han ocupado de esta importante materia.<sup>2</sup>

Estas autoridades tan respetables y la combinación de los artículos citados demuestran de una manera indiscutible, que el título constituye la entrega de la posesión del derecho cedido, que sólo produce efecto entre el cedente y el cesionario; y que esa posesión obliga solamente al deudor respecto de tercero, mediante la notificación.

Es decir, que para ligar al deudor, para que se creen entre él y el cesionario los vínculos que le unían con el cedente, se requiere la notificación.

También se deduce de lo expuesto, que es obligatoria la entrega del título sólo en aquellos casos en que existe, esto es, cuando el deudor ha otorgado la constancia respectiva, reconociendo la verdad de la deuda á su cargo, pero no en aquellos en que la confianza del acreedor ha hecho innecesaria esa constancia.

Esta conclusión tiene también en su apoyo la autoridad de respetables jurisconsultos. Entre otros, dice Rolland de Villargues: "*Quid*, si no existe el título, la entrega se juz-

<sup>1</sup> Códigos Fundamentales, tomo V, pág. 121.

<sup>2</sup> Troplong, De la vente, tomo II, núm. 882 y 833; Duvergier, Droit civil, tomo II, núm. 179 y 180; Dalloz, Répertoire, v.<sup>o</sup> vente núm. 1,727, etc.

gará hecha por el acto de la cesión misma. Notad que la entrega es un acto de ejecución. Ella no dispensa de probar la cesión." <sup>1</sup>

De todo lo expuesto se infiere:

1.º La presentación del título no es un requisito absolutamente esencial para que el deudor quede obligado al cesionario, toda vez que hay casos en que no puede tener lugar esa presentación:

2.º Que el deudor queda ligado por la notificación hasta tal grado, que sólo se liberta pagando al cesionario:

3.º Que el título sólo produce efecto respecto de éste y del cedente:

4.º Que la entrega del título transmite la propiedad y acredita la posesión, evitando los fraudes que el cedente pudiera cometer, por la cesión de ese mismo crédito á diversas personas.

La notificación se puede hacer, según hemos dicho judicialmente ó de una manera extrajudicial, ante dos testigos; pero tal notificación se tiene por hecha, si el deudor está presente á la cesión y no se opone, ó si estando ausente la ha aceptado, pues la prueba plena en juicio de tales actos hace las veces de aquella (Art. 1,747, Cód. civ.). <sup>2</sup>

La razón es perfectamente clara, porque la notificación tiene por objeto evitar los fraudes, haciendo constar que el deudor ha tenido conocimiento de la cesión; y la aceptación prueba de una manera indiscutible que el deudor ha tenido ese conocimiento, toda vez que, como dice Demante, teniendo un papel pasivo en la notificación, desempeña uno activo en la aceptación.

La necesidad de la notificación y el objeto que se propuso el legislador al exigirla como un requisito esencial para que la cesión produzca sus efectos jurídicos respecto del

<sup>1</sup> Dictionnaire du Droit civil, v.º Transport de creances, pár. 5, números 93 y 94.

<sup>2</sup> Artículo 1,633, Código civil de 1,884.

deudor y de terceras personas, sirven de fundamento al principio, según el cual, los acreedores del cedente pueden ejercitar sus derechos con respecto á la deuda cedida, siempre que no se haga la notificación en los términos legales. (Art. 1,751, Cód. civ.). <sup>1</sup>

Fácil es comprender la justicia de este principio, si se tiene en cuenta que, según la teoría de la ley, establecida para evitar los fraudes, no basta la cesión ni la entrega del título al cesionario para que el deudor quede obligado á pagar á éste, sino que es absolutamente indispensable que se le haga la notificación respectiva, y mientras no se llene ese requisito el deudor sólo se libra de la obligación pagando al acreedor.

Es decir, que mientras no se hace la notificación no adquiere el cesionario la propiedad del crédito cedido, que permanece en los bienes del cedente, y por lo mismo, responde con ellos al cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído con otras personas.

El efecto de la cesión es eliminar al acreedor cuyos derechos se transmiten al cesionario, pero de ninguna manera cambiar la naturaleza de la obligación que permanece la misma. Así, pues, el crédito cedido para al cesionario con todos sus derechos y obligaciones, sean de la clase que fueren, siempre que no hubiere un pacto expreso en contrario (Art. 1,752, Cód. Civ.). <sup>2</sup>

Esto es, pasa el crédito cedido al cesionario con todos sus accesorios, en virtud del principio que dice, que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y en tal virtud se transmite todo lo que es inherente al crédito, como los privilegios, hipotecas, fianzas, acción ejecutiva, cláusula resolutoria, la acción para pedir la rescisión por falta de cumplimiento del contrato, etc.; y por lo mismo, en ningún caso

<sup>1</sup> Artículo 1,637, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,638, Código Civil de 1,884.



puede tener el cesionario mayores derechos ú obligaciones que el cedente (1,753, Cód. Civ).<sup>1</sup>

Sin embargo, la regla que hemos establecido no es de tal manera general que comprenda absolutamente y sin excepción alguna todos los derechos pertenecientes al cedente, porque nunca se incluyen en la cesión los derechos personales de éste, pues de otro modo, como dice Gutiérrez Fernández, vendrían á hacerse perpetuos y degenerarían en privilegios.<sup>2</sup>

Por ejemplo; en el caso de cesión de un crédito de un menor de edad á un mayor, la prescripción que se halla en suspenso, según el art. 1,112 del Código Civil, comienza á correr inmediatamente contra el cesionario.<sup>3</sup>

Pero ya hemos indicado que, si, por efecto de la cesión, se transmite el crédito cedido con todos sus derechos, pasa también, tal como existe en el momento en que aquella se verifica, de manera que el deudor está obligado en la misma medida que lo estaba para el cedente, y por lo mismo, puede oponerle todas las excepciones que hubiera podido objetarle á aquél. En otros términos: el crédito cedido pasa al cesionario con todas sus obligaciones, como el cumplimiento de la condición impuesta para poder hacer efectivo el pago, el vencimiento del plazo señalado para éste, la solución de las pensiones fiscales, el descuento á debida concurrencia de la cantidad adeudada por otro título al deudor, etc., etc.

El cedente está obligado á garantizar la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, á no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso; pero no está obligado á garantizar la solvencia del deudor á no ser que se haya estipulado expresamente ó que la insolvencia sea

1 Artículo 1,639, Código Civil de 1,884.

2 Tomo V, Pág. 122.

3 Artículo 1,007, Código Civil de 1,884.

pública y anterior á la cesión (Art. 1,754 y 1,755, Código Civil).<sup>1</sup>

La obligación á que nos referimos existe independientemente de toda estipulación expresa, viene implícita en la naturaleza misma de la cesión, y la reporta el cedente por el hecho mismo de verificarse ésta; porque es una consecuencia lógica y precisa del principio general que declara, que todo el que enajena está obligado á responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato (Artículo 1,605, Cód. Civ).<sup>2</sup>

En consecuencia, existe esa obligación, no sólo cuando el crédito cedido ha fenecido por prescripción, por compensación, ó por cualquier otro modo extintivo de las obligaciones, sino también en el caso en que tal crédito no pertenezca al cedente, ó cuando el título de que procede es nulo ó se rescinde.

El cedente está obligado á garantizar la existencia del crédito en el momento de la cesión, porque si se hubiera extinguido ya el día del verificativo de ésta, el cesionario se encontraría en la misma situación que tendría si no hubiera celebrado el contrato, esto es, con un convenio ineficaz por carecer de objeto sobre el cual versar.

Sin embargo, esta obligación, que como es de suponerse, no sólo recae sobre el crédito mismo, sino también sobre sus accesorios, toda vez que con ellos forma el objeto del contrato, cesa cuando aquél se ha cedido con el carácter de dudoso; porque en tal caso es aleatoria la enajenación, el precio no representa el valor del crédito, sino el de una esperanza, y el cesionario no adquiere en realidad más que esta esperanza.

La obligación á que aludimos recae sobre la existencia del crédito cedido, sobre el objeto mismo del contrato. es decir, que tiene el cedente que garantizar que el crédito es

1 Artículo 1,640 y 1,641, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,489, Código civil. de 1,884.

cierto, debido y por pagar, pero no la solvencia del deudor.

La razón es clara, pues, como dice Laurent, la obligación de garantir implica que la cosa vendida no pertenece al vendedor ó que un tercero tiene derechos en ella, que no se han declarado en la venta, de donde se infiere, que si existe el crédito, aunque el deudor sea insolvente, el cesionario no puede tener acción alguna, porque no hay evicción posible, toda vez que el crédito pertenece al cedente.<sup>1</sup>

Pudiera objetarse que la insolventia del deudor produce el mismo resultado que si el crédito no existiera; pero el mismo autor resuelve la objeción negando que sea igual el resultado, supuesto que el crédito existe, y que el deudor puede mejorar de fortuna y hacer el pago; en todo caso, se puede evitar una injusticia, porque si los interesados han tenido en cuenta la insolventia del deudor, el precio pagado por el cesionario debe estar en relación con esta circunstancia, y si el cedente la ocultó, teniendo noticia de ella, obró con dolo, y aquél tiene por éste motivo una acción contra él.

Sin embargo, la regla que hemos establecido sufre excepción cuando el cedente estipula de una manera expresa y terminante que se obliga á garantir la solvencia del deudor, porque la voluntad de los interesados es la suprema ley de los contratos; y cuando la insolventia de aquél es pública y anterior á la cesión; pues en tal caso se presume *juris et de jure*, como dice Goyena, que lo sabía el cedente, y habría dolo el cual no puede encontrar el amparo y protección de las leyes.<sup>2</sup>

Si el cedente se hubiere hecho responsable de la solvencia del deudor, y no se hubiere fijado el tiempo que ha de durar esta responsabilidad, se debe limitar á un año contado desde la fecha en que la deuda fuere exigible, si estuviere

1 Tomo XXIV, núm. 554.

2 Tomo III, pág. 156.

vencida; y si no lo estuviere, se debe contar desde la fecha del vencimiento (Art. 1,756, Cód. civ).<sup>1</sup>

Si el crédito cedido consiste en una renta perpetua, la responsabilidad por la solvencia del deudor se extingue á los diez años contados desde la fecha de la cesión (Artículo 1,757, Cód. civ).<sup>2</sup>

La ley ha querido fijar con esta regla un medio que evite contiendas judiciales y cortar los abusos; porque no es justo extender de una manera indefinida la responsabilidad del cedente, dejando al capricho del cesionario cobrar el importe del crédito cuando le parezca, ni limitarla al momento preciso de la cesión, porque aquél tal vez no puede hacer valer sus derechos en el acto ni durante algún tiempo después.

La obligación de la garantía, cuando la cesión se hace alzadamente ó en globo por la totalidad de ciertos derechos, no recae sobre todos y cada uno de ellos, sino que el cedente cumple con responder de la legitimidad del todo en general. Es decir, que no está obligado al saneamiento de cada una de las partes, excepto en el caso de evicción de todo ó la de la mayor parte (Art. 1,758, Cód. civ).<sup>3</sup>

Se ve por esta regla, tomada de la ley 34, título 5.º, Partida 5.ª, la diferencia notable que existe en la obligación de garantía que reporta el cedente cuando se trata de la cesión de derechos singulares, y cuando ésta tiene por objeto una universalidad de derechos; pero más perceptible será con las explicaciones que vamos á hacer.

Cuando alguno adquiere por un acto distinto y determinado cada una de las cosas de que se compone una herencia, adquiere derechos esencialmente distintos de los que le corresponderían si se le cediera toda la herencia por un solo acto; pues en el primer caso hay tantas cesiones cuantas son

1 Artículo 1,642, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,643, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,644, Código civil de 1884.

las cosas de que se compone la herencia, y en el segundo una sola cesión.

Esta diferencia da origen á diversos efectos jurídicos en uno y en otro caso; pues en el primero está obligado á garantizar todas y cada una de las cosas que han sido objeto de la cesión, y en el segundo está sometido á las reglas especiales cuya explicación hacemos.

Para comprender más fácilmente la razón de esta diferencia es preciso tener presente que herencia es, según el artículo 3,364 del Código civil, la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte. Es decir, que la herencia es una universalidad compuesta de activo y de pasivo que impone al heredero, ó al cesionario á quien transfiere sus derechos hereditarios, la obligación de pagar el pasivo, que necesariamente disminuye el valor de los bienes.<sup>1</sup>

De aquí proviene que aquel que cede su derecho á una herencia, no tenga intención de garantizar todos y cada uno de los derechos ó bienes de que puede componerse, sino que simplemente exprese su voluntad de transmitir todo lo que activa y pasivamente compone la sucesión á que está llamado, todo aquello á que tiene derecho por su cualidad de heredero.

Esta es la razón por la cual declara el artículo 1,759 del Código Civil, que el que cede su derecho á una herencia, sin enumerar las cosas de que se compone, sólo está obligado á responder de su cualidad de heredero.<sup>2</sup>

En otros términos: la ley quiere que el cedente garantice su cualidad de heredero que es lo que cede, ó más bien dicho, los derechos que de ella se derivan; porque, según la regla general que hemos establecido, la garantía se debe por el derecho cedido.

El cedente cumple esta obligación cuando cede su dere-

<sup>1</sup> Artículo 3,227, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,645, Código Civil de 1,884.

cho á una sucesión ya abierta á la cual está llamado por sus relaciones de parentesco con el difunto ó por institución hecha por éste, pues ya hemos dicho en otra parte que no puede ser objeto de ninguna enajenación el derecho á la herencia de una persona viva; y por el contrario, está obligado á los efectos de la garantía, si vive aún el testador, si estando abierta la sucesión existe un pariente más próximo de éste que el cedente, si éste es indigno ó incapaz de heredar, ó si es desheredado ó preferido no siendo heredero forzoso.

En consecuencia, no está obligado el cedente á garantizar el número y el valor de los objetos que componen la sucesión, aunque resulten menores que aquel que suponía el cesionario, ó haya habido la evicción de uno ó muchos de esos objetos reduciendo á nada la herencia; pues no nos causaremos de repetirlo, el cedente sólo cede su derecho á ésta, y por tanto, sólo debe garantizar la existencia de ese derecho, ó lo que es lo mismo, su cualidad de heredero.

El que cede su derecho á una herencia, transfiere todos los derechos y obligaciones que son inherentes á su cualidad de heredero, es decir, que el cesionario adquiere los mismos derechos que aquél tendría si no hubiera hecho la cesión, ni más ni menos.<sup>1</sup>

Por este motivo, ordena el artículo 1,760 del Código, que si el cedente se hubiere aprovechado de algunos frutos ó percibido alguna cosa de la herencia que cediere, debe abonarlos al comprador, si no se hubiere pactado lo contrario; y el artículo 1,761 ordena también, que el cesionario debe satisfacer por su parte al cedente todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargos de la herencia y sus propios créditos contra ella, si no se ha pactado lo contrario.<sup>2</sup>

En consecuencia, el cesionario tiene derecho á todo lo que proviene de la herencia, y á los frutos y productos de los bienes que la forman, y por lo mismo, el cedente tiene

<sup>1</sup> Ley 2, tít. 4, lib. 18, D.

<sup>2</sup> Artículos 1,646, y 1,647, Código Civil de 1884.

obligación de transmitirle no sólo los objetos á que tenía derecho por su cualidad de heredero, sino también los frutos, las rentas, los capitales que hubiere cobrado y de que hubiere dispuesto con anterioridad á la cesión; y el cesionario está obligado á indemnizar al cedente todo lo que éste haya pagado por las deudas ó cargos de la herencia y sus créditos contra ella, supuesto que éstas deben ser de aquél de quien son los emolumentos.

Las reglas que hasta aquí hemos expuesto sobre la cesión en general y la de los derechos en particular son exactamente aplicables á las cesiones de los derechos litigiosos con las modificaciones que vamos á explicar.

Esas modificaciones están tomadas de las leyes, 22, 23 y 24, tít. 35, lib. 4 del Código de Justiniano, que tuvieron por objeto evitar las contiendas judiciales y reprimir la codicia de aquellos que, por la adquisición de derechos litigiosos se proponían enriquecerse á expensas de otro, ó extorcionarle, y sometían al cesionario á una especie de expropiación del derecho que adquiere.

Esa expropiación ó retracto litigioso, como le llaman los juriconsultos franceses, sancionada por el artículo 1,739 del Código civil, ha sido criticado por Laurent, que la juzga contraria á las leyes que garantizan y protegen la propiedad, que sólo permiten la expropiación por causa de utilidad pública y la estima el hecho de la preocupación que ha podido producir la caridad cristiana y justificable sólo por el hecho de poner fin á los litigios.<sup>1</sup>

Pero sostiene, que aunque éste es un gran bien, no se debe obtener violando un derecho, el de propiedad del cesionario, cuyo atentado jamás puede justificarse suficientemente, ni aun á pretexto de que satisface todos los intereses, y que, con especialidad, no tiene motivo para quejarse el cesionario, porque se reembolsa de lo que da por el crédito,

<sup>1</sup> Artículo 1,624, Código civil de 1884. Tomo XXIV, núm. 581.

pues se le priva de su propiedad y del derecho de especular sobre ella.

Las cesiones que dan lugar al retracto litigioso son aquellas que tienen por objeto derechos litigiosos, como se deduce claramente de las palabras expresas del artículo 1,739 del Código civil, que declara, que el deudor de cualquiera obligación litigiosa, cedida por título oneroso, puede librarse satisfaciendo al cesionario el valor que hubiere dado por ella con sus intereses y demás expensas que hubiere hecho en la adquisición.<sup>1</sup>

De las palabras expresas y terminantes del precepto citado se infiere, que el retracto procede cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Que el derecho cedido sea el resultado de un crédito sin obligación personal:

2.º Que la cesión se haga á título oneroso.

El primer requisito se deduce de las palabras con que está concebido el artículo 1,739 del Código, que declara, que el deudor de *cualquiera obligación litigiosa* cedida por título oneroso, puede librarse etc. .... lo cual quiere decir que el retracto sólo puede tener lugar respecto de los derechos personales, que son designados en el tecnicismo forense bajo el nombre de obligaciones, y no los reales, ó lo que es lo mismo, la propiedad ó alguno de sus desmembramientos.

Claro es que, estando designados los derechos personales con el nombre de obligaciones que los distinguen de los reales, no podemos hacer extensivos los preceptos de la ley á éstos, tanto más cuanto que tales preceptos establecen una excepción á las reglas que rigen sobre la expropiación; y es sabido que las excepciones de las reglas generales son de estricto derecho y no pueden aplicarse sino á las personas ó cosas especialmente designadas en ellas.

Las mismas palabras de la ley nos indican, de una ma-

<sup>1</sup> Artículo 1,624, Código Civil de 1,884.

nera que no puede engendrar duda alguna, que el retracto sólo puede tener lugar respecto de los derechos litigiosos, cedidos á título oneroso; pero si pudiéramos vacilar, la misma ley alejaría toda duda del ánimo, supuesto que declara, que el deudor puede librarse satisfaciendo al cesionario el valor que hubiere dado por la obligación litigiosa y los gastos é intereses, lo que hace suponer necesariamente un precio y una venta, ó lo que es lo mismo, el título oneroso, y en consecuencia, la imposibilidad legal para ejercer el retracto en las cesiones á título gratuito.

Para que proceda el retracto es necesario además que la obligación ó el derecho cedido sea litigioso y que el cesionario quede competentemente indemnizado.

Es litigioso el derecho desde la contestación de la demanda en juicio ordinario y desde la diligencia de embargo en el ejecutivo (Art. 1,742, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Esta definición dada por la ley nos parece perfectamente justa y exacta respecto de los derechos que son objeto de un juicio ordinario, porque malamente puede haber litigio sin la oposición del demandado, ni verificarse ésta sin la contestación de la demanda; pero no creemos que lo sea respecto de los derechos que se ventilan en juicio ejecutivo, porque la diligencia de embargo no importa la oposición del demandado, ni mucho menos es la contestación de la demanda.

En apoyo de esta aseveración nos permitimos citar los artículos 1,060 del Código de Procedimientos de 1,872 y 1,061 del de 1,880, que declaran, que si el demandado se opone á la ejecución, se le debe dar vista en el mismo juzgado, del escrito de demanda y del título que la acompaña.

<sup>1</sup> Artículo 1,627, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

Se considerará litigioso el derecho desde el secuestro en el juicio ejecutivo; desde que se fije la cédula, en el hipotecario; y en los demás, desde la contestación de la demanda hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria."

entregándole, si las pidiere, copias simples de uno y otro, para que conteste la demanda, y oponga las excepciones que tuviere.

Queda competentemente indemnizado el cesionario, cuando el deudor le paga el valor ó precio real y no supuesto que hubiere dado por el crédito cedido, sus intereses respectivos al tipo legal y las expensas ó gastos que hubiere erogado en la adquisición de aquél.

Pero como fácilmente se comprenderá, el retracto no puede tener lugar en todo tiempo y depender del capricho del deudor, por cuyo motivo, declara el artículo 1,741 del Código civil, que la liberación á que aludimos, sólo puede tener lugar cuando el litigio no haya sido resuelto en última instancia; pues de otra manera vendría á aplicarse la excepción á un derecho que no afecta el carácter de litigioso, porque la sentencia ejecutoria á favor del cesionario pone fin á la contienda judicial, y el derecho controvertido deja de serlo y pasa á la categoría de una verdad legal que no admite contradicción.<sup>1</sup>

Por las mismas consideraciones que fundan y motivan el retracto litigioso, y para evitar abusos á que pudieran dar ocasión la posición social de algunas personas, prohíbe la ley que los derechos ó créditos litigiosos, puedan ser cedidos á las personas que desempeñan la judicatura, ni á cualquiera otra autoridad de nombramiento del Gobierno, si esos derechos ó créditos fueren disputados dentro de los límites á que se extienda la jurisdicción de los funcionarios referidos; y declara que es nula de pleno derecho la cesión violando la prohibición referida (Arts. 1,737 y 1,738, Código civil).<sup>2</sup>

La facultad que la ley concede al deudor de librarse de la obligación pagando al cesionario el precio que hubiere

<sup>1</sup> Artículo 1,626, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículos 1,622 y 1,623, Código Civil de 1,884.

dado por el crédito cedido cesa, ó lo que es lo mismo, no tiene lugar el retracto litigioso en los casos siguientes:

1.º Si la cesión se hace en favor del heredero ó copropietario del derecho cedido:

2.º Si se hace en favor del poseedor del inmueble que es objeto de ese derecho:

3.º Si se hace al acreedor en pago de su deuda (Artículo 1,740, Cód. civ.).<sup>1</sup>

No tiene lugar el retracto en los casos indicados, porque no existe la causa que la motiva, pues la cesión afecta un carácter accidental que excluye toda idea de especulación.

En efecto: en el primer caso no puede tener lugar el retracto, porque no puede obtenerse su objeto, que es la extinción del litigio, supuesto que, admitiendo como posible la existencia de aquél, sólo podría verificarse respecto de la parte cedida, y no impediría que continuara el litigio por la que le corresponde al otro heredero ó copropietario. Además, la cesión facilita la división de la masa indivisa, cuya circunstancia da una causa legítima á aquella.

La segunda excepción se funda también en una causa cuya legitimidad es palpante, pues la cesión tiene por objeto consolidar el derecho del cesionario sobre el inmueble de que es poseedor y hacer quieta y pacífica su posesión.

Por ejemplo: si una persona compra una finca que aparece después con un gravámen hipotecario, y el acreedor exige judicialmente el pago de éste y obtiene el comprador que le ceda su crédito en una suma que no llega á su importe, puede exigir del vendedor el valor íntegro de él; porque no adquirió ese crédito por especulación ó malicia, sino para asegurar su propiedad y hacer pacífica su posesión.<sup>2</sup>

La última excepción se funda en una causa cuya legitimidad es también notoria; porque la cesión se hace con el

<sup>1</sup> Artículo 1,625, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Goyena, Concordancias, tomo III, pág. 439.

objeto de extinguir una deuda del cedente con el cesionario, es una dación en pago, tal vez propuesta por aquél, por no tener otro modo de satisfacer sus obligaciones, y aceptada por éste por no encontrar otros bienes con que reembolsarse.

## XI

### De la remisión de la deuda.

El Código civil enumera la remisión de la deuda entre los modos de extinguirse las obligaciones, y con razón, porque es un equivalente del pago.

Ese modo de extinción de las obligaciones, cuyo estudio vamos á hacer, es la consecuencia del libre ejercicio del derecho de propiedad que cada uno tiene sobre los bienes que forman su patrimonio, que le faculta para usar y disponer de ellos á su arbitrio.

Por eso es que, reconociendo el legislador esa facultad, declara en el artículo 1,762 del Código civil, que cualquiera es libre para renunciar su derecho y para remitir, en todo ó en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que lo prohíbe la ley.<sup>1</sup>

La remisión es, dice la ley 1.ª, título 14, Partida 5.ª, *Quitamiento cuando facen pleito al deudor, de nunca mandar lo quel debia, e le quitan el debido aquellos que lo pueden facer.*<sup>2</sup>

En otros términos: la remisión es el perdón que el acreedor hace al deudor de todo ó parte de la deuda, ó la renuncia que el acreedor hace de sus derechos, consintiendo en que la deuda quede extinguida.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,648, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Gutiérrez y Fernández, tomo IV, pág. 160; Escribche, Diccionario, v.º, Perdón.

dado por el crédito cedido cesa, ó lo que es lo mismo, no tiene lugar el retracto litigioso en los casos siguientes:

1.º Si la cesión se hace en favor del heredero ó copropietario del derecho cedido:

2.º Si se hace en favor del poseedor del inmueble que es objeto de ese derecho:

3.º Si se hace al acreedor en pago de su deuda (Artículo 1,740, Cód. civ.).<sup>1</sup>

No tiene lugar el retracto en los casos indicados, porque no existe la causa que la motiva, pues la cesión afecta un carácter accidental que excluye toda idea de especulación.

En efecto: en el primer caso no puede tener lugar el retracto, porque no puede obtenerse su objeto, que es la extinción del litigio, supuesto que, admitiendo como posible la existencia de aquél, sólo podría verificarse respecto de la parte cedida, y no impediría que continuara el litigio por la que le corresponde al otro heredero ó copropietario. Además, la cesión facilita la división de la masa indivisa, cuya circunstancia da una causa legítima á aquella.

La segunda excepción se funda también en una causa cuya legitimidad es palpante, pues la cesión tiene por objeto consolidar el derecho del cesionario sobre el inmueble de que es poseedor y hacer quieta y pacífica su posesión.

Por ejemplo: si una persona compra una finca que aparece después con un gravámen hipotecario, y el acreedor exige judicialmente el pago de éste y obtiene el comprador que le ceda su crédito en una suma que no llega á su importe, puede exigir del vendedor el valor íntegro de él; porque no adquirió ese crédito por especulación ó malicia, sino para asegurar su propiedad y hacer pacífica su posesión.<sup>2</sup>

La última excepción se funda en una causa cuya legitimidad es también notoria; porque la cesión se hace con el

<sup>1</sup> Artículo 1,625, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Goyena, Concordancias, tomo III, pág. 439.

objeto de extinguir una deuda del cedente con el cesionario, es una dación en pago, tal vez propuesta por aquél, por no tener otro modo de satisfacer sus obligaciones, y aceptada por éste por no encontrar otros bienes con que reembolsarse.

## XI

### De la remisión de la deuda.

El Código civil enumera la remisión de la deuda entre los modos de extinguirse las obligaciones, y con razón, porque es un equivalente del pago.

Ese modo de extinción de las obligaciones, cuyo estudio vamos á hacer, es la consecuencia del libre ejercicio del derecho de propiedad que cada uno tiene sobre los bienes que forman su patrimonio, que le faculta para usar y disponer de ellos á su arbitrio.

Por eso es que, reconociendo el legislador esa facultad, declara en el artículo 1,762 del Código civil, que cualquiera es libre para renunciar su derecho y para remitir, en todo ó en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que lo prohíbe la ley.<sup>1</sup>

La remisión es, dice la ley 1.ª, título 14, Partida 5.ª, *Quitamiento cuando facen pleito al deudor, de nunca mandar lo quel debia, e le quitan el debido aquellos que lo pueden facer.*<sup>2</sup>

En otros términos: la remisión es el perdón que el acreedor hace al deudor de todo ó parte de la deuda, ó la renuncia que el acreedor hace de sus derechos, consintiendo en que la deudora quede extinguida.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,648, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Gutiérrez y Fernández, tomo IV, pág. 160; Escribche, Diccionario, v.º, Perdón.

Como la remisión es una verdadera enajenación se infiere, que sólo pueden hacerla las personas á quienes les permite la ley disponer libremente de sus bienes; ó lo que es lo mismo, que no pueden hacerla aquellas á quienes priva de la libre administración de sus bienes, como los menores, los incapacitados y las mujeres casadas.

La remisión puede ser expresa ó tácita y judicial ó extrajudicial.

Es expresa la que se hace por compromiso formal que contraen los interesados, obligándose el acreedor á no pedir la deuda, que es lo que las leyes de las partidas llaman *liberación ó quitamiento*, ó dándose por satisfecho de ella, aunque no la haya recibido.

La tácita es la que resulta de ciertos hechos del acreedor que hacen presumir necesariamente su voluntad de perdonar al deudor y extinguir la deuda.

La remisión es judicial ó extrajudicial, según que se hace en juicio ó fuera de él.

La remisión total y la parcial que en el tecnicismo forense se designa con el nombre de quita, hecha en juicio ó fuera de él, obligan sólo al acreedor que las otorga, y por consiguiente, el que las niega, puede hacer valer su derecho conforme á las leyes (Art. 1,763, Cód. civ).<sup>1</sup>

Al establecer esta regla el Código civil se ha separado de los principios sancionados por nuestra antigua legislación, según los cuales, si el deudor obtenía judicialmente de la mayoría de los acreedores una quita sobre el valor de sus créditos, se compelió por el juez á los demás á pasar por ella, rebajándose á prorata el importe de las cantidades que se les debían.<sup>2</sup>

Esa inovación es perfectamente justa y conforme con los preceptos de la Constitución Federal, que repugna todo atentado contra la propiedad, cuyo respeto proclama y san-

<sup>1</sup> Artículo 1,649, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Ley 15, t. t. 15, Partida 5.ª.

ción, pues no había razón ni justicia para que los jueces, apoyando el capricho de la mayoría de los acreedores, obligaran á los demás á estar y pasar por la quita con detrimento de sus intereses.

Esta misma razón fué expresada por los redactores del Código en los términos siguientes: "En ningún fundamento de justicia descansa la práctica de sujetar á la mayoría de acreedores á la concesión de la quita ó remisión de una deuda. Por el contrario, puede asegurarse que tal principio es un formal ataque á la propiedad, pues equivale á privar á un hombre contra su voluntad de aquello á que tiene derecho. Por esta sólida razón se establece en el artículo 1,763: que la remisión total y la quita sólo obligan al acreedor que las otorga, y que el que las niega conserva sus derechos para hacerlos valer conforme á las leyes."<sup>1</sup>

El artículo 1,764 del Código señala como una presunción de la remisión tácita la entrega del documento justificativo del crédito por el acreedor al deudor, declarando que cuando se haya en poder de éste tal documento tiene en su favor la presunción de remisión ó de pago, mientras aquél no pruebe lo contrario.<sup>2</sup>

La tenencia del documento que justifica la obligación hace presumir el pago ó la remisión de ella en favor del deudor, porque tal documento constituye la prueba del derecho que el acreedor tiene contra éste; y despojarse de esa prueba entregándola á la misma persona contra la cual produce efecto, es demostrar la voluntad de no hacer uso del derecho que se tiene contra el deudor, ya porque tal derecho no existe por haber sido pagado el crédito, ya por remisión de él.

A diferencia de lo que establecía nuestra antigua legislación y de lo que establecen generalmente las legislaciones europeas, cuyos principios han sido el origen de debatidas

<sup>1</sup> Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Artículos 1,650, Código Civil de 1884.



controversias, nuestro Código ha creado la presunción á que nos hemos referido, sin distinguir si la entrega del documento fué hecha ó no voluntariamente por el acreedor, limitándose sólo á declarar la existencia de la presunción por el hecho de encontrarse el documento en poder del deudor.

En consecuencia, basta la existencia de esta circunstancia para que se presuma, mientras no se pruebe lo contrario, que ha sido remitida la deuda ó que el deudor ha pagado su importe.

Pero esta presunción no es incontrovertible, sino que como hemos dicho antes, sólo se tiene como verdad mientras no se pruebe lo contrario, pertenece á la clase de las que en el lenguaje técnico del derecho se designan con el nombre de *presunciones juris tantum*, que imponen á aquel á quien perjudican la obligación de la prueba, exonerando de ella á las personas en cuyo favor las establece la ley.

Así, pues, el acreedor tiene obligación de probar que el documento se halla en poder del deudor porque se lo entregó en confianza, porque se lo arrancó valiéndose de la fuerza ó de dolo, aprovechando el error en que se hallaba, etc., y por lo mismo, que no tuvo intención de remitir la deuda, ni le ha sido pagado su importe, en tanto que el deudor sólo tiene que exhibir el documento sin necesidad de ministrar prueba alguna sobre la remisión ó el pago de la deuda.

El efecto de la remisión es extinguir, total ó parcialmente la obligación, á ejemplo del pago, pues la ley la estima como un equivalente de éste, y la enumera entre los modos de extinguirse la obligación.

Sí, los deudores son solidarios, la remisión concedida á uno aprovecha á los demás, por que es un equivalente del pago, y no puede pretenderse de ninguna manera el de una deuda ya extinguida. Sin embargo, no se produce ese efecto jurídico, cuando el perdón se halle expresamente limitado á una parte de la deuda ó á un deudor determinado, pues en tal caso la intención ha sido más bien librar á determi-

nada persona que extinguir la obligación (Art. 1,524, Código civil).<sup>1</sup>

La remisión concedida al deudor principal aprovecha al fiador, porque siendo la obligación de éste accesoria es evidente que no puede existir sin aquella, pero la concedida al fiador no aprovecha al deudor, porque la obligación de éste no depende de la de aquél y puede subsistir sin ella (Artículo 1,765 Cód. civ).<sup>2</sup>

Pero hay que advertir que el principio que acabamos de establecer, esto es, que la remisión concedida al fiador no aprovecha al deudor, se debe entender de la fianza y no de la deuda ú obligación principal, pues si recayera sobre ésta, es fuera de toda duda que aprovecharía al deudor lo mismo que al fiador.<sup>3</sup>

Cuando hay varios fiadores solidarios, el perdón concedido solamente á alguno de ellos en la parte relativa á su responsabilidad, no aprovecha á los demás, porque se entiende que el acreedor, por consideraciones personales al fiador, quiso ejercer un acto de liberalidad; relevándole de la fianza (Art. 1,776, Cód. civ).<sup>4</sup>

Pero como el acreedor no puede mudar á su arbitrio las relaciones jurídicas de los fiadores entre sí, se infiere que aquellos que no son exonerados de la fianza, no pueden ser estrechados al pago de la deuda, en defecto del deudor principal, sino con deducción de la parte que debería satisfacer el fiador que obtuvo la remisión.<sup>5</sup>

La devolución de la prenda produce la presunción de la remisión del derecho á la misma prenda; porque devolvién-

<sup>1</sup> Artículo 1,408, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,651, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Demolombe, tomo XXVIII, núm. 466, Pothier Des Obligación, núm. 617.

<sup>4</sup> Artículo 1,652, Código civil de 1,884.

<sup>5</sup> Delvincourt, tomo II, pág. 572; Toullier; tomo VII, núm. 331; Duranton, tomo XII, núm. 375; Marcadé, art. 1,287, núm. 2; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 237 bis II; Zachariæ, § 324, texto y nota 18; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 205, texto y

do el acreedor la cosa que garantiza el pago de la deuda, acredita por tal acto la extremada confianza que tiene en la solvencia del deudor. Pero esta presunción, lo mismo que la que nace del hecho de hallarse en poder del deudor el documento que acredita la existencia de la obligación, no es incontrastable, sino que se tiene como verdad, mientras no se pruebe lo contrario, exime de la carga de la prueba al deudor y se la impone al acreedor, que está obligado á probar que no entregó voluntariamente la prenda, ó que no ha remitido el derecho que sobre ella tenía (Art. 1,767, Código civil.).<sup>1</sup>

Pero por la remisión de la prenda no se presume la de la deuda, por las mismas razones que la de la fianza no hace presumir la de la obligación principal; porque la prenda es un accesorio de ésta, que no es esencial para su existencia (Art. 1,798, Cód. civ.).<sup>2</sup>

## XII

## De la prescripción de las obligaciones.

Habiéndonos ocupado, al hacer el estudio general de la prescripción, de las reglas que rigen la de las obligaciones, nos limitamos, como lo hace el artículo 1,789 del Código civil, á hacer una referencia, remitiendo á nuestros lectores al artículo V de la lección undécima, tomo II de esta obra.<sup>3</sup>

Pudiera decirse que ha habido redundancia en el Código al poner por epígrafe al capítulo 10, título 4.º del libro 3.º,

1 Artículo 1,653, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,654, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,655, Código civil de 1884.

el que precede á este artículo, toda vez que antes ya se había ocupado, en el lugar correspondiente de la prescripción de las obligaciones; pero ese reproche sería injusto, porque la prescripción es uno de los medios que extinguen las obligaciones, y necesariamente debía figurar entre ellos.

ALERE LECCION QUINTA.  
VERITATIS  
DE LA RESCISION Y NULIDAD DE LAS  
OBLIGACIONES.

I  
Preliminares.

La infracción de las leyes ó la inobservancia de las reglas que establecen, pueden dar origen á la indemnización de daños y perjuicios, á la caducidad de derechos, ó á la nulidad de los actos contrarios á las prescripciones de aquellas.

La nulidad, que es uno de los objetos principales de este estudio, es definida por Aubry y Rau, la ineficacia de que está afectado un acto por ser contrario al mandato ó prescripción de la ley.<sup>1</sup>

Según otros autores la palabra *nulidad* designa al mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide á este acto producir efecto.<sup>2</sup>

Rescisión es la invalidación de algún contrato, ó de una obligación.

Es preciso no confundir la nulidad con la rescisión, porque existen entre una y otra notables diferencias, que vamos á procurar establecer mediante la explicación de los efectos jurídicos de las acciones de nulidad y rescisoria.

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 218.

<sup>2</sup> Merlin, Repertoire, v.º Nullité; Bousquet, Dictionnaire du Droit, v.º Nullité; Escriche v.º Nulidad.

La acción de nulidad tiene por objeto la declaración de la ineficacia de una obligación, la cual exime á los contratantes de los deberes que contrajeron.

Los autores distinguen con entera justicia los contratos y las obligaciones nulos en dos especies; los propiamente nulos y los que llaman anulables.

Llaman nulos á aquellos contratos que carecen de algunos de los requisitos que la ley señala como absolutamente necesarios para su existencia, ó aquellos en los cuales concurren esos requisitos, pero que infringen un precepto ó una prohibición de las leyes de orden público.

Tales son, por ejemplo, los contratos en que falta de una manera absoluta el consentimiento de uno de los contrayentes, como si uno de ellos cree celebrar el contrato de compra-venta, y el otro el de arrendamiento de determinada cosa; aquellos en que falta el objeto sobre que versan, como si los contratantes convienen en la venta de una cosa que ha perecido en el momento de la celebración del contrato; aquellos que carecen de las formalidades ó solemnidades que las leyes exigen como necesarias para su validez, como el otorgamiento de escritura pública en la sociedad cuyo capital excede de trescientos pesos; y por último, aquellos que tienen un objeto inmoral ó prohibido por las leyes, como la venta del derecho á la herencia de una persona viva, ó la de los alimentos debidos por derecho de familia.

Son contratos anulables aquellos que reúnen todos los requisitos esenciales que para su existencia demandan las leyes, pero que están afectados de algún vicio susceptible de producir su nulidad.

A diferencia de los contratos nulos, que en realidad no existen ni producen ningún efecto jurídico, los anulables tienen una existencia legal y producen todos los efectos jurídicos de los válidos, y por lo mismo crean derechos y obligaciones, constituyen títulos justos de la propiedad, la cual transmiten etc.; pero esa existencia es verdaderamente efi-

mera, porque se pueden anular haciendo constar judicialmente el vicio capital de que se hallan afectados, dentro del término que la ley señala.

Pero el ejercicio de la acción para obtener la declaración de nulidad de esta especie de contratos depende de la voluntad de las personas á quien aprovechan los efectos de ella, las que por consentimiento expreso ó tácito pueden renunciar tal ejercicio.

Los autores señalan las causas siguientes, que hacen anulables los contratos:

1.<sup>o</sup> Los vicios del consentimiento, esto es, el dolo, el error y la violencia:

2.<sup>o</sup> La falta de la capacidad para obligarse de uno de los contrayentes:

3.<sup>o</sup> La falta de las formalidades especiales que las leyes señalan para ciertos contratos relativos á los bienes de menores ó incapacitados.

La distinción que hemos procurado fundar con la mayor claridad posible, nos conduce á las siguientes consecuencias, cuya importancia es notoria:

1.<sup>o</sup> La nulidad que proviene de los contratos propiamente nulos, á que los autores llaman nulidad de *pleno derecho*, no necesita de la declaración judicial para que exista, toda vez que la ley misma ha hecho tal declaración; y si hay necesidad de ocurrir á los tribunales, es porque nadie puede hacerse justicia de propia autoridad, y la sentencia no tiene otro objeto que reconocer un estado de cosas preexistente.

En muchas ocasiones bastará que los contrayentes, que en apariencia resultan obligados, se abstengan de cumplir la obligación, sin necesidad de ninguna gestión judicial, si no es en el caso de que los supuestos acreedores les demanden el cumplimiento de esa obligación, y entonces bastará que opongan como excepción la nulidad de ella.

Por el contrario, la nulidad de los contratos que hemos llamado anulables, sólo se puede obtener mediante una de-

claración judicial á solicitud ó instancia de las personas interesadas en obtenerla.

2.<sup>o</sup> La nulidad de los contratos propiamente nulos es absoluta, esto es, se puede hacer valer por todas aquellas personas que tienen un interés legítimo en atacarlos; mientras que la de los contratos anulables es relativa, esto es, sólo se puede hacer valer por ciertas y determinadas personas, en cuyo favor se ha establecido.

3.<sup>o</sup> Cuando el contrato es anulable, se puede purgar el vicio de que está afectado, mediante la confirmación de la persona que pudiera oponer ó pretender la declaración de nulidad; y por el contrario, el contrato nulo no es susceptible de confirmación, porque ésta tiene por objeto reparar las irregularidades de que se halla afectado un acto jurídico; y malamente puede repararse aquello que conforme á la ley carece de existencia.

De aquí proviene el apotegma forense, que dice: "*Quod nulum est confirmari nequit.*"

4.<sup>o</sup> La acción para obtener la nulidad de los contratos anulables se debe ejercitar dentro de los diversos plazos que la ley señala, según la especie de vicio que la produce, pasados los cuales se extingue, porque se presume, por el silencio de los interesados, que confirman ó ratifican dichos contratos.

Los propiamente nulos, por el contrario, no se confirman por el silencio de los interesados, y por lo mismo el transcurso del tiempo no puede hacer que tales contratos produzcan una acción eficaz en derecho.

Pudiera decirse en contra de lo expuesto que las acciones no son perpetuas y que, cualquiera que sea su naturaleza se extinguen en determinados plazos; pero si bien es cierto que así acontece, porque la ley, atendiendo al interés público, ha señalado un límite á la duración de las acciones, también lo es que el vicio de que se hallan afectados los contratos nulos produce una excepción que pueden oponer los intere-

sados en todo tiempo, la cual hace ineficaz la acción ejercitada por los acreedores.

En otros términos: la nulidad puede hacerse valer como acción dentro de los plazos que las leyes señalan, y después de éstos, cuando la acción se ha extinguido, como excepción; y con este carácter es perpetua y puede oponerse en todo tiempo.

La rescisión se obtiene ejercitando la acción conocida en el tecnicismo forense con el nombre de rescisoria, que es, según la define Gómez de la Serna y Montalván, la que compete al comprador ó al vendedor que han sido perjudicados contra el otro contrayente, ya sea para obtener la rescisión del contrato, ya para la indemnización del perjudicado, devolviendo la parte del precio en que ha habido el exceso al comprador, ó el complemento del precio justo al vendedor.<sup>1</sup>

Esta definición es á nuestro juicio limitada, pues sólo comprende el contrato de compra-venta en que ha habido lesión, siendo así que la rescisión puede tener lugar en todos los contratos onerosos.

Por lo mismo, creemos que debe definirse la acción rescisoria diciendo, que es aquella que tiene por objeto obtener la invalidación de un contrato válido según las leyes.

Invocamos en apoyo de esta definición el artículo 1,770 del Código civil, que declara, que no pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas son válidas.<sup>2</sup>

Establecidos estos precedentes, vamos á hacer el estudio, con la conveniente separación, de la rescisión y de la nulidad de las obligaciones, advirtiendo antes que las reglas que el Código establece respecto de ésta, excepto dos de ellas, relativas á la nulidad proveniente de la infracción de los preceptos de las leyes de orden público, ó lo que es lo mismo, á los contratos nulos, se refieren exclusivamente á

<sup>1</sup> Tratado de Procedimientos Judiciales, tomo I, n.º 231.

<sup>2</sup> Artículo 1,656, Código civil de 1844.

los contratos anulables, pues las referentes á aquellos se hallan consignadas entre los preceptos que rigen cada contrato en particular.

## II

### De la rescisión de las obligaciones.

El artículo 1,770 del Código declara, con entera justicia que no pueden rescindirse más que las obligaciones que son en sí mismas válidas, pues malamente pueden invalidarse los contratos que carecen de existencia legal.<sup>1</sup>

Como indicamos en el artículo precedente, la rescisión tiene por objeto los contratos en que ha habido lesión; pero como el ejercicio de la acción rescisoria era fuente fecunda de cuestiones, interminables, difíciles de resolver, nuestro Código puso término á ellas; declarando que ninguna obligación se rescinde únicamente por lesión, excepto el caso de compra-venta, cuando la cosa ha sido valuada con posterioridad á la celebración del contrato, y resulta del dictamen de los peritos que alguna de las partes ha sufrido lesión, la cual existe solamente cuando la parte que adquiere, da dos tantos más, ó la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio ó estimación de la cosa (Arts. 1,771, 1,772 y 3023, Cód. civ).<sup>2</sup>

Los fundamentos de la limitación que impone el Código al ejercicio de la acción rescisoria, están expresados en los siguientes conceptos, que tomamos de la Exposición de motivos:

“Este capítulo contiene algunas reglas generales y las re-

<sup>1</sup> Artículo 1,656, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,656, 1,657, y 2,890 Código Civil de 1,884.

ferencias conducentes: porque en cada contrato, así como en los títulos precedentes, se han fijado ya los casos en que tiene lugar la rescisión. Sólo se hará observar el artículo 1,771, en que se declara que las obligaciones no se rescinden por causa de lesión; porque establecidas las reglas de los contratos en general y en particular, y debiendo ser conocido el Código de todos los ciudadanos, cada uno debe cuidar del asegurarse al contratar. Además: se han establecido las reglas necesarias para la rescisión por dolo y por error, de donde resulta, que no hay necesidad de las relativas á lesión, pues cuando ésta se verifica, hay por lo común error y no pocas veces dolo. Así se cierra la puerta á cuestiones interminables y de muy difícil solución. Sólo se exceptúa el contrato de compra-venta en los términos que establece el artículo 3,023, porque siendo dicho contrato el más frecuente é imposible en muchos casos valerse en él de la mediación de peritos, era preciso conservar al perjudicado la acción rescisoria por causa de lesión; más como debe procurarse, en cuanto sea posible, la subsistencia de los contratos, se previene en el artículo 1,772, que no se repunte lesión el daño que sufra cualquiera de los contratantes sino cuando el que adquiere da dos tantos más, ó el que enajena recibe dos tercias partes menos del justo precio de la cosa. No habrá pues, en lo sucesivo más que un género de lesión atendible y desaparecerán de nuestro foro los términos de enorme y enormísima."

Así, pues, según el sistema adoptado por el Código, queda prescrita entre nosotros la rescisión de los contratos por causa de lesión enorme ó enormísima, sancionada por nuestra antigua legislación, excepto el caso de la venta, cuando con posterioridad á ella resulta demostrado por el juicio de peritos que alguno de los contrayentes ha sufrido lesión, pagando el que adquiere dos tantos más, ó recibiendo el que enajena dos tantos menos del justo precio de la cosa.

Este sistema es á nuestro juicio perfectamente justo, por-

que además de que impide las cuestiones llenas de dificultades que, con tanta frecuencia, se suscitaban antes, se sanciona el respecto debido á la fe de los contratos, cuya validez y estabilidad ejercen tanta influencia en el comercio y en la vida de la sociedad.

Según los artículos 1,773, 1,776 y 1,777, pueden rescindirse las obligaciones: <sup>1</sup>

1.º En los casos en que conforme á derecho procede la restitución in integrum:

2.º En los casos que se haya cometido fraude en perjuicio de los acreedores al enajenar los bienes del deudor:

3.º En los casos que establece la ley, como en los previstos por los artículos 1,621 y 1,622 del Código civil:

4.º Las enajenaciones á título gratuito, hechas por el deudor en estado de insolvencia:

5.º El pago hecho en estado de insolvencia, por obligaciones á cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacer la solución.

La rescisión que procede por causa de restitución in integrum se rige por las reglas cuyo estudio hemos hecho en la lección vigésima primera, tomo I, de esta obra; y la que procede de las enajenaciones hechas en fraude y con perjuicio de los acreedores, por aquellas cuyo estudio haremos en el artículo siguiente (Art. 1,775, Cód. civ). <sup>2</sup>

Los casos 2.º 4.º y 5.º de los enumerados, en que procede la acción rescisoria, se pueden concretar á uno sólo, pues todos ellos se refieren á la rescisión por enajenación fraudulenta, hecha con perjuicio de los acreedores, cuyo estudio, según hemos dicho, será el objeto del siguiente artículo.

<sup>1</sup> Artículos 1,659, 1,662 y 1,663, Código civil de 1,884.

Reformado el primero de estos preceptos por la supresión del inciso que se refiere á la restitución in integrum, proscrita, como sabemos, por el Código de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,661, Código Civil de 1,884.

Reformado por la supresión de la parte que se refiere á la restitución in integrum.

La acción para pedir la rescisión dura cuatro años, según lo declara expresamente el artículo 1,774 del Código civil.<sup>1</sup>

Los términos generales con que está concebido este precepto, demuestran que el plazo de cuatro años que señala es igualmente aplicable á todos los casos en que procede la rescisión, y que hemos enumerado.

El precepto aludido adolece del defecto de no indicar desde cuando puede ejercitarse la acción, pues aun cuando el artículo 685 del Código civil ya estableció desde cuando puede pedirse la restitución in integrum, no hay ningún otro precepto que nos indique algo respecto de los demás casos; cuya circunstancia puede dar motivo á serias dificultades en la práctica.

Somos de opinión, que el silencio del Código sobre materia tan importante, autoriza para adoptar los principios del derecho Romano y de las leyes de las Partidas, según los cuales, el plazo para pedir la rescisión se cuenta respecto de los acreedores desde el día en que tuvieron noticia de la enajenación ó en que ésta se hizo pública.<sup>2</sup>

### III

#### De la enajenación hecha en fraude de los acreedores

La rescisión de las enajenaciones hechas en fraude de los acreedores se obtiene por medio de la acción Pauliana, de cuyo estudio nos vamos á ocupar.

Pero antes es preciso tener presente que no se debe confundir esta acción con la que la ley establece para rescindir ó anular los actos y los contratos simulados, porque exis-

<sup>1</sup> Artículo 1,660, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Leyes 1 y 10, tit. 8 lib. 42, D; y 7, tit. 15, Part. 5ª

ten entre una y otra notables diferencias en cuanto á su origen, su objeto y su duración.

Hacemos esta advertencia, por la facilidad que hay para confundirlas por la semejanza de su objeto, y por la circunstancia de que los preceptos del Código que se ocupan de ellas están contenidos en un mismo capítulo y regidos por un precepto general, que declara: que los actos y contratos celebrados en perjuicio de tercero, pueden rescindirse á pedimento de los interesados en los términos que señalan aquellos preceptos (Art. 1,797, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Se diferencian la acción que sirve para obtener la rescisión de los contratos simulados de la acción Pauliana:

1.ª En que ésta tiene por objeto atacar los actos y contratos que han tenido una existencia real y verdadera, y que se han celebrado con el objeto de defraudar los derechos de los acreedores, á fin de que vuelvan al patrimonio del deudor las bienes que salieron de él.

La rescisión, por el contrario, tiene por objeto combatir los actos y contratos que no tienen una existencia real y verdadera, sino fingida, á fin de obtener la declaración de que los bienes sobre que han recaído no han salido del patrimonio del deudor, y por lo mismo permanecen en él.

2.ª En que en la acción Pauliana sólo puede ejercitarse por los acreedores anteriores á los actos ó contratos fraudulentos; mientras que la rescisión de los simulados puede pretenderse aún por los acreedores que hubieren contratado posteriormente con el que ejecutó tales actos y los consintió.<sup>3</sup>

Dos son las razones que, según Demolombe, fundan y motivan esta diferencia:<sup>3</sup>

1.ª Todos los bienes que pertenecen al deudor, son la

<sup>1</sup> Artículo 1,683, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXV, núm. 235; Laurent, tomo XVI, núm. 497; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 146.

<sup>3</sup> Tomo XXV, núm. 235.

La acción para pedir la rescisión dura cuatro años, según lo declara expresamente el artículo 1,774 del Código civil.<sup>1</sup>

Los términos generales con que está concebido este precepto, demuestran que el plazo de cuatro años que señala es igualmente aplicable á todos los casos en que procede la rescisión, y que hemos enumerado.

El precepto aludido adolece del defecto de no indicar desde cuando puede ejercitarse la acción, pues aun cuando el artículo 685 del Código civil ya estableció desde cuando puede pedirse la restitución in integrum, no hay ningún otro precepto que nos indique algo respecto de los demás casos; cuya circunstancia puede dar motivo á serias dificultades en la práctica.

Somos de opinión, que el silencio del Código sobre materia tan importante, autoriza para adoptar los principios del derecho Romano y de las leyes de las Partidas, según los cuales, el plazo para pedir la rescisión se cuenta respecto de los acreedores desde el día en que tuvieron noticia de la enajenación ó en que ésta se hizo pública.<sup>2</sup>

### III

#### De la enajenación hecha en fraude de los acreedores

La rescisión de las enajenaciones hechas en fraude de los acreedores se obtiene por medio de la acción Pauliana, de cuyo estudio nos vamos á ocupar.

Pero antes es preciso tener presente que no se debe confundir esta acción con la que la ley establece para rescindir ó anular los actos y los contratos simulados, porque exis-

<sup>1</sup> Artículo 1,660, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Leyes 1 y 10, tit. 8 lib. 42, D; y 7, tit. 15, Part. 5ª

ten entre una y otra notables diferencias en cuanto á su origen, su objeto y su duración.

Hacemos esta advertencia, por la facilidad que hay para confundirlas por la semejanza de su objeto, y por la circunstancia de que los preceptos del Código que se ocupan de ellas están contenidos en un mismo capítulo y regidos por un precepto general, que declara: que los actos y contratos celebrados en perjuicio de tercero, pueden rescindirse á pedido de los interesados en los términos que señalan aquellos preceptos (Art. 1,797, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Se diferencian la acción que sirve para obtener la rescisión de los contratos simulados de la acción Pauliana:

1.ª En que ésta tiene por objeto atacar los actos y contratos que han tenido una existencia real y verdadera, y que se han celebrado con el objeto de defraudar los derechos de los acreedores, á fin de que vuelvan al patrimonio del deudor las bienes que salieron de él.

La rescisión, por el contrario, tiene por objeto combatir los actos y contratos que no tienen una existencia real y verdadera, sino fingida, á fin de obtener la declaración de que los bienes sobre que han recaído no han salido del patrimonio del deudor, y por lo mismo permanecen en él.

2.ª En que en la acción Pauliana sólo puede ejercitarse por los acreedores anteriores á los actos ó contratos fraudulentos; mientras que la rescisión de los simulados puede pretenderse aún por los acreedores que hubieren contratado posteriormente con el que ejecutó tales actos y los consintió.<sup>3</sup>

Dos son las razones que, según Demolombe, fundan y motivan esta diferencia:<sup>3</sup>

1.ª Todos los bienes que pertenecen al deudor, son la

<sup>1</sup> Artículo 1,683, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXV, núm. 235; Laurent, tomo XVI, núm. 497; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 146.

<sup>3</sup> Tomo XXV, núm. 235.



garantía de sus acreedores, cualquiera que sea la fecha de sus créditos:

2.ª La simulación que denuncian los acreedores, no es solamente un fraude *en el pasado*, sino también lo es *en el presente*, es un fraude actual, y lo que aquellos pretenden, no es que se reintegren al patrimonio del deudor los bienes salidos de él con anterioridad á la fecha de sus créditos; sino que se declare que tales bienes existían en el patrimonio en esa fecha, y que existen actualmente:

3.ª En que es preciso, para que la acción Pauliana produzca los efectos que le atribuye la ley, que los acreedores prueben el fraude del deudor y de la persona con quien contrató, y que por el contrato quedó en la insolvencia. Por el contrario, el que intenta la rescisión tiene solamente que probar la simulación de los actos ó contratos que combatan, pues la ley no toma en cuenta para rescindirlos la circunstancia de si han producido ó aumentado ó no la insolvencia del deudor. <sup>1</sup>

Las diferencias que hemos marcado entre la acción Pauliana y la de rescisión de los actos y contratos simulados, que tiene un firme apoyo en las autoridades que hemos citado, ha sido sancionada por el Código civil, pues el artículo 1,798 declara, que los actos y contratos simulados por los contrayentes con el fin de defraudar los derechos de un tercero, pueden rescindirse ó anularse en todo tiempo á petición de los perjudicados; y el artículo 1,799 dice, que se llama simulado el acto ó contrato en que las partes declaran ó confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado ó no se ha convenido entre ellas. <sup>2</sup>

De los términos con que están concebidos esos preceptos se deduce claramente, que, á diferencia de la acción Pauliana, la de rescisión puede ejercerse en todo tiempo, esto es,

<sup>1</sup> Merlin, Repertoire, v.º Simulation, pár. 11, Larombière art. 1,167, núm. 63; Demolombe, tomo XXV, núm. 236; Laurent, loco cit.; Aubry y Rau, loco cit.

<sup>2</sup> Artículos 1,184, y 1,185, Código civil de 1,884.

puede intentarse tanto por los acreedores que hubieren contratado con el deudor antes del verificativo de los actos ó contratos simulados, como los que contrataron con posterioridad á ellos.

Pudiera decirse que esta interpretación del artículo 1,798 es violenta y contraria á los términos con que está concebido; pero para convencerse de que tal interpretación es conforme al espíritu y á la letra de la ley, basta tener en cuenta, que, si debiera entenderse dicho precepto de otra manera, resultaría en abierta contradicción con el artículo 1,774 del mismo Código. <sup>1</sup>

En efecto: si conforme á este último precepto la acción para pedir la rescisión dura cuatro años, y si la que compete para pedir la de los actos y contratos simulados para defraudar los derechos de un tercero, puede ejercitarse en todo tiempo, según el artículo 1,798, resulta una notoria contradicción entre uno y otro precepto; y si admitimos que el último no contradice al primero, sino que establece una excepción en beneficio de los acreedores, tendremos que admitir también que tal excepción es exorbitante y carece de todo fundamento racional y justo que acredite su necesidad ó su conveniencia.

Según los principios generales del derecho, las acciones no son perpetuas, sino que se extinguen con los derechos ú obligaciones que representan, ó lo que es lo mismo, se extinguen por la prescripción; y si admitimos que la acción aludida puede ejercerse *en todo tiempo*, es decir, que es perpetua, resulta que, contra los principios generales y sin motivo alguno que justifique tal absurdo, se ha introducido un privilegio á favor de los acreedores.

Esta consideración aumenta de valor si se tiene en cuenta que la simulación constituye un delito previsto y penado por el artículo 426 del Código Penal; que la acción para

<sup>1</sup> Artículo 1,660, Código civil de 1,884.

castigarlo es prescriptible, según el artículo 262 del mismo ordenamiento; y por consiguiente, que es absurdo que la acción criminal, que tiene por objeto el castigo del culpable y el bienestar de la sociedad sea prescriptible, y que la civil, que sólo tiene por objeto garantizar los intereses privados de uno ó varios individuos, reparar los perjuicios pecuniarios sufridos por ellos, restituyendo las cosas al estado que tenían antes de cometerse el delito sea perpetua ó imprescriptible.

Todo lo expuesto nos sirve de fundamento para establecer, que las palabras *en todo tiempo*, empleadas en el artículo 1,798 del Código civil, no significan que la acción para pedir y obtener la rescisión de los actos y contratos simulados con perjuicio de tercero sea perpetua ó imprescriptible, sino que puede ejercitarse por los acreedores anteriores lo mismo que por los posteriores á ellos.

En otros términos, debemos establecer que las palabras mencionadas no están tomadas en su significación propia y rigurosa, y por tanto, que el precepto aludido adolece de falta de claridad y precisión.

Declarada la rescisión ó nulidad del acto ó contrato simulado, se debe restituir la cosa ó derecho á quien pertenezca, con sus frutos é intereses, si los hubiere; pues la rescisión tiene por objeto reponer, como ya lo hemos indicado, las cosas al estado que tenían antes de la celebración del acto ó del contrato (Art. 1,800, Cód. civ).<sup>1</sup>

En consecuencia: declarada la rescisión del acto ó del contrato simulado, la persona ó personas perjudicadas por ellos pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes que fueron objeto del fraude, como pertenecientes al deudor que trató de defraudarlos de manera que, aunque por la sentencia le son restituídos con sus frutos é intereses, no es en beneficio suyo sino en el de las personas perjudicadas, á fin de

1 Artículo 6,186, Código civil de 1,884.

que puedan tener bienes en que hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones del deudor que intentó eludirlo mediante la simulación fraudulenta.

La rescisión de los actos ó contratos realmente celebrados por el deudor en perjuicio de sus acreedores se obtiene; mediante el ejercicio de la acción Pauliana, que debe su origen al derecho Romano, y se llama así por haber sido creada por el pretor Paulo.

Esta acción que fué transmitida hasta nosotros por las leyes de las Partidas y sancionada por el artículo 1,801 del Código civil, que declara, que los actos ó contratos realmente celebrados por el deudor en perjuicio de su acreedor pueden rescindirse á petición de éste, si del acto ó contrato resulta la insolvencia del deudor, tiene por fundamento, según sostienen generalmente los autores, la consideración de que al contratar el deudor obliga sus bienes al cumplimiento de las obligaciones que se impone; y si puede privarles de esa garantía obrando de buena fe, no le es permitido despojarles de ella por medio de actos fraudulentos, porque viola de una manera inmoral aquellas obligaciones.<sup>1</sup>

Otros autores creen que la acción Pauliana se funda en la justicia y la equidad, que exigen reparar el mal que se ha causado á otro, aun de una manera involuntaria, y que prohíben lucrar á expensas y con perjuicio de alguno; así como en la consideración de que el deudor, cuyos bienes garantizan el cumplimiento de su obligación, representa á sus acreedores respecto de ellos cuando obra de buena fe, porque tácitamente le han autorizado para enajenarlos no exigiendo una garantía especial sobre ellos, exponiéndose á las eventualidades de las especulaciones que pudiera emprender, pero de ninguna manera le han autorizado para que conspire contra sus intereses, empleando medios fraudulentos.<sup>2</sup>

1 Artículos 1,687, Código Civil de 1,884; Laurent, tomo XVI, núm. 491; Larombière, art. 1,167, núm. 1; y otros.

2 Demolombe, tomo XXV, núm. 146; Baudry Lacantinerie, tomo II, núm. 877; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 130.

Cualquiera que sea la explicación que aceptemos, resulta plenamente justificado el motivo que dió origen á la acción Pauliana, contraria á primera vista, á los principios elementales del derecho, según los cuales, el deudor, aun insolvente, conserva la libre disposición de sus bienes, puede enajenarlos, y por tanto, carecen sus acreedores de derecho sobre ellos tan luego como salen del patrimonio de aquél y pasan al dominio de terceras personas.<sup>1</sup>

Pudiera decirse que las explicaciones que preceden justifican el ejercicio de la acción Pauliana respecto del deudor, pero de ninguna manera relativamente al tercero que con él contrató; pero esa objeción queda destruída teniendo presente que la ley no concede dicha acción contra el tercero, sino cuando es partícipe del fraude del deudor, ó cuando adquiere la cosa á título gratuito, por las razones que exponemos en su oportunidad.

Nuestro Código ha seguido en esta importante materia los principios de la legislación Romana, introduciendo algunas innovaciones que haremos conocer oportunamente.

Así, por ejemplo, el artículo 1,801 declara que los actos y contratos celebrados por el deudor pueden rescindirse á petición del acreedor perjudicado; y el artículo 1,774 dice, que la acción para pedir la rescisión dura cuatro años; á diferencia del derecho Romano que sólo permitía la rescisión durante un año útil contado desde el día de la venta, después del cual ya no era rescindible el contrato, pero el tercero quedaba obligado hasta la concurrencia de la cantidad en que se había hecho más rico.<sup>2</sup>

El Código no define la acción de cuyo estudio nos ocupamos, pero la definición se deduce claramente de los términos con que está concebido el artículo 1,801, y por lo mismo, podemos decir que la acción Pauliana es aquella que la

<sup>1</sup> Laurent y Demolombe, en las obras y lugares citados.

<sup>2</sup> Artículos 1,687 y 1660. Código civil de 1884; leyes 6, § 14 y 1.ª, § 24, tít. 8, lib. 42, D.; y 7, tít. 15, Part. 5.ª.

ley concede á los acreedores para rescindir y revocar los actos y contratos celebrados por el deudor con el objeto de defraudar sus derechos, contra el poseedor de la cosa enajenada.

Las palabras del artículo 1,801, que declara rescindibles los *actos y contratos* fraudulentos, nos demuestran que la acción Pauliana procede no sólo contra los contratos ú obligaciones celebrados con perjuicio de los acreedores, sino contra toda clase de actos jurídicos de parte del deudor que importen enajenación y fraude contra los derechos de aquéllos, lo cual es enteramente conforme con los principios del derecho Romano, reproducidos por las leyes de las Partidas.

*“Que fraudationis causa gesta erunt: hæc verba generalia sunt et in se omnem omnino in fraudem factum vel alienationem, quemcumque contractum”* (Ley 1.ª § 2, tít. 8, lib. 42. D.).

*“Esso mesmo dezimos que seria, si tal debdor dresse en su vida, ó mandase en su testamento alguna cosa de las suyas á otro.”* (Ley 7.ª tít. 15, Part. 5.ª).

Ese mismo principio se halla reproducido, aunque con mayor extensión, por el artículo 1,806 del Código civil, que expresamente declara, que la rescisión, ó lo que es lo mismo, la acción Pauliana, puede tener lugar tanto en los casos en que el deudor enajena los bienes que efectivamente posee, como en aquellos en que renuncia derechos constituídos á su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal; y por el artículo 1,807, que declara también rescindible el pago hecho por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,692 y 1,693, Código civil de 1884.

El artículo 1,694 de este ordenamiento establece un nuevo principio, según el cual, es nulo todo acto ó contrato celebrado en los treinta días anteriores á la declaración judicial de la quiebra, y que tuviere por objeto dar á un crédito ya existente una preferencia que no tenía.

Este mismo principio estaba ya sancionado por el artículo 1,869, del Código de 1870, respecto sólo de la hipoteca, el cual fué suprimido en el de 84, en el título relativo á ésta haciéndolo general y extensivo, como hemos visto, á todos los contratos.

En efecto: el derecho Romano no admitía la procedencia de la acción Pauliana cuando el deudor rehusaba aumentar su patrimonio, y en consecuencia, los acreedores no podían atacar la renuncia hecha por aquél á una sucesión.

*"Pertinet etenim Edictum ad minuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur."* (Ley 6, tít. 8, lib. 42 D.).

*"Proinde, et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel testamentariam non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit"* (Ley 6 § 2 dict. tít et lib. D.).

Esta diferencia entre nuestro derecho y la legislación Romana se comprende fácilmente, teniendo en consideración que son distintos principios los que rigen respecto de las sucesiones, que nos separan por completo de esta legislación, según la cual el heredero no adquiere ningún derecho á la herencia, sino hasta después de la adición, mientras que, según el sistema adoptado por el Código civil, tiene un derecho aun antes de la aceptación de la herencia, pues el artículo 3,372 declara, que la propiedad y la posesión legal de los bienes y los derechos y las obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos.<sup>1</sup>

Sin embargo, el artículo 1806 del Código nos indica una excepción, limitando el ejercicio de la acción Pauliana á aquellos casos en que renuncia el deudor derechos constituidos á su favor, siempre que su goce no sea exclusivamente personal; por ejemplo, los acreedores del donante no podrían ejercer esa acción contra la renuncia que el deudor hubiera hecho del derecho de pedir la revocación de la donación por ingratitud del donatario, ni contra la renuncia del usufructo legal hecha por el deudor que emancipa á su hijo menor.<sup>2</sup>

En consecuencia, procede la acción Pauliana en los casos siguientes:

1 Artículo 3,225, Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,692, Código civil. de 1,884.

1.º Contra los actos ejecutados por el deudor en perjuicio del acreedor:

2.º Contra los contratos celebrados por el deudor en perjuicio del acreedor.

De la definición que hemos dado se infiere, que para que proceda la acción Pauliana es necesario que la enajenación se haya hecho en fraude y con perjuicio de los acreedores.

Pero según la acepción jurídica de la palabra *fraude*, son necesarios dos elementos para que éste pueda existir; esto es, *un hecho y la intención* de defraudar.

En consecuencia, dos son las condiciones esenciales que se requieren para que los acreedores, que estiman perjudicados sus derechos puedan pretender la rescisión de los actos ó contratos del deudor.

1.º Que tales actos ó contratos hayan causado un perjuicio al acreedor:

2.º Que se hayan ejecutado por el deudor con conocimiento del perjuicio que iba á causar en los derechos del acreedor.

El perjuicio consiste en la insolvencia del deudor á la cual queda reducido por sus actos, y por consiguiente, en la imposibilidad de satisfacer debidamente á sus acreedores (Artículo 1,801, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Hay insolvencia según el artículo 1,804 del Código, cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio no iguala al importe de sus deudas: en cuyo caso la mala fe consiste en el conocimiento de ese déficit.<sup>2</sup>

Pero si para acreditar la insolvencia del deudor, prueba el acreedor que pretende la rescisión, que el monto de las deudas de aquél excede al de sus bienes conocidos, le impone la obligación de acreditar que tiene bienes suficientes para cubrir esas deudas (Art. 1,811 Cód. civ.).<sup>3</sup>

1 Artículo 1,687, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,690, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,698, Código civil de 1,884.

Es decir; que la ley crea una presunción *juris* á favor del acreedor que demuestra el hecho indicado, la cual se tiene como una verdad mientras no se demuestra lo contrario, y por consiguiente, impone al deudor la obligación de acreditar que posee bienes bastantes para satisfacer sus deudas.

Pero no basta que exista la insolvencia, sino que es necesario además que sea el resultado directo é inmediato de los actos ó contratos del deudor, y no que provenga de ellos de una manera mediata é indirecta; de una causa posterior más ó menos lejana.<sup>1</sup>

De otra manera se retrotraería, como dice Demolombe, la insolvencia al acto ó contrato que se ataca, reconociendo que después de él, el deudor no era insolvente, confundiendo de un modo lamentable la causa verdadera, directa y próxima de la insolvencia; y razonando así no faltarían motivos por qué no referirse á veinte ó treinta años atrás, para investigar la intención del deudor en todos sus actos, y apreciar por ella las consecuencias más remotas é inferir la procedencia de la acción Pauliana.<sup>2</sup>

Pero semejante teoría es absurda, porque tendría por objeto encadenar actos del todo independientes, que de ninguna manera podrían relacionarse, y hacer la odiosa investigación de la vida privada de los ciudadanos.

Se infiere de lo expuesto, que para la procedencia de la acción es indispensable que se demuestre por el acreedor que el deudor ha quedado reducido á la insolvencia por el acto ó contrato cuya rescisión pretende, pues sólo así podía demostrar que éste ha sido celebrado con perjuicio de sus derechos.

Se infiere también, que la acción Pauliana es esencialmente subsidiaria, y sólo puede ejercitarse para obtener el

1 Aubry y Rau, tomo IV, pág. 133 y nota 13; Duranton, tomo X, nú. 570; Laromière, art. 1,167, núm. 16; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 82, bis VIII, Demolombe tomo XXV, núm. 178; Laurent, tomo XVI, núm. 435.

2 Tomo XXV, loco cit.

pago cuando los bienes que posee el deudor son insuficientes para cubrir el monto total del crédito.

Esta condición esencial para el ejercicio de la acción se justifica perfectamente, recordando el principio según el cual no basta tener derecho, sino que es además necesario tener interés; y tal interés en el caso de la acción Pauliana existe solamente cuando no se puede obtener el pago del crédito si no es por medio de la rescisión del acto fraudulento.

Esta teoría, tomada del derecho Romano, se funda en la autoridad de jurisconsultos respetables, que sostienen sin discrepancia la necesidad de la excusión previa de los bienes del deudor para que pueda pretenderse la rescisión del acto ó contrato celebrado por éste con el tercer poseedor.<sup>1</sup>

La razón que funda esta teoría es perfectamente clara, pues siendo un requisito esencial para el ejercicio de la acción Pauliana que el acreedor haya sufrido perjuicio por la enajenación hecha por el deudor, es necesario demostrar que en efecto existe el perjuicio, y tal demostración no se puede obtener si no es por la excusión de los bienes de éste, á no ser que su insolvencia fuere notoria.<sup>2</sup>

Esta razón adquiere un valor notorio cuando son varias las personas deudoras, que están obligadas solidariamente al pago del crédito; porque siendo responsables todas del importe total de éste, cuando alguna se hace insolvente, con fraude ó sin él, no se puede decir que el acreedor sufre perjuicio alguno, supuesto que los demás deudores le están obligados y que puede exigir de aquel que mejor le parezca el valor íntegro de su crédito.

En otros términos: para que proceda la acción Pauliana cuando son varias las personas responsables con obligación

1 Peguera, Decisiones Auras, cap. 73, núm. 36 y 37; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 132; Demolombe, tomo XXV, núm. 179; Bandry Lacantinerie, tomo II, núm. 869; Mourlon, tomo II, núm. 1,174; Laurent, tomo XVI, núm. 437; y otros.

2 Peguera, loco cit.

solidaria, es preciso que conste la insolvencia de ellas, lo cual se obtiene mediante la excusión de sus bienes.<sup>1</sup>

El segundo requisito esencial para el ejercicio de la acción Pauliana es el fraude, el cual consiste según los artículos 1,802 y 1,804 del Código Civil en el conocimiento del deudor y de la persona que con él contrata de que la suma de sus bienes y créditos, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas; ó lo que es lo mismo, en el conocimiento de esas personas, de que por sus actos se causa perjuicio al acreedor.<sup>2</sup>

Creemos que estos preceptos deben ser interpretados según la doctrina de Voët, que dice, que hay propósito de defraudar, cuando el deudor conoce su insolvencia, y á pesar de este conocimiento disminuye y enajena sus bienes, aunque al obrar así no piense precisamente en defraudar á determinada persona en particular.<sup>3</sup>

Admitimos esta doctrina, porque además de que está fundada en los principios del derecho Romano, establece una presunción, interpretando por la conducta del deudor su intención de defraudar los derechos del acreedor, porque es imposible suponerle buena fe, si con entero conocimiento de que quedaba en la insolvencia celebró actos que le redujeron á ella.<sup>4</sup>

Pero para que el fraude sea imputable al tercer poseedor, á la persona que contrató con el deudor, es preciso que haya tenido conocimiento de la intención de éste de defraudar á sus acreedores.

El derecho Romano y el Código civil han hecho sobre este punto una distinción fundada en la equidad, entre las enajenaciones hechas á título oneroso y las hechas á título gratuito, estableciendo que las primeras, con personas de

1 Peguera, obra y cap. cit. núm. 40.

2 Artículos 1,688 y 1,690, Código Civil de 1884.

3 Ad. Pandect. lib. 42, tít. 8, núm. 14.

4 Ley 17 § 1, tít. 8, lib. 42, D.

buena fe, no pueden revocarse por más que el deudor haya obrado fraudulentamente; porque su mala fe no debe causar perjuicio á las personas que ejercen un comercio lícito con él, sin participar de su ánimo fraudulento.

*“Ait Praetor, quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit ..... actionem dabo.”*<sup>1</sup>

Y el artículo 1,802 del Código civil dice: que si el acto ó el contrato fuere oneroso, la rescisión podrá tener lugar á instancia del acreedor perjudicado, si de ellos resulta la insolvencia del deudor, habiendo mala fe tanto por parte de éste como del tercero que contrató con él.<sup>2</sup>

De aquí se infiere la necesidad de una amplia demostración de la mala fe del deudor y de que el que contrató con él es partícipe de ella; porque el fraude es un acto inmoral que no se presume, sino que debe probarse con pruebas fehacientes.

*“Dolum ex indicis perspicuis probari convenit.”*<sup>3</sup>

Pudiera decirse que el tercer poseedor que contrató con el deudor es partícipe del fraude de éste, si tuvo conocimiento de que tenía acreedores y que sus negocios estaban mal; pero tal objeción carece de todo valor, porque el simple conocimiento de que un individuo tiene acreedores no constituye la participación del fraude de éste, para la cual es necesario que se conozca el propósito de defraudar.

Muchas de las personas que tienen acreedores no son insolventes; y sólo se constituye la complicidad de un fraude tomando un participio directo en él, y no es justo convertir en víctima del fraude, en el cual no ha tenido participación alguna, al contratante de buena fe.

La ley 10, § 2, tít. 8, lib. 42 del Digesto establece el mismo principio en los siguientes conceptos:

1 Ley 1, tít. 8, lib. 42 D.

2 Artículo 1688, Código Civil de 1884.

3 Ley 6, tít. 21, lib. 2 Cód.

*"Quod ait prætor sciente, sic accipimus te conscio et fraude participante: non enim simpliciter scio illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est."*

La misma ley confirma la misma teoría en el § 4, con las siguientes palabras:

*"Alias autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter, sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri."*

Es cierto que sosteniendo la validez del contrato celebrado por el deudor en fraude y con perjuicio de sus acreedores, resultan éstos víctimas de ese fraude; pero nada hay más jurídico y equitativo que tal resultado, porque el tercero se encuentra en la misma posición que los acreedores defraudados, y trata de evitar un daño; y toda vez que es preciso que el uno ó los otros sufran la pérdida, nada más justo que aplicar las siguientes reglas del derecho: <sup>1</sup>

*"In pari causa, possessor potior haberi debet."* <sup>2</sup>

*"Melior est causa possidentis."* <sup>3</sup>

En realidad no puede decirse que se hallan en la misma posición, en igualdad de circunstancias, el tercero y los acreedores, y por lo mismo no se les puede comparar, porque aquél carece de toda culpa y éstos no.

En efecto: aquél ha contratado de buena fe con persona á quien la ley otorga facultad para contratar; y no hay justicia para que la circunstancia de que ésta haya cometido un fraude contra sus acreedores, que afectando la validez del contrato celebrado con el tercero, refluya en perjuicio de éste, sinningún acto imputable de su parte, mientras que en rigor se puede reprochar á los acreedores haber confiado imprudentemente en tal deudor y no haber procurado garantizar debidamente sus créditos. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> Demolombe tomo XXV, núm. 196 Baudry Lacantinerie, tomo II, núm. 881; y todos los autores

<sup>2</sup> Ley 128, tít. 17, lib. 50, D.

<sup>3</sup> Ley 9, tít. 2, lib. 6, D; Toullier, tomo VI, núm. 352.

<sup>4</sup> Demolombe tomo XXV, núm. 197.

En una palabra: la ley quiere, como dice Toullier, que las enajenaciones hechas á personas de buena fe; no puedan rescindir, aunque haya habido fraude de parte del deudor; porque su mala fe no debe causar una pérdida á las personas que ejercen un comercio lícito con él, sin participar de su fraude. <sup>1</sup>

Pero aun suponiendo que la persona que contrata con el deudor tenga conocimiento de su insolvencia, si á su vez tiene un crédito á cargo de él y obtiene por el contrato el pago preferente respecto de los demás acreedores, con perjuicio de ellos, no procede en su contra la acción Pauliana; porque ésta no se da contra aquel que se ha limitado á hacer uso de un derecho legítimo. <sup>2</sup>

Este derecho consiste en la facultad de hacerse pagar el valor del crédito; y en tanto que el acreedor se limita á ejercer su derecho, en su propio interés y sin concertarse con el deudor para defraudar á los demás acreedores, no se puede decir que su conducta ha sido dolosa.

*"Nihil dolo facit creditor, qui suum recipit."* <sup>3</sup>

*"Nullus videtur dolo facere, qui suo juri utitur."* <sup>4</sup>

Los demás acreedores tenían también facultad para exigir el pago de sus créditos, y si no lo hicieron, dando así lugar á que el primero mejorase su condición, deben imputar á sí mismos y á su inexplicable negligencia el perjuicio que resienten.

La regla que hemos establecido deja de tener aplicación, y por consiguiente procede la acción Pauliana, cuando resulta de la naturaleza del acto, que el objeto que el acreedor se ha propuesto, en convivencia con el deudor, es defraudar á los demás acreedores.

<sup>1</sup> Loco cit.

<sup>2</sup> Aubry y Rau; tomo IV, pág. 140; Demolombe, tomo XXV, núm. 225; Leyes 10 § 13, 22 y 24, tít. 8, lib. 42, D. y 9, tít. 15, Part. 5<sup>a</sup>

<sup>3</sup> Ley 12, tít. 17, lib. 50, D.

<sup>4</sup> Ley 55, tít. 17, lib. 50, D. y ley 14, tít. 34, Partida 7<sup>a</sup>

Por este motivo, da lugar á la acción Pauliana la circunstancia de no ser exigible la deuda en el momento del pago, hecho por el deudor en estado de insolvencia; y así lo establece expresamente el artículo 1,807 del Código, que declara, que es también rescindible el pago hecho por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo.<sup>1</sup>

Este principio no es una novedad introducida por el Código, sino tradicional del derecho Romano, en cuyos preceptos se declaró que también se comete fraude otorgando al acreedor una preferencia indebida en tiempo.

*"Nam Prætor fraudem etiam in tempore fieri intelligit."*<sup>2</sup>

Reasumiendo lo expuesto en pocas palabras, podemos establecer, que para la procedencia de la acción Pauliana es indispensable la concurrencia de los requisitos siguientes; pues si falta alguno de ellos deja de existir la razón de la ley, y por consiguiente no hay lugar á la rescisión del acto que se dice perjudicial para los acreedores:

1.º Que el deudor enajene sus bienes fraudulentamente y con perjuicio de sus acreedores:

2.º Que este perjuicio haya tenido lugar real y positivamente; ó lo que es lo mismo, que el acto ó contrato que se pretende rescindir haya producido la insolvencia del deudor, cuya prueba demanda la excusión de los bienes del deudor:

3.º La participación del individuo que contrató á título oneroso de la mala fe con el deudor, la cual consiste en el conocimiento de la intención y del déficit resultante á consecuencia del contrato en perjuicio de los acreedores.

Como hemos dicho ya, el Código civil establece una justa distinción para el ejercicio de la acción Pauliana, entre los actos y contratos celebrados por el deudor á título oneroso y aquellos que celebra á título gratuito, declarando que en éstos tiene lugar la rescisión, aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contrayentes (Art. 1,803).<sup>3</sup>

1 Artículos 1,698, Código Civil de 1884.

2 Leyes 10, pár. 12, 16 y 17 tít. 8, lib. 40, D.

3 Artículo 1,689, Código civil de 1,884.

El derecho Romano distinguía también entre los actos y contratos á título gratuito y los actos á título oneroso, no exigiendo la prueba de la complicidad del tercero en cuyo provecho se celebraron aquellos actos ó contratos; pero no atribuía á esta distinción efectos tan extensos como el Código civil, toda vez que no admitía la acción Pauliana, aun contra los actos ó contratos á título gratuito, sino cuando además del perjuicio causado á los acreedores concurría la intención fraudulenta del deudor.<sup>1</sup>

La razón de la diferencia que establece el Código entre las enajenaciones hechas á título oneroso y las consumadas á título gratuito se funda, en que el adquirente en aquellos trata de evitar un daño, y en igualdad de circunstancias es más conforme á la justicia preferir al que posee; y en los segundos, por el contrario, trata de obtener un lucro, y no es justo que se enriquezca á expensas y con perjuicio de los acreedores, que solamente pretenden evitar un daño.

Si la persona en cuyo favor ha celebrado el deudor un acto ó contrato perjudicial á sus acreedores, hubiere transmitido á un tercero los derechos que adquirió, no procede la acción Pauliana contra él sino en el caso de que pudiera ejercitarse contra aquella persona, esto es, el primer adquirente; pues desde el momento en que los bienes han salido del patrimonio del deudor en virtud de un acto ó contrato no rescindible, se extingue la garantía que ellos tenían los acreedores.

Pero si el fraude se hubiere concertado desde el principio entre el deudor y el tercer poseedor, valiéndose de la primera enajenación como de un medio para encubrirlo mejor, es incuestionable que procede la acción contra el tercero.

Se infiere, pues, que para que esta acción pueda ejercitarse contra el tercer poseedor, es indispensable que proceda contra la persona que le transmitió sus derechos y los

1 Leyes 6, párrafos 8 y 12: 10, tít. 8, lib. 42, y 79, tít. 17, lib. 50 D.



adquirió directamente del deudor fraudulento y que sea cómplice del fraude, esto es, que haya adquirido de mala fe (Art. 1,805, Cód. civ).<sup>1</sup>

Este principio que es enteramente conforme con los preceptos del derecho Romano, ha sido combatido por algunos de los jurisconsultos modernos diciendo, que desde el momento en que la acción Pauliana procede contra el que contrató directamente con el deudor, debe, á ejemplo de las acciones de nulidad ó rescisión fundadas en el dolo ó la lesión, reflejar contra los terceros poseedores, sea que hayan adquirido de buena ó de mala fe, á título oneroso ó lucrativo, en virtud del principio que dice: "*Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet.*"<sup>2</sup>

Pero la mayoría de los jurisconsultos rechaza esta teoría, sosteniendo que la asimilación que se hace entre la acción Pauliana y las acciones de nulidad y rescisoria, respecto de sus efectos jurídicos con relación á los terceros poseedores, carece de exactitud; porque la primera no es una acción de nulidad ni rescisoria en el sentido estricto de estas palabras, pues no impugna en su esencia el acto ó contrato contra el cual se dirige, que produce todos sus efectos entre las partes contratantes, sino que se funda en el fraude cometido respecto de los acreedores, sólo produce una rescisión relativa, cuyos efectos se restringen á los autores del fraude y del perjuicio y á sus cómplices.

Por consiguiente, no refleja por su naturaleza la acción Pauliana contra el tercer poseedor, sino cuando ha adquirido de mala fe, cuando ha sido partícipe del fraude.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,691, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XVI, núm. 465; Duvergier sobre Toullier, tomo VI, n.º 653, nota 1.ª; y otros.

<sup>3</sup> Proudhon, Traite des droits de usufrit, tomo V, núm. 2,412; Colmet de Santere, tomo V, núm. 82, bis XII; Larombière, art. 1,667, núm. 46; Duranton, tomo X, número 582 y 583; Demolombe, tomo XXV, núm. 200; Marcadé, art. 1,167, núm. 14; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 138, texto y nota 2.ª; Raudry Lacantinerie, tomo II, núm. 882; Mourlon, tomo II, núm. 1,182.

Los autores de esta teoría, que, como hemos dicho, se funda en los principios del derecho Romano, sostienen también que es igualmente aplicable al tercer poseedor á título gratuito, en virtud de que nadie puede enriquecerse á expensas y con perjuicio de otro, y por consiguiente que procede la acción Pauliana en su contra, aunque haya obrado de buena fe.<sup>1</sup>

No creemos que este principio pueda tener aplicación entre nosotros, porque los términos con que está concebido el artículo 1,805 del Código civil, demuestran que sólo permite el ejercicio de dicha acción contra el tercer poseedor, cuando ha adquirido de mala fe, sea á título gratuito, sea á título oneroso.<sup>2</sup>

Los mismos términos del precepto aludido nos alejan de la controversia á que nos hemos referido, producida sin duda por la divergencia de sus autores acerca de si la acción Pauliana es real ó personal; pues ese precepto sanciona el principio establecido por el derecho Romano y seguido por la mayoría de los jurisconsultos.

La acción Pauliana es subsidiaria, como hemos dicho, establecida en beneficio de los acreedores cuyos derechos han sido defraudados, de donde se infiere que procede su ejercicio solamente cuando el deudor queda reducido á la insolvencia por la enajenación y en la imposibilidad de pagar á sus acreedores; ó lo que es lo mismo, que es indispensable, según hemos establecido, que haya un perjuicio real y positivo para éstos.

En consecuencia, se infiere también, que cesa la acción Pauliana luego que el deudor satisface su deuda ó adquiere bienes con que poder cubrirla; ó bien cuando el adquirente demandado satisface el importe de la deuda, porque en tales casos falta uno de los requisitos esenciales, uno de los

<sup>1</sup> Leyes 9 y 10 párrafos 24 y 25, tít. 8, lib. 42, D.

<sup>2</sup> Artículo 1,691 Código Civil de 1,884.

fundamentos á que debe su origen, el perjuicio del acreedor (Arts. 1,808, y 1,809, Cód. civ).<sup>1</sup>

Puede acontecer que el fraude consista solamente en la preferencia indebida á favor de un acreedor, y en tal caso el ejercicio de la acción no importa la pérdida del derecho del acreedor preferido sin razón, sino la de esa injusta preferencia; pues el efecto de la acción Pauliana es la restitución de los bienes ó valores enajenados al patrimonio del deudor (Art. 1,810, Cód. civ).<sup>2</sup>

Por este motivo declara el artículo 1,812 del Código civil, siguiendo los principios del derecho Romano, que rescindido el acto ó contrato deben volver los valores enajenados á la masa de los bienes del deudor en beneficio de los acreedores.<sup>3</sup>

En consecuencia, podemos establecer, que el efecto de la acción Pauliana es restituir las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el acto ó contrato fraudulento, de la misma manera que si no se hubieran verificado, y por una ficción de la ley hace entrar los valores enajenados en el patrimonio del deudor, para que los acreedores puedan ejercitar sobre ellos sus derechos.

Es decir, que la sentencia que decreta la rescisión del acto ó contrato fraudulento no le atribuye á los acreedores la propiedad de los bienes enajenados, pues, como dice Colmet de Santerre, si fuera así tendrían un derecho de más entidad sobre éstos que los que el deudor ha conservado, sino que elimina los derechos del tercero y permite á los acreedores ejercitar los suyos sobre los bienes enajenados, como si no lo hubieran sido.

De lo expuesto se infiere que la rescisión del acto ó contrato fraudulento aprovecha no sólo á los acreedores que intentaron la acción Pauliana, sino aun á aquellos que no

<sup>1</sup> Artículos 1,695, y 1,696, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,697, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,699, Código civil de 1,884.

han sido parte en el juicio; porque los bienes que se restituyen al patrimonio del deudor son la garantía común de todos los acreedores, ó lo que es lo mismo, se les considera como si nunca hubieran salido del poder de aquél.<sup>1</sup>

#### IV

##### De la nulidad de las obligaciones.

En el artículo I de esta lección establecimos las diferencias que existen entre la nulidad y la rescisión, y los precedentes necesarios para distinguir sus efectos jurídicos, pues aun cuando éstos son casi los mismos, como dicen los redactores del Código, son diversos su origen y los casos en que deban aplicarse; por ejemplo, no se puede rescindir sino la obligación válida; la nula nunca ha existido legalmente; y por lo mismo, hay notable diferencia en muchos de los efectos que una y otra producen.<sup>2</sup>

En tal supuesto, y teniendo en cuenta los precedentes establecidos, vamos á consagrarnos al estudio de las disposiciones legales que establecen la manera y tiempo de pedir la nulidad proveniente de incapacidad, error ó intimidación de alguno de los contrayentes, ó en la ilicitud del objeto del contrato.

Pero antes conviene advertir que nuestro Código se ha separado en este punto de preceptos del derecho Romano y de las leyes de las Partidas, según los cuales duraba treinta años la acción de nulidad, que era por regla general

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVI, 488; Taulier, tomo IV, pág. 312; Marcadé, art. 1,167, número 6; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 82 bis XIV; Duranton, tomo X, núm. 593; Larontière, art. 1,167 núm. 62.

<sup>2</sup> Exposición de motivos.

fundamentos á que debe su origen, el perjuicio del acreedor (Arts. 1,808, y 1,809, Cód. civ).<sup>1</sup>

Puede acontecer que el fraude consista solamente en la preferencia indebida á favor de un acreedor, y en tal caso el ejercicio de la acción no importa la pérdida del derecho del acreedor preferido sin razón, sino la de esa injusta preferencia; pues el efecto de la acción Pauliana es la restitución de los bienes ó valores enajenados al patrimonio del deudor (Art. 1,810, Cód. civ).<sup>2</sup>

Por este motivo declara el artículo 1,812 del Código civil, siguiendo los principios del derecho Romano, que rescindido el acto ó contrato deben volver los valores enajenados á la masa de los bienes del deudor en beneficio de los acreedores.<sup>3</sup>

En consecuencia, podemos establecer, que el efecto de la acción Pauliana es restituir las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el acto ó contrato fraudulento, de la misma manera que si no se hubieran verificado, y por una ficción de la ley hace entrar los valores enajenados en el patrimonio del deudor, para que los acreedores puedan ejercitar sobre ellos sus derechos.

Es decir, que la sentencia que decreta la rescisión del acto ó contrato fraudulento no le atribuye á los acreedores la propiedad de los bienes enajenados, pues, como dice Colmet de Santerre, si fuera así tendrían un derecho de más entidad sobre éstos que los que el deudor ha conservado, sino que elimina los derechos del tercero y permite á los acreedores ejercitar los suyos sobre los bienes enajenados, como si no lo hubieran sido.

De lo expuesto se infiere que la rescisión del acto ó contrato fraudulento aprovecha no sólo á los acreedores que intentaron la acción Pauliana, sino aun á aquellos que no

<sup>1</sup> Artículos 1,695, y 1,696, Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,697, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,699, Código civil de 1,884.

han sido parte en el juicio; porque los bienes que se restituyen al patrimonio del deudor son la garantía común de todos los acreedores, ó lo que es lo mismo, se les considera como si nunca hubieran salido del poder de aquél.<sup>1</sup>

#### IV

##### De la nulidad de las obligaciones.

En el artículo I de esta lección establecimos las diferencias que existen entre la nulidad y la rescisión, y los precedentes necesarios para distinguir sus efectos jurídicos, pues aun cuando éstos son casi los mismos, como dicen los redactores del Código, son diversos su origen y los casos en que deban aplicarse; por ejemplo, no se puede rescindir sino la obligación válida; la nula nunca ha existido legalmente; y por lo mismo, hay notable diferencia en muchos de los efectos que una y otra producen.<sup>2</sup>

En tal supuesto, y teniendo en cuenta los precedentes establecidos, vamos á consagrarnos al estudio de las disposiciones legales que establecen la manera y tiempo de pedir la nulidad proveniente de incapacidad, error ó intimidación de alguno de los contrayentes, ó en la ilicitud del objeto del contrato.

Pero antes conviene advertir que nuestro Código se ha separado en este punto de preceptos del derecho Romano y de las leyes de las Partidas, según los cuales duraba treinta años la acción de nulidad, que era por regla general

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVI, 488; Taulier, tomo IV, pág. 312; Marcadé, art. 1,167, número 6; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 82 bis XIV; Duranton, tomo X, núm. 593; Larontière, art. 1,167 núm. 62.

<sup>2</sup> Exposición de motivos.

el tiempo de vida de las acciones personales, señalándole una más corta; porque el interés público exige que los derechos resultantes de los contratos no permanezcan por mucho tiempo inciertos, y porque el silencio de los contratantes durante el plazo señalado por la ley hace presumir, con entera justicia, la ratificación de éstos.

Ese plazo que la ley señala para el ejercicio de la acción de nulidad es el de una verdadera prescripción, produce los efectos de ella, y le son aplicables los principios que la rigen.

Aunque careciéramos de autoridad para fundar esta teoría, nos encontraríamos en la posibilidad de demostrar su justicia invocando los preceptos de la ley.

En efecto: en los artículos 1,780 y 1781, declara el Código civil que la acción para pedir la nulidad fundada en error, *prescribe* por el lapso de cinco años, y la que tiene por objeto la nulidad de un contrato hecho por intimidación *prescribe* á los seis meses contados desde el día en que cesó la causa; y por último el artículo 517 declara también que la acción de nulidad de los menores é incapacitados *prescribe* en los mismos términos en que prescriben las acciones personales ó reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.<sup>1</sup>

Hemos insistido sobre este punto, porque si se estimara el tiempo señalado por la ley para el ejercicio de la acción de nulidad como un plazo prefijo, siguiendo la opinión de algunos autores, se obtendrían efectos jurídicos distintos: por ejemplo, no podría interrumpirse ó suspenderse el curso del tiempo señalado para el ejercicio de la acción, cuyos efectos se obtienen si se considera dicho plazo como el término legal para la prescripción.

Pero si es cierto que la acción de nulidad es prescriptible, y por lo mismo, temporal, y no puede ejercitarse después que ha espirado el tiempo señalado por la ley, también

<sup>1</sup> Artículo 1,666, 1,667 y 425, Código civil de 1,884.

lo es que ésta no priva al contratante perjudicado de todo medio de defensa, pues le faculta para que oponga á la demanda del otro contrayente que exige el cumplimiento del contrato la excepción de nulidad, que es perpetua, según lo declara de una manera expresa el artículo 1,787 del Código civil.<sup>1</sup>

Así, pues, resulta que la ley otorga al contratante perjudicado dos medios jurídicos para obtener la nulidad del contrato y eximirse de su cumplimiento:

1.º El ejercicio de la acción de nulidad dentro del plazo que para cada caso especial señala la ley:

2.º La alegación de la excepción de nulidad, cuando exige el otro contrayente el cumplimiento del contrato.

En consecuencia, la ley otorga al contrayente perjudicado dos medios para exonerarse del cumplimiento de obligación, tomando la iniciativa por medio de la acción, ó alegando la excepción como un medio de defensa.

El fundamento de la teoría adoptada por el Código se encuentra en los preceptos del derecho Romano, que sancionan este principio:

“*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*”

En efecto: la ley 5, pár. 6, tit. 4, lib. 44 del Digesto declara, que la acción de dolo, es temporal, á diferencia de la excepción del mismo nombre que es perpetua; porque depende del arbitrio del acreedor demandar el cumplimiento del contrato en que ha habido dolo, pero no lo está en el del deudor hacerse demandar para oponer la excepción.

La acción de dolo duraba solamente un año, y se concedía como un recurso extremo y á falta de otro medio de defensa. Por lo mismo, no era necesario concederla al contrayente víctima del dolo cuando no había ejecutado el contrato, porque contaba con otro medio de eximirse del cumpli-

<sup>1</sup> Artículo 1,673, Código civil de 1,884.

miento de aquél, la excepción que podía oponer al acreedor que se lo exigía.

Pudiera decirse que hay contradicción entre esta explicación y la que dimos como fundamento de la ley para señalar un término á la acción de nulidad, diciendo que el silencio del interesado durante el plazo legal hace suponer necesariamente que ratifica el contrato nulo, y la facultad que a ley le otorga de oponer la excepción de nulidad después de ese tiempo, demuestra lo contrario.

Pero esta contradicción no existe; y para convencerse de ello basta tener presente que el ejercicio de la acción y la facultad de alegar la excepción se refieren á dos casos absolutamente distintos.

1.º Cuando el contrato nulo se consumó mediante el cumplimiento de la obligación que se impusieron uno ó los dos contrayentes:

2.º Cuando no se ha consumado el contrato mediante el cumplimiento ó ejecución de las obligaciones que se impusieron los contrayentes.

En el primer caso no puede obtener el contratante perjudicado la nulidad del contrato, y los efectos que son consiguientes á ésta, como el recobro de la cosa que hubiere prestado y sus frutos, sino mediante el ejercicio de la acción de nulidad dentro del plazo que la ley señala; y si deja pasar éste sin promover su demanda, prescribe su derecho, de manera que no puede ya atacar la validez del contrato por ningún medio, y se presume por su inacción que lo ratifica, purgándolo del vicio de que adolecía.

En el segundo caso, cuando no se ha ejecutado la obligación proveniente del contrato nulo, no necesita el contratante perjudicado ejercitar la acción de nulidad, porque aun está en posesión de la cosa sobre la cual aquél versó, no ha sufrido ningún menoscabo su patrimonio y no exigiendo el otro contrayente el cumplimiento del contrato no tiene motivo por el cual promover un juicio pero si se le

exige la ejecución de sus obligaciones, puede defenderse alegando, en cualquier tiempo que sea, la excepción de nulidad.

En otros términos; mientras no se ejecuta el contrato, conserva el contratante obligado la posesión y goce de la cosa objeto de aquél, y por lo mismo no puede correr el tiempo de la prescripción contra él, y conserva la facultad de alegar la excepción.

De aquí proviene el principio que dice: "*Possidenti non competit actio sed exceptio.*"<sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere, que la excepción de nulidad es perpetua porque no nace ni puede nacer sino desde el día en que se pone en ejercicio la acción, el cual no depende del arbitrio del contrayente que se halla en posesión de la cosa objeto del contrato aun no ejecutado.

Establecidos estos precedentes, veamos cuales son los plazos, que para la prescripción de la acción, establece la ley, según los diversos motivos de nulidad que pueden viciar los contratos, teniendo presente que tales plazos son enteramente arbitrarios, y que el legislador pudo alargarlos ó acortarlos, según los hubiera podido estimar provechosos ó perjudiciales para el interés público.

Los plazos que la ley señala se refieren a las nulidades provenientes:

1.º De la incapacidad de los contrayentes:

2.º De los vicios del consentimiento.

La acción de nulidad que resulta de la incapacidad de los contratantes, puede intentarse en los términos establecidos en los artículos 516 á 519 del Código civil, cuyo estudio hicimos en la lección décima, tomo I de esta obra (Artículo 1,778, Cód. civ).<sup>2</sup>

La nulidad de las obligaciones contraídas por una mujer casada, sin la competente autorización, puede pedirse

1 Azon, pág. 187.

2 Páginas 322 y siguientes, Véase el artículo II, lección 1.ª de este tratado.

dentro de cuatro años contados desde la disolución del matrimonio (Art. 1,779, Cód. civ).<sup>1</sup>

En otros términos: esta regla es la sanción del principio que establece que la prescripción de la acción de nulidad por incapacidad de los contrayentes comienza desde el día en que ésta cesa, el cual nos explica suficientemente por qué motivo los contratos celebrados por la mujer sin la autorización del marido pueden ser atacados por ella dentro de los cuatro años contados desde la disolución del matrimonio; porque en el momento en que ésta se verifica cesa la incapacidad de la mujer, y puede, sin la intervención del marido, confirmar el contrato.

Todos los autores se hallan de acuerdo sobre este punto, pero se han dividido acerca de si se debe contar de la misma manera el plazo de la prescripción de la acción de nulidad respecto del marido, sosteniendo unos la afirmativa, fundados en que la regla expresada no hace distinción alguna entre el marido y la mujer y en que el silencio de aquél durante el matrimonio no acredita necesariamente la ratificación tácita del contrato celebrado por ésta, y aun puede haber motivado su silencio el justo temor de perturbar la tranquilidad de su hogar, poniendo á la mujer en una situación penosa.<sup>2</sup>

Otros, por el contrario, sostienen que el plazo indicado corre para el marido desde el día de la celebración del contrato, ó por lo menos desde que tuvo conocimiento de él, porque desde entonces, y antes de la disolución del matri-

<sup>1</sup> Artículo 1,665, Código civil de 1,884.

Este precepto fué reformado en los términos siguientes:

«La nulidad de las obligaciones contraídas por una mujer casada, sin la competente autorización, puede pedirse durante el matrimonio, y dentro de cuatro años contados desde su disolución.»

Esta reforma se hizo á pretexto de corregir una omisión en la redacción del precepto; pero las explicaciones que hacemos en el texto á que se refiere esta nota, demuestran que no hubo tal omisión, ni fué necesaria la reforma.

<sup>2</sup> Baudry Lacantinerie, tomo II, núm. 1,117; Demolombe tomo XXIX, núm 150; Toullier, tomo VII, núm. 613; Valet, sobre Proudhon, tomo I, pág. 487, nota 6; Zachariæ, tomo I, pág. 224; Colmet de Santerre, tomo V, núm. 265, bis II; Duvergier, nota 6

monio, puede ratificar el contrato, ó pretender su nulidad; y por lo mismo, su silencio durante el tiempo que la ley señala debe estimarse como una ratificación tácita, tan válida como puede serlo la expresa. Además la regla general es que la prescripción corre desde la celebración del contrato, y sólo admite excepción tratándose de los incapaces, entre los cuales no puede enumerarse el marido.<sup>1</sup>

Laurent sostiene con razón, refiriéndose al Código Francés que sanciona el mismo principio que el nuestro, aunque señalando un plazo mayor, que todos los principios fundamentales de la ciencia rechazan la primera teoría, y que si la ley no habla del marido, no es para colocarlo en la misma línea que á la mujer; sino porque es capaz, y por consiguiente, se haya sujeto al derecho común, mientras que aquella hace una excepción en favor de la mujer á causa de su incapacidad.

Estas razones nos parecen más justas y de más peso, é inclinan nuestra opinión en favor de la segunda teoría, por más que la primera tenga en su apoyo la autoridad de casi todos los autores modernos.

La acción de nulidad fundada en error, prescribe por el plazo de cinco años, á no ser que el que incurrió en el error lo conozca antes de que espire ese término, pues en tal caso prescribe la acción á los sesenta días contados desde aquel en que el error fué conocido (Art. 1,780, Cód. civ).<sup>2</sup>

La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por intimidación, prescribe á los seis meses contados desde el día en que cesó la causa (Art. 1,781 Cód. civ).<sup>3</sup>

Como indicamos ya, los plazos que señala la ley para la prescripción de la acción de nulidad son enteramente arbitrarios, y por lo mismo no podemos dar una razón plausible

<sup>1</sup> Mourlon, tomo II, núm. 1,491; Delsol, tomo II, pág. 556; Solon, Des nullités tomo II, núm. 489; Marcadé, art. 1,304, núm. 2; Laurent, tomo XIX, núm. 42; Aubry y Rau, tomo V, pág. 168, nota 124.

<sup>2</sup> Artículo 1,666, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,667, Código civil de 1884.

de los que acabamos de expresar. Sólo nos permitimos advertir que no encontramos motivo alguno por el cual se distinga entre los contratos celebrados por incapaces y los celebrados por error ó intimidación, señalando plazos distintos para la pérdida de la acción de nulidad cuando ésta proviene de la incapacidad de uno de los contratantes, ó de la falta de licencia del marido, del error y de la intimidación.

Esta variedad inmotivada nos demuestra que no hay unidad de sistema en esta materia en nuestro Código, y que en algunas veces adolece hasta del vicio de inconsecuencia, á nuestro juicio, muy reprochable.

Por ejemplo, declara refiriéndose al error, que se prescribe la acción á los sesenta días contados desde que aquél fué conocido; y refiriéndose á la intimidación dice, que se prescribe á los seis meses contados desde el día en que cesó la causa, sin un motivo suficiente que autorice tal diferencia en los plazos; y por último, el artículo 290 declara que la nulidad del contrato de matrimonio por violencia ó intimidación sólo puede deducirse dentro de sesenta días desde la celebración del matrimonio, ó lo que es lo mismo, desde que cesaron aquellas causas.

Inútilmente se buscará la razón por la cual declara la ley que la acción de nulidad en el contrato de matrimonio, proveniente de violencia ó intimidación, se prescribe en sesenta días, y la que debè su origen á la misma causa en los demás contratos se prescribe en seis meses, pues no existe, y sólo se obtiene la evidente demostración del defecto que reprochamos al Código, inconsecuencia y falta de unidad de principios.

Si la nulidad procede de la ilegitimidad del objeto del contrato, se deben observar las reglas siguientes, establecidas por los artículos 1,782 á 1,786 del Código <sup>1</sup>

1.<sup>o</sup> Si el objeto del contrato constituye un delito ó falta

<sup>1</sup> Artículos 1,668 á 1,672, Código civil de 1,884.

común á ambos contratantes, ninguno de ellos tiene acción para reclamar ni el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado; y ambos quedan sujetos á la responsabilidad en que hayan incurrido, conforme á las prescripciones del Código Penal.

2.<sup>o</sup> Si sólo uno de los contratantes fuere culpable puede reclamar el inocente lo que hubiere prestado, sin tener obligación á su vez de cumplir lo que hubiere prometido:

3.<sup>o</sup> Si el objeto del contrato fuere algún hecho que, aunque moralmente reprobado, no sea punible conforme á la ley, y del cual fueren responsables ambos contratantes, ninguno de ellos puede reclamar el cumplimiento de lo prometido, sin la restitución de lo que hubiere dado:

4.<sup>o</sup> Si sólo uno de los contratantes fuere responsable del hecho reprobado, puede el otro reclamar lo que dió, sin que esté obligado por su parte á cumplir lo que hubiere prometido.

Estas reglas, tomadas de los preceptos del derecho Romano y de las leyes del título 14, Partida 5.<sup>a</sup>, son tan claras y justas que no necesitan explicación; y tienen por objeto el castigo del culpable y la defensa de la moral y del orden público.

La acción y la excepción de nulidad tienen por objeto que se declare la ineficacia de una obligación, la cual produce el efecto jurídico de eximir de su cumplimiento á las personas que las contrajeron.

De este principio se infiere, que la acción y la excepción referidas competen solamente á los contratantes, á las personas que tienen interés en que no se cumpla la obligación para evitarse un daño; ó lo que es lo mismo, competen sólo á las partes principales y sus fiadores, menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa (Artículo 1,788, Cod. civ). <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,674, Código civil de 1,884.

La razón es obvia, la facultad de eximirse del cumplimiento de una obligación y de poder exigirlo de la persona con quien se contrató, es un privilegio de mucha importancia, para que pueda hacerse extensivo á otras personas y otros casos distintos de los señalados por la ley.

Por esta razón, no es absoluta, respecto del fiador, la regla que acabamos de establecer, pues sólo es aplicable cuando la obligación está afectada de un vicio radical, que ataca su sustancia; por ejemplo, si es el resultado del dolo, del error, de la intimidación, etc.; pero no cuando la causa de la nulidad es puramente personal del deudor, esto es, cuando se puede pretender en virtud de un derecho inherente á la persona por cuya consideración lo ha creado la ley.

Tal es el motivo por el cual declara el artículo 516 del Código civil que la nulidad de los actos y contratos celebrados por los menores y por los demás sujetos á interdicción, sin la intervención del tutor, sólo puede ser alegada por aquellos ó por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrataron, ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo del otorgamiento de la obligación.<sup>1</sup>

El Código ha incurrido en una contradicción inexplicable, faltando á los principios fundamentales del precepto referido, al sancionar el artículo 1,789, que declara, que la nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contratantes, no puede alegarse por el otro, si no prueba que al tiempo de contratar, ignoraba la incapacidad.<sup>2</sup>

En efecto: hay contradicción entre uno y otro precepto, porque el primero declara en términos absolutos que la acción ó la excepción de nulidad proveniente de incapacidad sólo puede alegarse por los incapaces; pero no por las personas con quienes contrataron; y el segundo declara que pueden alegarlas éstas, siempre que prueben que al tiempo de contratar ignoraban la incapacidad.

<sup>1</sup> Artículo 424, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,675, Código civil de 1884.

Prescindiendo de esta inconciliable contradicción y de la dificultad de la prueba de parte del contratante que alega la ignorancia de la incapacidad, por tratarse de un hecho negativo, resulta que el artículo 1,789 sanciona una teoría esencialmente contraria á los principios fundamentales del derecho sobre el ejercicio de la acción de nulidad proveniente de la causa indicada.

Según los principios del derecho Romano, sancionados por las leyes de las Partidas y por el artículo 519 del Código civil, la acción de nulidad compete sólo á los incapaces, porque la ley ha tenido por objeto conservar los intereses de ellos; ó lo que es lo mismo, su incapacidad se ha establecido únicamente para su beneficio y no para el de las personas con quienes contratan; y por lo mismo sólo ellos pueden alegar la nulidad de las obligaciones que contrajeron.<sup>1</sup>

Así, pues, según esos principios, la persona que contrató con un incapaz queda estrictamente obligado á él, sin que á su vez pueda exigirle el cumplimiento de la obligación que contrajo; porque no ha debido ignorar la condición de aquél y ha debido prever necesariamente los peligros de inestabilidad del contrato que celebró: y si por su ignorancia sufre algún perjuicio debe imputárselo á sí mismo, por no haber investigado la condición de la persona con quien contrató.

Estos principios están condensados en la regla que dice: "*Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus.*"<sup>2</sup>

Otro tanto debe decirse respecto de la nulidad de las obligaciones contraídas por la mujer sin el consentimiento del marido; pues habiéndose establecido en beneficio de ella y para conservar íntegra la autoridad de éste, es evidente, que sólo ellos, en cuyo interés se sancionó por la ley, pueden

<sup>1</sup> Instituta, lib. 1, tít. 21, pár. 1; ley 13, pár. 29, tít. 1, lib. 19, D; ley 17, tít. 16, Partida 6.<sup>a</sup>

<sup>2</sup> Ley 19, tít. 17, lib. 50, D.



oponerla como acción ó como excepción y que las personas que contrataron con la mujer no pueden hacerla valer, porque carecen del interés que da origen á la acción, y porque se trata de un privilegio creado en favor de determinados individuos que no puede hacerse extensivo arbitrariamente á otros.

Resulta, en consecuencia, que es notoriamente contradictorio el artículo 1,789 del Código, que faculta al contratante para alegar la nulidad que proviene de incapacidad, á condición de que pruebe que ignoraba ésta al tiempo de contratar, con los artículos 214 y 215, que declaran, que la nulidad de los actos y contratos celebrados por la mujer sin la licencia marital, sólo puede oponerse por ella por el marido, ó por los herederos de ambos; y que ninguna otra persona, ni aun los fiadores y conjuntos la pueden alegar.<sup>1</sup>

Tan inexplicables como evidentes contradicciones son imposibles de conciliación alguna, y deben ser necesariamente el germen de frecuentes y serias discusiones en la práctica.

Tampoco puede alegarse la excepción que proviene de error ó de intimidación, por el que haya contribuido al uno ó á la otra; porque la ley protege á las víctimas de la violencia, del dolo y del error, y no á los que obraron con plena deliberación y conocimiento. Y si no fuera así, se protegería la inmoralidad alentando á los culpables con la impunidad y la esperanza de obtener en todo caso el reembolso de lo que hubieren dado con un fin reprobado, valiéndose de medios que adolecen del mismo vicio (Art. 1,790, Código civil).<sup>2</sup>

Reasumiendo lo expuesto, podemos establecer, que pueden alegar la nulidad, ya como acción, ya como excepción, todas aquellas personas que sufren perjuicio con motivo del

<sup>1</sup> Artículos 1,675, 203 y 204, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,676, Código civil de 1,884.

contrato, ó lo que es lo mismo, que tienen algún interés, que como sabemos, es la medida de toda acción.

Esta conclusión está tomada de la regla seguida por los jurisconsultos antiguos, que dice: "*De nullitate dicere et excipere potest omnis qui ex ea senserit se gravatum quia est remedium juris et solum querendum est qui ab eo prohibeatur;*"<sup>1</sup> y que Solón llama admirable por su justicia y la extensión de sus consecuencias.<sup>2</sup>

Para determinar á qué personas compete la acción de nulidad, se valen también los jurisconsultos modernos de la distinción que hemos hecho entre la nulidad absoluta y la relativa, estableciendo que la primera puede oponerse por todas aquellas personas que tienen un interés legítimo en atacar el contrato que se halla afectado de ella; y la relativa sólo por aquellas personas en cuyo favor se ha establecido, como la proveniente de incapacidad por menor edad ó por interdicción.

La nulidad proveniente de incapacidad, intimidación ó error, puede cubrirse por la ratificación.

Esta es la confirmación, ó el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de que se halla afectada una obligación, contra la cual ha podido oponer la acción de nulidad.

La ratificación difiere:

1. ° De la renuncia de un derecho:
2. ° Del reconocimiento de una obligación:
3. ° De la novación:
4. ° De la ratificación de la obligación contraída por una persona en nombre de otra sin el mandato ó autorización de ella.

Difiere de la renuncia, porque aun cuando toda ratificación contiene virtualmente una renuncia, ésta no constituye siempre una confirmación, que está sujeta á condiciones es-

<sup>1</sup> Vantius, de nullitatibus, cap. III, núm. 1.

<sup>2</sup> Théorie sur la nullité des conventions, tomo I, núm. 426.

peciales que no se exigen en la simple renuncia de un derecho.

Se diferencia del reconocimiento de la obligación, porque éste no tiene por objeto reparar los vicios de que se halla afectada, mientras que el objeto exclusivo de la ratificación es hacer que desaparezcan esos vicios.

Difiere también de la novación, porque el efecto de ésta es crear una obligación nueva que sustituya la antigua, mientras que la ratificación tiene sólo por objeto reparar los vicios de que se halla afectada la obligación.

Finalmente: difiere la ratificación de las obligaciones nulas de la que recae sobre las celebradas ó sobre los actos ejecutados á nombre de un individuo sin su mandato ó autorización, en que ésta tiene por objeto aprobar tales actos, en tanto que por la primera renuncia uno de los contratantes el derecho de hacer valer los vicios que invalidan el contrato.

Como la ratificación tiene por objeto destruir los vicios que invalidan una obligación, se infiere que sólo puede recaer sobre aquellas que tienen una existencia verdadera conforme á derecho, aunque sean anulables por los vicios de que se hallan afectadas.

En consecuencia: no pueden ser objeto de la ratificación las obligaciones que no existen según las leyes, y que hemos designado bajo el nombre de nulas; pues no existiendo legalmente, no pueden ser ratificadas, como no puede ratificarse la nada. Tales son, por ejemplo, las obligaciones que recaen sobre una causa ilícita ó contraria á las buenas costumbres, y las que no revisten las solemnidades de forma que la ley señala para su validez, como en la venta de bienes inmuebles cuyo valor excede de quinientos pesos, que debe constar necesariamente en escritura pública, y en las donaciones de bienes raíces que sólo son válidas mediante el mismo requisito.

Así, pues, pueden ser ratificados los contratos afectados

de nulidad proveniente de error, intimidación ó incapacidad, siempre que haya cesado el vicio ó motivo que la produjo, y que no concorra otra causa que invalide la ratificación (Art. 1,791, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Para que ésta pueda tener lugar es indispensable que concurren los requisitos siguientes, según se deduce de los términos de la regla que acabamos de establecer y del objeto mismo de la ratificación, que es hacer que desaparezca el vicio de la obligación.

1. ° Conocimiento del vicio de que se halla afectada ésta:
2. ° Intención de repararlo.

El primer requisito es indispensable, porque teniendo la ratificación por objeto purgar la obligación del vicio de nulidad, renunciando el derecho de hacerlo valer en juicio, malamente se llenaría ese objeto si el que ratifica ignora la existencia de ese vicio.

El segundo requisito es igualmente esencial y una consecuencia del primero, pues si la ratificación es una renuncia y ésta supone el conocimiento y la voluntad, es claro que no puede existir sin la intención de reparar el vicio de que adolece la obligación.

La ratificación puede ser expresa ó tácita.

Es expresa cuando se hace por palabras expresas, claras y terminantes que no dejan duda alguna acerca de la intención del que la hace.

Es tácita la que resulta de la ejecución voluntaria, total ó parcial de la obligación que adolece del vicio de nulidad, como se deduce del artículo 1,792 del Código civil, que declara, que el cumplimiento voluntario por medio del pago, novación ó cualquiera otro modo, ejecutado con las mismas circunstancias, esto es, voluntariamente, se tiene por ratificación.<sup>2</sup>

Pero esta especie de ratificación no tiene valor alguno si

<sup>1</sup> Artículo 1,677, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículos 1,678, Código civil de 1,884.

no concurren en ella los dos requisitos indicados, esto es, conocimiento del vicio de que adolece la obligación é intención de repararlo.

De manera que, ya se trate de la ratificación expresa, ya de la tácita, es esencial la concurrencia de los requisitos indicados, sin los cuales no puede haber ratificación ni obtenerse el efecto jurídico que la ley le atribuye, la validación de una obligación nula.

Hay también que tener presente, que ninguna de las dos especies de la ratificación exige el concurso de la persona en cuyo favor se hace.

Por regla general podemos establecer, que la ratificación puede hacerse inmediatamente después de celebrado el contrato.

Sin embargo, cuando el vicio de que adolece la obligación proviene de una causa que se prolonga por un tiempo más ó menos largo, no puede tener lugar la ratificación sino cuando ha cesado el vicio ó motivo de nulidad, como expresamente lo determina el artículo 1,791 del Código; pues de otra manera se afectaría del mismo vicio que la obligación.<sup>1</sup>

En otros términos: la ratificación se puede hacer desde el momento en que su autor, teniendo conocimiento del vicio de la obligación, sabe que tiene derecho de ejercitar su acción y la renuncia.

Esta regla se halla en perfecta armonía con los principios que hemos establecido, pues el artículo 1,420 declara, que, si habiendo cesado la intimidación ó siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia ó padeció el engaño, ratifica el contrato, no puede en lo venidero reclamar por semejantes vicios; porque mientras dura la violencia y el engaño no puede hacerse la ratificación que adolecería de los mismos vicios que la obligación.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,677 Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,803 Código civil de 1,884.

Ni podría ser de otra manera, porque ni aun se puede concebir como podrían destruirse los vicios de nulidad que invalidan la obligación mediante un nuevo consentimiento del contratante, si le son enteramente desconocidos. La razón repugna semejante absurdo.

De lo expuesto se infiere la siguiente consecuencia, que tiene la debida sanción en el precepto ya citado; luego para que la ratificación sea eficaz y produzca el efecto jurídico de purgar la obligación del vicio de nulidad, es indispensable que esté también exenta de toda causa ó motivo que la invalide (Art. 1,791, Cód. civ).<sup>1</sup>

La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma ó solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley dispone expresamente lo contrario (Art. 1,793, Cód. civ).<sup>2</sup>

En el primer caso tiene lugar la ratificación solamente, siempre que la ley no disponga lo contrario, como cuando se trata de la venta de inmuebles cuyo valor excede de quinientos pesos sin haberse otorgado la escritura respectiva; pues en tal caso la ratificación no destruye el vicio de nulidad de que está afectado el contrato, sino que es indispensable el otorgamiento de la escritura, y con él realmente se celebra de nuevo el contrato y no se ratifica.

En el segundo caso, el cumplimiento de la obligación hace que pase á la categoría de los hechos consumados, lo que importa la renuncia tácita del deudor de la acción que la ley le concede para obtener la nulidad del contrato; y por ningún motivo puede venir contra sus propios actos, porque la ley no debe autorizar semejante conducta, contraria al interés público, y sospechosa de malicia.

Tal sería por ejemplo el caso en que un individuo encomendara á otro un negocio de un interés mayor de mil pesos, sin otorgarle el respectivo poder por escritura pú-

<sup>1</sup> Artículo 1,677, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,679 Código civil de 1884.

blica, como lo ordena el artículo 2,484 del Código civil. Si el mandatario acepta el mandato y cumple la obligación que se le impuso, no puede alegar la nulidad del contrato para eximirse de las consecuencias de sus actos con relación al mandante.

Pero esto se entiende, siempre que la ley no disponga expresamente lo contrario, pues en tal caso, el cumplimiento voluntario de la obligación, que es nada menos que la ratificación tácita de ella, no produce efecto jurídico alguno.

Establecidos estos principios, veámos ahora cuales son los efectos de la ratificación.

Estos consisten en privar al deudor del derecho de alegar la nulidad del contrato, y darle á éste tal validez como si nunca hubiera adolecido de vicio alguno.

Fundados en la ley 1.<sup>a</sup> tít. 4.<sup>o</sup> lib. 5.<sup>o</sup> del Código, sostienen generalmente los autores, según creemos, con entera justicia, que la ratificación expresa ó tácita de una obligación anulable por diversas causas, expresando una sola de ellas, no la purga de los demás vicios de que se haya afectada. Por ejemplo; si una obligación adolece del vicio de nulidad por el dolo de uno los contrayentes y la incapacidad del otro, y éste, cesando ésta segunda causa ratifica el contrato, lo hará inatacable por dicha causa, pero será anulable por la primera, descubierta que sea.<sup>1</sup>

Así, pues, para que en el caso supuesto quede la obligación purgada de los vicios que la afectan, es necesario que el deudor exprese todos y cada uno de ellos al hacer la ratificación.

Esta produce por su naturaleza un efecto retroactivo, esto es, que se retrotrae al día de la celebración del contrato;

<sup>1</sup> Laurent, tomo XVIII, núm. 655; Toullier, tomo VIII, núm. 498, Zachariae, pár. 339 y nota 26; De Fremenville, De la univocité, tomo II, núm. 918; Durantón, tomo XIII, núm. 273; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 269; y otras.

porque importa la renuncia de la acción ó de la excepción que se podían alegar contra él, y por lo mismo, se hace inatacable respecto del que lo ratifica, y su validez queda inalterable desde la fecha en que se celebró.

El efecto de la declaración de la nulidad de la obligación consiste en tener á ésta como si nunca hubiera existido; pues si se ha anulado porque estaba afectada de un vicio que la hace ineficaz, es claro que remontándose ese vicio al momento de la celebración del contrato, se debe remontar su efecto, que es la nulidad, á ese mismo momento.

En consecuencia: si el contrato no ha existido nunca legalmente, se deben restituir á los contratantes al mismo estado en que se hallaban antes de celebrar el contrato nulo, recobrando cada uno lo que por su parte hubiere entregado, más los frutos que hubiere producido.

Por tal motivo ordena el artículo 1,794 del Código, que declarada la nulidad del contrato, cada uno de los contratantes recobre la cosa que hubiere prestado con sus frutos, ó el valor de éstos, y el que aquella tenía cuando se perdió, con los intereses, si no fuere posible la restitución en especie.<sup>1</sup>

Pudiera acontecer que se perdiera la cosa que fué objeto de la obligación, antes de comenzar á correr el termino de la prescripción; pero previendo el Código tal contingencia, establece las reglas siguientes en el artículo 1,795 para decidir si es ó no admisible la acción de nulidad.<sup>2</sup>

1.<sup>o</sup> Si la nulidad procede de incapacidad, puede deducirse siempre la acción, porque el que contrata no debe ignorar la condición de la persona con quien contrae, y debe imputarse á sí mismo las consecuencias de su negligencia ó su omisión sobre este punto tan importante.

Es de advertir que la ley emplea en esta regla la palabra *siempre* de una manera impropia, pues no quiere decir con

<sup>1</sup> Artículo 1,680. Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1681, Código civil de 1884.

ella que, en el caso de pérdida de la cosa, puede ejercitarse en todo tiempo la acción de nulidad, sino que no obstante haberse verificado aquella, procede ésta, pero dentro del término que para su ejercicio señala la ley.

De otra manera resultaría una manifiesta contradicción entre el precepto á que nos referimos y los artículos 517 y 1,779, que señalan el plazo dentro del cual puede intentarse la acción de nulidad proveniente de incapacidad, lo cual no es admisible.<sup>1</sup>

Comentando García Goyena el artículo 1,188 del Proyecto de Código Español, que establece la misma regla, dice: "El favor concedido al incapaz se funda por punto general en la presunción de que no sabe cuidar de sus cosas; y el favor se haría ilusorio haciéndole responsable de la pérdida de la cosa por culpa suya."

2.<sup>o</sup> Procede también la acción, si la nulidad se funda en error, dolo, violencia ó intimidación, á no ser que la cosa se haya perdido por culpa del reclamante; porque siempre hay un hecho punible en el que obra con dolo ó ejerce la violencia, y el error casi siempre es el efecto del dolo.

Si la cosa se perdió por culpa del reclamante, es justo que éste sufra las consecuencias y que reporte la pérdida, porque entonces se pone en la imposibilidad de restituir la cosa, circunstancia indispensable, como veremos después, para que puedan producir efecto la acción y la declaración de nulidad; y sería inútil que el otro contrayente estuviera obligado á devolver lo que recibió sin que el reclamante le restituyera lo que le entregó, pues se cometería un verdadero atentado, enriqueciendo á uno con perjuicio del otro.

3.<sup>o</sup> Cesa, ó más bien dicho, no procede la acción en los demás casos de nulidad, si la cosa se hubiere perdido en poder del reclamante, ó si se hubiere perdido en poder de aquel contra quien se reclama, sin culpa suya ó sin estar constituido en mora.

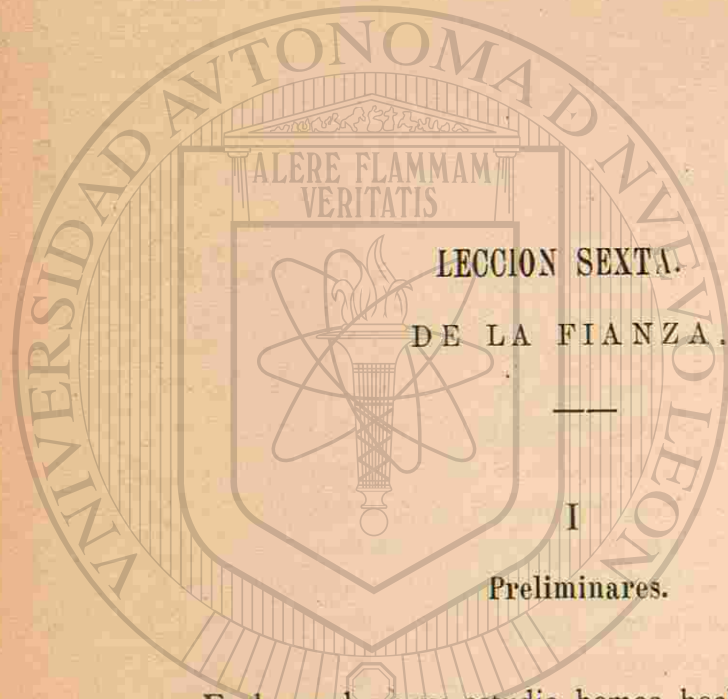
<sup>1</sup> Artículos 1665 y 425 Código civil de 1,884.

La razón es clara, pues en el primer caso se pone el reclamante en la imposibilidad de devolver la cosa que recibió, y en el segundo, no hay acto alguno imputable al deudor, pues la pérdida es el efecto de un acontecimiento que debió verificarse de la misma manera, estando la cosa en poder del reclamante.

Las palabras claras y terminantes de la regla á que nos referimos indican con toda precisión, que sólo es aplicable en los casos en que la nulidad no procede de error, violencia, intimidación ó incapacidad; lo cual quiere decir que sólo se puede aplicar á las nulidades provenientes de la falta de las formalidades especiales que las leyes señalan para la validez de determinados contratos, de la legitimidad del objeto de éstos ó de la infracción de las leyes prohibitivas, supuesto que, fuera de estas causas de nulidad, no existen otras.

Pero mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello á que, en virtud de la declaración de nulidad del contrato, esté obligado, no puede ser compelido el otro á que cumpla por su parte; porque siendo una obligación recíproca la de ambos, el que no cumple la suya, malamente puede exigir que el otro contratante satisfaga la que le corresponde (Art. 1,796, Cód. civ).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,682, Código civil de 1484.



I  
Preliminares.

En las reglas cuyo estudio hemos hecho hasta aquí, se ocupa el Código exclusivamente de fijar los principios generales que rigen á todos los contratos; pero después establece las reglas que deben servir de norma para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Tales garantías son la fianza, la prenda, la anticresis, la hipoteca y los privilegios.

Vamos á emprender el estudio de cada una de esas garantías, con la separación debida y con la extensión que su importancia demanda.

II

De la fianza en general.

Fianza es, según el artículo 1,813 del Código civil, la obligación que una persona contrae de pagar por otra, si ésta no lo hace.

De esta definición se infiere que la fianza es un contrato consensual, unilateral y necesariamente accesorio, y que en él intervienen forzosamente tres personas, el acreedor, el deudor principal y el fiador.

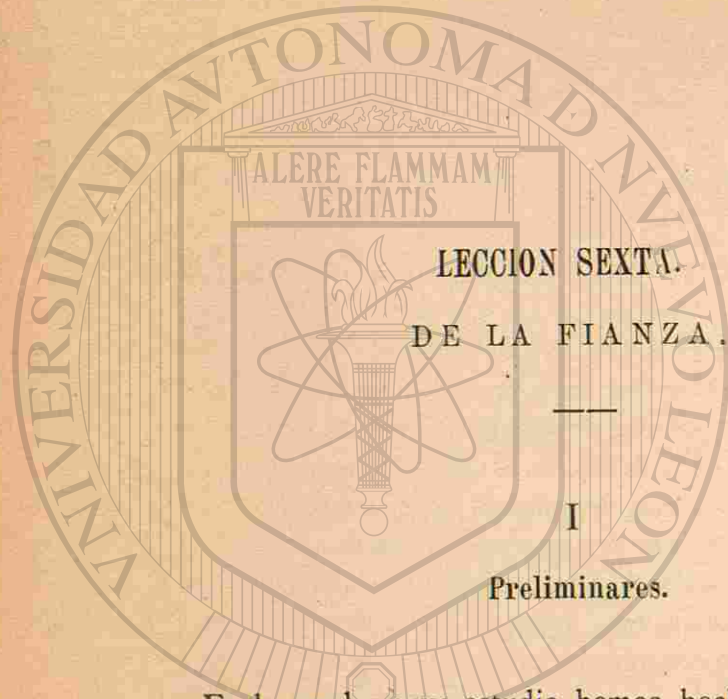
La fianza es un contrato consensual, porque se perfecciona sólo por el consentimiento.

Es unilateral, porque el acreedor estipula tal garantía del fiador sin obligarse á nada, mientras que éste, que la otorga, contrae una obligación.

Es accesorio, porque supone necesariamente la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento garantiza.

Pero esta circunstancia no quiere decir que sea absolutamente necesario que exista ya la obligación principal para que pueda existir la fianza, porque el fiador puede obligarse desde antes para garantizar una obligación futura, que está por contraer el deudor; y esto es lo que acontece comunmente, cuando uno de los contratantes no tiene confianza en el otro y le exige la garantía del fiador para la obligación que va á contraer.

La fianza es un contrato gratuito, no respecto del acreedor y del fiador, sino con relación al deudor que obtiene una ventaja puramente gratuita, que le procura la garantía de aquél, ya por la concesión de algún plazo ó alguna otra facilidad para el cumplimiento de la obligación, ya por la seguridad que ofrece, procurándole el crédito de que carece.



I  
Preliminares.

En las reglas cuyo estudio hemos hecho hasta aquí, se ocupa el Código exclusivamente de fijar los principios generales que rigen á todos los contratos; pero después establece las reglas que deben servir de norma para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Tales garantías son la fianza, la prenda, la anticresis, la hipoteca y los privilegios.

Vamos á emprender el estudio de cada una de esas garantías, con la separación debida y con la extensión que su importancia demanda.

II

De la fianza en general.

Fianza es, según el artículo 1,813 del Código civil, la obligación que una persona contrae de pagar por otra, si ésta no lo hace.

De esta definición se infiere que la fianza es un contrato consensual, unilateral y necesariamente accesorio, y que en él intervienen forzosamente tres personas, el acreedor, el deudor principal y el fiador.

La fianza es un contrato consensual, porque se perfecciona sólo por el consentimiento.

Es unilateral, porque el acreedor estipula tal garantía del fiador sin obligarse á nada, mientras que éste, que la otorga, contrae una obligación.

Es accesorio, porque supone necesariamente la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento garantiza.

Pero esta circunstancia no quiere decir que sea absolutamente necesario que exista ya la obligación principal para que pueda existir la fianza, porque el fiador puede obligarse desde antes para garantizar una obligación futura, que está por contraer el deudor; y esto es lo que acontece comunmente, cuando uno de los contratantes no tiene confianza en el otro y le exige la garantía del fiador para la obligación que va á contraer.

La fianza es un contrato gratuito, no respecto del acreedor y del fiador, sino con relación al deudor que obtiene una ventaja puramente gratuita, que le procura la garantía de aquél, ya por la concesión de algún plazo ó alguna otra facilidad para el cumplimiento de la obligación, ya por la seguridad que ofrece, procurándole el crédito de que carece.

Sin embargo, esta circunstancia no es esencial de la fianza, de manera que forme parte de su naturaleza intrínseca, y que nunca pueda existir á título oneroso, pues, por el contrario, el fiador puede estipular una indemnización por el servicio que presta, perfectamente válida, en virtud del principio según el cual, la voluntad de les contrayentes es la suprema ley de los contratos.

Por tal motivo declara el artículo 1,814 del Código civil, que la fianza puede ser gratuita ó á título oneroso. <sup>1</sup>

Finalmente: se infiere de la definición que la ley da de la fianza, que el acreedor no puede proceder contra el fiador sin que haya procedido antes contra el deudor principal; porque aquél le está obligado sólo de una manera subsidiaria, y en defecto de éste, cuando no puede cumplir la obligación, supuesto que es el que la contrajo directa y principalmente.

La fianza puede ser legal, judicial ó convencional (Artículo 1,814, Cód. civ). <sup>2</sup>

Es legal aquella que se otorga en virtud ó por disposición de la ley.

Tales son las fianzas que están obligados á prestar los tutores y los usufructuarios; la que tiene que otorgar el actor que obtuvo sentencia de remate en juicio ejecutivo, para que se ejecute ésta no obstante la apelación interpuesta contra ella (Arts. 578, 973, fracción 2.<sup>a</sup>, Código civil; 1,077, Código de Procedimientos de 1,872 y 1,07 del de 1,880). <sup>3</sup>

La fianza judicial es aquella que se otorga en virtud de sentencia ó decreto judicial; por ejemplo, la llamada caución *de non offendendo*, que tiene lugar cuando el juez ordena á la persona acusada de amenazas ó amagos, que dé fianza al querellante de no ofenderle, perseguirle ó causarle mal alguno, etc.

1 Artículo 1,701, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,701, Código civil de 1884.

3 Artículos 480 y 875, Código civil de 1884, y 656, Código de Procedimientos.

Por último: es convencional la fianza que debe su origen única y exclusivamente á la voluntad de los contrayentes.

Aunque la fianza supone la existencia necesaria de una obligación principal, esto no quiere decir que sea indispensable para que exista, para su validez, del consentimiento del deudor. Por el contrario, siendo un contrato unilateral; en el que sólo se obliga el fiador, no son necesarios ni la intervención ni el consentimiento del deudor.

Para convencernos de esta verdad, basta tener presente que la fianza puede garantizar las obligaciones de los menores, de los incapacitados y la de la mujer casada que contrata sin el consentimiento del marido, que no pueden obligarse válidamente; lo que hace suponer que el consentimiento del deudor no es necesario para la validez de la fianza, pues si fuera así, la intervención de esas personas la viciaría, como vicia la obligación principal.

Por más que la fianza sea un contrato accesorio, crea una obligación nueva en la que sólo interviene una de las partes que celebró la obligación principal, y por lo mismo, no le causa ningún perjuicio á la otra parte, sino un beneficio.

Tal es la razón por la cual se puede otorgar la fianza en favor de una persona estando presente ó ausente, con su consentimiento ó sin él, y aun contra su voluntad (Artículo 1,815, Cód. civ). <sup>1</sup>

La fianza puede recaer sobre toda obligación válida, y por consiguiente, puede constituirse para garantizar la obligación de otro fiador, esto es, puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el de su fiador; pues aun cuando su obligación es accesoría, sin embargo, tiene una existencia distinta y puede considerarse como principal respecto del nuevo fiador y recibir el apoyo del crédito de éste (Art. 1815, Cód. civ). <sup>2</sup>

1 Artículo 1,702, Código civil de 1884.

2 Troplong, Du cautionnement, n.º 132; Colmet de Santerre, tomo VIII, número 231; etc., etc.



Siendo la fianza un contrato accesorio, se infiere que su causa ú origen existe en la obligación principal, y por tanto que su existencia está subordinada á la eficacia y validez de ésta.

En consecuencia, todo vicio que afecta á la obligación principal refluye sobre la fianza y la vicia, y es, por lo mismo, nula cuando recae sobre una obligación que no es civilmente válida (Art. 1,818, Cód. civ).<sup>1</sup>

La razón es perfectamente perceptible y está al alcance de todos, pues si se admitiera la validez de la fianza no obstante la nulidad del contrato principal, sería inútil la protección que la ley ha querido impartir al deudor concediéndole la acción de nulidad, toda vez que también se le concede al fiador que paga para obtener de él el reembolso; lo que daría por resultado el cumplimiento de la obligación nula.

De aquí proviene la facultad que tiene el fiador de oponer las excepciones que son inherentes á la obligación principal, y la excepción del principio que acabamos de establecer, según la cual, es válida la fianza en el caso de nulidad de la obligación sobre que recae procede de incapacidad personal del deudor, si el fiador ha tenido conocimiento de ella al tiempo de obligarse, y si la obligación principal es válida á lo menos naturalmente. En tal caso, la fianza subsiste aun cuando el deudor principal haga rescindir su obligación (Arts. 1,819 y 1,820, Cód. civ).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,705, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

«Es nula la fianza que recae sobre una obligación nula.»

Esta reforma se hizo, porque no se reconoce en nuestra legislación de una manera expresa la división de las obligaciones en civiles y naturales, y no definiéndose por lo mismo ni unas ni otras, se reformó el artículo refiriéndose tan sólo á «obligaciones válidas,» sin agregar que la validez sea civil ó natural, pues para la ley civil no puede haber obligaciones válidas de diversas especies, sino válidas ó inválidas. Además habría sido necesario definir la validez civil y la natural, cuya distinción es vaga y expuesta á dudas. (Notas comparativas del Lic. Macedo).

<sup>2</sup> El Código de 1884 suprimió los preceptos contenidos en los artículos 1,819 y 1,820 del de 1,870, por las razones expuestas en la nota precedente.

Las observaciones que hacemos en el texto de la lección á que esta nota se refiere demuestran la justicia de la supresión de los preceptos aludidos.

El principio aludido y la excepción que acabamos de establecer se fundan en la equidad y la justicia, pero los preceptos legales que los sancionan están concebidos en términos verdaderamente deplorables, que los hacen dignos de una crítica severa.

Ese defecto proviene en parte de falta de claridad, y en parte de falta de precedentes que justifiquen y hagan comprensibles los términos del precepto que exige para la eficacia y validez de la fianza, que recaega sobre una obligación *civilmente válida*.

En efecto: al hacer el Código civil la enumeración de las diversas especies de obligaciones y la explicación de sus efectos jurídicos, no comprende entre ellas las naturales; de donde se infiere con entera justicia, que no reconoce esta especie de obligaciones, no les atribuye ningún efecto jurídico, y que ha proscrito la distinción que hacían el derecho Romano y la antigua legislación patria entre las obligaciones civiles y las naturales.

Pero no es así, pues si realmente no hace el Código la enumeración de las obligaciones naturales, no por eso desconoce su existencia, y es la razón por la cual establece por regla general que la fianza sólo puede recaer sobre una obligación civilmente válida, y que aun cuando no revista esta cualidad según las leyes, la tenga según los principios del derecho natural. Esto es, que la obligación principal debe ser válida en todo caso, según las leyes positivas ó según las naturales, ó lo que es lo mismo, según los principios de la equidad.

Pero aun cuando encontremos muy censurable la ley sobre este punto, no la juzgamos tanto como en otro que importa una contradicción notoria, que no puede conciliarse ni disculparse de ninguna manera.

En efecto: los artículos 1,819 y 1,820 del Código que sancionan la excepción aludida, se hallan en abierta contradicción con los artículos 516, 214 y 215, que declaran,

que los actos y contratos celebrados por los incapaces sin la intervención de sus tutores y por las mujeres casadas sin la del marido, ó sin licencia judicial, son nulos, y que la acción de nulidad sólo puede ejercerse por los interesados ó por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrataron, ni por los fiadores y conjuntos.<sup>1</sup>

Hay, pues, entre estos preceptos la misma contradicción que existe entre los artículos 1,789, 516, 214 y 215, que hemos hecho notar en el artículo IV de la lección precedente, y adolecen del mismo defecto que el primero de esos preceptos, que permite alegar la nulidad de la obligación á persona distinta de la obligada, si no tuvo conocimiento de la incapacidad de ésta al tiempo de celebrar el contrato; pues impone al fiador la obligación de probar un hecho negativo.<sup>2</sup>

Finalmente: es también censurable la excepción que contienen los artículos 1,819 y 1,820, porque se halla en abierta pugna con el principio que sanciona el artículo 1,840, que declara, que el fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes á la obligación principal; mas no las que sean personales del deudor.<sup>3</sup>

Esta contradicción se hace palpable, por decirlo así, teniendo presente que la nulidad que proviene de la incapacidad de uno de los contratantes no es inherente á la obligación, sino un privilegio personal concedido por la ley en favor de los incapaces. De donde se infiere, que sólo la pueden oponer ellos, y que no debe hacerse extensivo á los fiadores, en cuyo beneficio no pensó la ley, ni aun á pretexto de su ignorancia de la incapacidad del deudor; porque se ampliaría una facultad odiosa, como todo privilegio, á personas cuya conducta es sospechosa de dolo ó de negligencia, pues han debido saber la condición de aquél, con perjuicio de los

1 Artículos 423, 203 y 204, Código Civil de 1,884.

2 Página 392 de este volumen.

3 Artículo 1,724 Civil de 1,884.

intereses sociales, que viven bajo la égida de la validez y el cumplimiento de los contratos.

En apoyo de nuestra crítica invocamos las siguientes palabras, que tomamos de la Exposición de motivos, que indican claramente la existencia del error que reprochamos.

“Siendo la fianza una obligación accesoria y que sólo sirve para garantir á otra, es preciso que ésta sea válida y que aquella no se extienda á más que la que garantiza. Es conveniente, sin embargo, que la fianza subsista cuando la nulidad provenga de incapacidad, tanto para evitar el abuso que de otra suerte pudiera cometerse en fraude de los acreedores, ocultándose la menor edad del deudor, cuanto porque si la obligación principal es válida por otros principios, no debe abrirse la puerta para que el incapaz se aproveche á costa del acreedor. En estos casos, el fiador tiene contra sí la presunción de complicidad en la infracción de la ley.”

De la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza se infiere, que no puede tener por objeto una prestación diferente de aquella sobre que recae la obligación principal, exceder su importe, ni contraerse bajo condiciones más onerosas; porque en todos estos casos carecería de causa la obligación del fiador, supuesto que es, según la define el artículo 1,813 del Código, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace; y que entregar ó hacer una cosa distinta de la prometida, no es llenar el deber que se impuso el deudor principal.

Además, sería absurdo y contrario al buen sentido que lo accesorio tuviera más extensión é importancia que lo principal por cuyo motivo dice la Instituta, *non plus in accetione potest esse quam in principali re.*<sup>1</sup>

Por el contrario, nada impide que la fianza comprenda menos que la obligación principal y que contenga condiciones menos onerosas que ésta, porque como dice Troplong,

1 Libro 3, tít. 20, pár. 5.

la parte está comprendida en el todo, y aun cuando el fiador sólo acepta en parte la obligación, sin embargo, se adhiere á lo que debe el deudor.<sup>1</sup>

Estos principios, sancionados por el derecho Romano y transmitidos hasta nosotros, han sido reproducidos por el artículo 1,822 del Código que declara, que la fianza puede comprender menos, pero no puede extenderse á más que la obligación principal, ya en cuanto á la sustancia de la prestación, ya en cuanto á las condiciones onerosas que contengan.<sup>2</sup>

¿Pero qué efecto jurídico se producirá en el caso de que la fianza se extendiere á más que la obligación principal?

El artículo 1,823 del Código resuelve esta cuestión, declarando que en tal caso queda la obligación del fiador reducida de pleno derecho á los mismos términos que la del deudor.<sup>3</sup>

Al establecer el Código este principio ha aceptado la misma teoría que sanciona la ley 7.<sup>a</sup> tít. 12, Partida 5.<sup>a</sup> en su primera parte, y se ha separado por completo de los principios del derecho Romano, que declaraban la nulidad de la obligación del fiador en el caso propuesto, fundándose en que la fianza era un contrato de extricto derecho que se contraía bajo la forma solemne de la estipulación, para cuya validez era necesario que la contestación del fiador aceptando la obligación fuera congruente con la pregunta del acreedor.<sup>4</sup>

La teoría aceptada por nuestro Código, que es la sancionada por las legislaciones modernas, es más justa y conforme á la razón, porque además de que está proscrita entre nosotros la distinción de contratos de buena fe y de extricto derecho, pues todos son de aquella especie, no puede inferirse del carácter esencialmente accesorio de la

1 Du Cautionnement, núm. 117.

2 Artículo 1,707, Código Civil de 1884.

3 Artículo 1,707, Código civil de 1884.

4 Ley 8, párrafo 7, tít. 1, lib. 46, D.

fianza otra cosa, sino que el fiador que se ha obligado á más que el deudor principal, no puede ser compelido por este exceso; pero no hay ningún obstáculo que impida que su obligación sea tan extensa como la de éste, porque obligándose por una cantidad mayor, es indudable que ha tenido voluntad de obligarse por lo menos por la que el deudor prometió.

El exceso de la obligación del fiador puede ser de cantidad, de tiempo, de lugar y de modo.<sup>1</sup>

Hay exceso de cantidad cuando el fiador se obliga á pagar una suma mayor que el deudor principal; por ejemplo, si se obliga á pagar 3,000 pesos cuando el deudor debe solamente 1,000.

Hay exceso de tiempo cuando el fiador se compromete á satisfacer la obligación en un plazo más corto que el deudor principal; por ejemplo, en ocho días, cuando éste tiene seis meses para hacer el pago.

En este caso, como la obligación del fiador sería más onerosa que la principal, sería nulo el exceso de la fianza, y quedaría reducida al mismo plazo que aquella.

El exceso en el lugar existe, cuando el deudor se obliga á pagar en un lugar determinado y el fiador en otro que le es más gravoso é incómodo, que le obliga á mayor desembolso, y consiguientemente agrava su obligación. Por este motivo ordena el artículo 1,832 del Código civil, que el fiador sea requerido en el lugar en donde debe hacerse el pago, salvo convenio en contrario.<sup>2</sup>

Por último: hay exceso en el modo, cuando el fiador se obliga bajo condiciones más onerosas que el deudor principal. O como dice Rolland de Villargues, se contrae la obli-

1 Leyes 8, pár. 7, tít. 1, lib. 46 D, y 7, tít. 12, Partida 5.<sup>a</sup>

2 Artículo 1,716, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“El fiador será requerido en donde deba hacerse el pago de la obligación principal, salvo convenio en contrario.”

La reforma ha tenido por objeto dar mayor claridad al precepto aludido.

gación bajo condiciones más onerosas, siempre que por efecto de las cláusulas del contrato puede llegar el caso de que la obligación del fiador subsista aún cuando la del deudor se extinga.<sup>1</sup>

Por ejemplo; cuando el deudor se obliga á pagar bajo condición y el fiador pura y simplemente.

El principio establecido por el Código, según el cual se debe reducir la fianza que excede de la obligación principal, es generalmente fácil en su aplicación; pues nada es más sencillo que igualar la obligación del fiador á la del deudor, si el exceso es en la cantidad, en el tiempo y en el lugar; pero no siempre hay la misma facilidad cuando consiste en el modo, muy especialmente si una de las obligaciones es pura y la otra alternativa.

Los autores suponen posible la existencia de los casos siguientes, que resuelven, fundados en los preceptos del derecho Romano, en los términos que á continuación se expresan.<sup>2</sup>

1.º Cuando el deudor debe una sola cosa y el fiador se ha obligado alternativamente á entregar esa misma cosa ú otra.

En este caso queda obligado el fiador á más que el deudor, ó á menos, según el aspecto bajo el cual se considere su obligación. Queda obligado á más porque tiene menos probabilidades de librarse de la obligación por la pérdida de la cosa debida, y á menos, toda vez que tiene facultad de entregar cualquiera de las cosas prometidas, eligiendo la de ménos valor.

Fácil es comprender que en tal caso no puede convertirse en pura y simple la obligación del fiador, porque perdería la facultad de elegir; pero se puede quitar lo que tiene de oneroso sustituyendo la ventaja que resulta de aquel de-

<sup>1</sup> Dictionaire, ver. Cautionement, núm. 41.

<sup>2</sup> Etienne, Instituta, tít. 20, lib. 3, pár. 5; Gómez de la Serna, Instit tít. 20, lib. 3, pár. 5; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 242, bis VIII, y siguientes.

recho, lo cual se obtiene si se convierte la obligación alternativa en una facultativa, porque entonces queda el fiador en todo caso deudor de la cosa objeto de la obligación principal, pero con la facultad de librarse entregando la otra.

2.º En el caso propuesto, pero perteneciendo al acreedor el derecho de elegir, sólo puede corregirse el exceso de la fianza en el modo, suprimiendo la alternativa y haciendo la obligación pura y simple como la del deudor principal.

3.º Cuando el deudor ha prometido dos cosas bajo alternativa, y el fiador una de ellas.

En este caso, tiene el fiador la ventaja de la posibilidad de la liberación por la pérdida de la cosa que prometió, y el deudor tiene la que le resulta de la facultad de elegir la cosa de ménos valor, que tal vez no es la prometida por aquél.

Para que el fiador pueda gozar de esta ventaja es necesario, según la opinión de Colmet de Santerre, que, dejando subsistir su obligación sobre la cosa prometida por él, se le dé facultad de pagar la segunda cosa comprendida en la alternativa del deudor, ó lo que es lo mismo, es preciso hacer facultativa su obligación.<sup>1</sup>

Pero cuando la facultad de elección corresponde al acreedor, no se puede convertir la obligación del fiador en una facultativa, pues realmente es ménos onerosa que la del deudor principal.

Sin embargo, los principios de que nos hemos ocupado, no impiden que el fiador se obligue bajo condiciones más rigurosas; por ejemplo, constituyendo una hipoteca ó una prenda, sin que por esto se entienda que se agrava su condición y que la hace más onerosa que la del deudor; porque la constitución de estas garantías sólo le da al acreedor el derecho de preferencia sobre los demás acreedores, pues teniéndolas ó no, puede perseguir los bienes de aquél para pagarse con su valor.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tomo VIII, núm. 242, bis X.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 168.

Esta es la razón por la cual declaran los artículos 1,824 y 1,825 del Código, que está exceptuado de las reglas contenidas en los dos preceptos precedentes, el caso en que el fiador constituya hipoteca ó dé prenda para que quede asegurada la obligación que no lo estaba con esas garantías; y que puede obligarse también á pagar una cantidad de dinero, si el deudor principal no presta una cosa ó un hecho<sup>1</sup>

A primera vista se comprende que el primero de estos preceptos está concebido en términos inexactos, porque declara que está exceptuado de la prohibición de que antes hemos hablado, el caso en que el fiador constituya hipoteca ó dé prenda para asegurar la obligación, siendo así que no puede decirse que tal caso sea una excepción, supuesto que el otorgamiento de tales garantías no hace la obligación más onerosa.

En cuanto al segundo precepto hay que advertir, que tiene por objeto facilitar al fiador el cumplimiento de la obligación y hacersela menos gravosa, sobre todo, en aquellos casos en que el deudor principal se obligó á prestar un hecho cuya ejecución demanda conocimientos periciales de que carece el fiador; pues como dijimos en el artículo II, lección tercera de este tratado, las obligaciones de hacer se resuelven en la indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía es indeterminada.

La ventaja para el fiador, consiste, pues, en que la extensión indeterminada de la indemnización debida por daños y perjuicios quede limitada á una cantidad de dinero, sin que el acreedor pueda exigirle más, cualquiera que sea la extensión de aquellos.

La fianza puede constituirse no sólo para garantizar las obligaciones ya contraídas, sino que también se constituye sobre deudas futuras ó ilíquidas; por ejemplo, cuando una persona recomienda á otra para que se le abra crédito hasta

<sup>1</sup> Artículos 1,709 y 1,710, Código Civil de 1884.

una cantidad determinada. Pero en tal caso, por la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, no puede ser reconvenido el fiador, sino cuando la obligación principal fuere legalmente exigible. (Art. 1,821, Cód. civ.)<sup>1</sup>

En otros términos, no puede ser reconvenido el fiador en el caso indicado, sino cuando se ha vencido el plazo ó cumplido la condición estipulados en la obligación principal, ó cuando la deuda se haya hecho líquida y exigible.

De lo expuesto se infiere que la fianza puede recaer no sólo sobre una obligación ya existente, sino también precederla, ó lo que es lo mismo, recaer sobre una obligación futura, y que no es necesario que el importe de la fianza se restrinja á una cantidad fija.

La fianza trae consigo trascendentales consecuencias para el fiador, que ninguna utilidad obtiene en la celebración del contrato, cuyo cumplimiento garantiza; y antes por el contrario se expone por prestar un servicio enteramente gratuito á las molestias consiguientes á las exigencias del acreedor y á la pérdida ó menoscabo de su patrimonio.

Estas consideraciones demuestran la dificultad con que los hombres contraen una obligación de esta especie, y por lo mismo, que no puede presumirse su existencia si no consta la voluntad expresa del fiador de obligarse, ni extenderse fuera de los límites señalados por ésta.

Tal es la razón por la cual declara la ley, que la fianza no se presume, sino que debe constar expresamente y limitarse á los términos precisos en que esté constituida; sin que en caso alguno pueda extenderse á otras obligaciones del deudor, aunque hayan sido ó fueren contraídas con el mismo acreedor. (Art. 1,826, Cód. civ.)<sup>2</sup>

En otros términos: la fianza es de estricto derecho y siempre que se trata de su extensión se debe de interpretar en

<sup>1</sup> Artículo 1,706, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,711 Código civil de 1884.

sentido favorable al fiador, restringiéndola dentro de los límites que expresamente le hubiere señalado éste, que ha sido libre para imponerle restricciones.

Pero cuando la fianza no contiene excepciones ó limitaciones, la obligación del fiador es absolutamente igual á la del deudor principal; porque tiene por objeto garantizar al acreedor el cumplimiento del contrato, cuyo fin no se alcanzaría si el fiador pudiera eximirse en parte de la obligación (Art. 1,827, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Es verdad que pudo imponer restricciones á su obligación y disminuir su responsabilidad; pero si no lo hizo, hay que suponer, con entera justicia, que quiso obligarse con la misma extensión que el deudor.

A esta obligación hay que agregar otra, que es común á todos los contratos, que constituye al fiador, responsable para con el acreedor y el deudor principal, de los daños y perjuicios que ocasione por su culpa ó mora (Art. 1,828, Código civil.).<sup>2</sup>

Creemos innecesaria la inserción de esta regla entre las que establece el Código para normar el contrato de fianza, porque es una inútil repetición de la que contiene el artículo 1,575, que es general á todos los contratos y declara, que el contratante que falta al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que causa al otro contratante.<sup>3</sup>

Para ser fiador se necesita ser capaz de obligarse, y por lo mismo, declara el artículo 1,816 del Código, que pueden ser fiadores todos los que pueden contratar.<sup>4</sup>

Sin embargo, el mismo ordenamiento prohíbe á las mujeres obligarse como fiadoras, fuera de los cuatro casos siguientes (Art. 1,817, Cód. civ.):<sup>5</sup>

1 Artículo 1,712, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,713, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,459, Código civil de 1,884.

4 Artículo 1,703 Código civil de 1,884.

5 Artículo 1,704 Código civil de 1,884.

1.º Cuando fueren comerciantes:

2.º Si hubieren procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con perjuicio del acreedor:

3.º Si hubieren recibido del deudor la cosa ó cantidad sobre que recae la fianza:

4.º Si se obligaron por [cosa que les pertenece, ó en favor de sus ascendientes, de sus descendientes ó de su cónyuge.

Esta prohibición está tomada del derecho Romano, que, por el senado-consulta Veleyano, vedó á las mujeres que pudieran obligarse válidamente como fiadoras, cuya prohibición reprodujo nuestra antigua legislación en la ley 3, título 12, Partida 5.ª.

Según el senado-consulta Veleyano, podían obligarse por si mismas, donar y pagar las deudas ajenas; pero no podían obligarse ú otorgar fianza por otro, ó constituir hipoteca que no fuera suya; porque la mujer es naturalmente avara y no se desprende con facilidad de lo suyo, pero no es previsora cuando se trata de una obligación incierta y lejana, que no demanda un desembolso actual, y la acepta fácilmente sin calcular sus consecuencias y gravedad.<sup>1</sup>

Estudiando algunos autores la razón expuesta, la han estimado insuficiente para justificar la prohibición á que se refiere, y digno de censura el sistema que ésta establece; porque no impide la ruina de la mujer, que, no obstante ella, tiene facultad para derrochar su fortuna en locas prodigalidades, toda vez que le deja la libre administración de sus bienes.

Crean por este motivo, que la verdadera causa de esta prohibición del senado-consulta Veleyano ha sido un fin político, porque la mujer era incapaz entre los romanos de todo oficio civil y público, y de la misma manera que no podía sentenciar, ejercer una magistratura, postular, defender, no podía otorgar fianza por otro.<sup>2</sup>

1 Leyes 2.ª, tít. 29, lib. 4, Cód.; 1.ª y 4.ª pár. 1. tít. 1. lib. 16 D.

2 Ley 2.ª, tít. 17, lib. 50, D.

Nuestra antigua legislación sancionó iguales prohibiciones, fundada en la misma razón que el derecho Romano; porque no parece bien que las mujeres anden en pleitos, frecuentando los lugares en donde por la afluencia de los hombres pudiera sufrir su decoro y honestidad.<sup>1</sup>

El mismo derecho Romano introdujo después casos de excepción, admitidos por las leyes de las Partidas, en los cuales se permitía á las mujeres ser fiadoras; y según la opinión de Escriche, la prohibición á que nos referimos no es precisamente una facultad, sino un derecho ó privilegio que goza la mujer de no quedar comprometida por la fianza más que en ciertos casos.<sup>2</sup>

Las legislaciones modernas han proscrito en general esa prohibición que no tiene razón de ser, porque repugna que una mujer mayor y libre de toda potestad tenga menos libertad que los hombres también mayores, prohibiéndosele que sea fiadora á pretexto de impedirle su ruina, cuando por otra parte puede libremente disponer de sus bienes y disiparlos.

Sin embargo; nuestro Código, siguiendo en esta parte al de Portugal, y haciendo una transacción con el pasado ha reproducido la prohibición de nuestras antiguas leyes con las cuatro excepciones que hemos expresado, que se fundan en las consideraciones que vamos á exponer.

La primera excepción se ha establecido en beneficio del comercio y porque las mujeres que se dedican á él, se hacen hábiles por la frecuencia de los negocios para conocer las consecuencias y la gravedad de la fianza y precaverse de sus peligros; y porque es necesario ese contrato para la facilidad de las transacciones mercantiles.

Es válida la fianza en el segundo caso; cuando la mujer ha procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con

1 Leyes 4, tít. 4 y 3, tít. 6, Partida 3.<sup>a</sup>.

2 Ley 22, tít. 29, lib. 4, C61.; Novela 134, cap. 8.; ley 3, tít. 12, Partida 5.<sup>a</sup>.

perjuicio del acreedor, porque la ley favorece á los engañados, pero no á los engañadores.

Es también válida la fianza cuando la mujer recibe del deudor la cosa ó cantidad sobre que aquella recae, porque entonces cesa la razón de la ley, supuesto que la mujer no es propiamente fiadora, sino deudora; y en todo caso, sólo tiene que restituir lo que recibió, sin menoscabo de su patrimonio.

Por último: pueden ser fiadoras las mujeres cuando se obligan por cosa que les pertenece, ó en favor de sus ascendientes, descendientes ó cónyuge, ya porque se trata de sus propios intereses, ya porque no se les debe impedir que cumplan con los deberes que el afecto les impone respecto de esas personas, de librarles de los perjuicios que podrían sufrir en sus intereses por la falta de garantía.

El artículo 1829 del Código declara expresamente que todas las obligaciones y derechos del fiador pasan á sus herederos, reproduciendo el principio contenido en el artículo 1,443, según el cual las obligaciones personales ligan á las personas que las contraen y sus herederos.<sup>1</sup>

Parece que la declaración contenida en el artículo 1,829 es innecesaria, supuesto que, según los principios elementales del derecho, todo contratante contrata para sí y para sus herederos, quienes le suceden á su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Pero la responsabilidad de los herederos del fiador está regida por las mismas reglas que establece el Código respecto de la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles; pues pasando la del fiador á sus herederos se divide de pleno derecho, porque cada uno sólo está obligado por su cuota hereditaria. (art 1,830 y 1,512, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

De otra manera, se habría derogado la regla general que rige respecto de los demás contratos, según la cual no está

1 Artículos 1714 y 1326, Código Civil de 1884.

2 Artículos 1,715 y 1,396, Código Civil de 1,884.

obligado solidariamente cada uno de los herederos por el total importe de la obligación, sino hasta donde alcanza el de la cuota hereditaria que le corresponde.

Cuando un individuo está obligado por cualquier motivo á dar una fianza, no llena su obligación ofreciendo como fiador una persona capaz de obligarse, sino que es además necesario que sea solvente y que sus bienes estén situados en el lugar en que se debe cumplir la obligación.

Estos requisitos, que, como se comprende desde luego, se refieren no sólo á la esencia y validez de la fianza, sino también á las circunstancias que deben concurrir en ella para que llene su objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación, son exigidos por la ley, que declara expresamente, que el acreedor no puede ser obligado á recibir el fiador que se le proponga, si la persona propuesta no tiene:

1. ° Capacidad para obligarse.
2. ° Bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados, que basten para la seguridad de la obligación, y que estén situados en el lugar en que deba hacerse el pago (Artículo 1,831, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Creemos innecesaria la expresión del primer requisito, y por tanto, una inútil repetición, pues si la fianza es un contrato y para contratar es preciso tener capacidad para obligarse, es claro que no puede ser fiador el individuo que carece de ella.

Además, no es perfectamente exacto el principio, tal como lo establece la ley, porque hay personas que son capaces de obligarse, y que, sin embargo, no pueden ser fiadores, como las mujeres, fuera de los casos que hemos expresado.

La necesidad de la existencia del segundo requisito se hace tangible, teniendo en consideración que el objeto de la fianza es garantizar el cumplimiento de la obligación, y

<sup>1</sup> Artículo 1,722.

En este precepto se refundieron en uno los contenidos en los artículos 1,831 y 1,833 del Código de 1870.

que tal garantía sería ilusoria, si el fiador no tuviera la solvencia suficiente para responder por aquel objeto, ó si sus bienes se hallaran á tal distancia, que fuera preciso hacer grandes erogaciones para obtener el pago, ó si estuvieran gravados.

Así pues, la solvencia ó idoneidad del fiador consiste en que tenga los requisitos siguientes:

1. ° Que posea bienes raíces:
2. ° Que éstos sean libres, no hipotecados ni embargados: ó lo que es lo mismo, que estén libres de toda responsabilidad ó gravamen:
3. ° Que estén situados en el lugar en que debe hacerse el pago.

La ley estima la solvencia é idoneidad del fiador por la posesión de bienes raíces, porque la fortuna que consiste en bienes muebles es fugaz, por decirlo así, y no basta para garantizar el cumplimiento de la obligación que el fiador sea solvente sólo en el acto mismo de celebrarse el contrato; y porque siendo esa clase de bienes de fácil ocultación, frecuentemente se verían burlados los derechos de los acreedores.

Pero no es necesaria la posesión de bienes raíces con las condiciones indicadas, cuando la deuda no llegue á trescientos pesos, porque si se tuviera esa exigencia hasta por las transacciones más pequeñas, se produciría un grave perjuicio en el comercio queriendo procurar un beneficio á los acreedores, por la dificultad con que se tropezaría á cada paso para llenar ese requisito (artículo 1,833, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los requisitos aludidos se exigen siempre que el deudor tiene el deber de garantizar el cumplimiento del contrato, ya sea que tenga tal obligación por determinación de la ley, de sentencia judicial ó por convenio; pero en todo caso debe justificar la idoneidad del fiador á satisfacción del acreedor.

<sup>1</sup> Véase la nota precedente.



dor, cuyo objeto consigue mediante el examen de testigos y exhibiendo los títulos que acrediten que posee bienes raíces de su propiedad y el certificado del Registro público que justifique que éstos no reportan ningún gravamen (Artículos 1,834 y 1,856, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,717 y 1,740, Código civil de 1884.

El segundo de estos preceptos fué reformado en los términos siguientes:

«No fian á un fiador los testigos que declaran de ciencia cierta en favor de su idoneidad.»

Esta reforma se hizo, según las notas comparativas del Sr. Lic. Macedo, por parecer justa, pues si los testigos proceden de buena fe, aun cuando después el fiador deje de pagar por hallarse insolvente, no deben ser responsables, tanto más cuanto que habría que distinguir entre la insolvencia anterior á la fianza y la posterior á ella. Si los testigos declaran falsamente sobre la idoneidad del fiador, entonces serán responsables del delito de falso testimonio, y su responsabilidad civil comprenderá los daños y perjuicios que se hayan causado al acreedor por habersele hecho aceptar un fiador insolvente.

No creemos acertada la reforma ni convincentes las razones que la motivaron; y bastaría para demostrar su ningún valor aducir las que con relación al artículo 1,856 del Código de 1870, reformado por el precepto aludido, produce la Exposición de motivos. Pero existen otras, que á nuestra vez, vamos á exponer, para corroborar nuestro aserto.

La reforma se introdujo á pretexto de que era injusto que los testigos de buena fe fueran responsables del fiador insolvente, cuya insolvencia era posterior al otorgamiento de la fianza, y porque en el caso de que declaren falsamente abonando al fiador, son responsables del delito de falso testimonio é incurrir en la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que sufre el acreedor por habersele hecho aceptar un fiador insolvente; pero ambas causas no bastan para acreditar la justicia y la necesidad de la reforma, y la más ligera reflexión sobre ellas nos convence de esta verdad.

En efecto: la primera causa es enteramente falsa, porque el artículo 1,856 del Código de 1870, reformado por el 1,740 del de 1884, no obligaba á los testigos que abonaban al fiador á pagar por éste en caso de insolvencia, aunque fuera posterior al otorgamiento de la fianza, sino sólo cuando era anterior á este hecho, y en castigo de la falta que habían cometido á sabiendas, aseverando falsamente la idoneidad de aquél, ó por negligencia, por no haber tomado los informes necesarios para declarar de ciencia cierta.

En cuanto á la segunda, tampoco es eficaz para justificar la reforma, porque antes de ella, lo mismo que ahora, tenía acción criminal el acreedor engañado contra los testigos de idoneidad por el delito de falso testimonio, y por consiguiente la relativa á la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se le causaban, por habersele hecho aceptar un fiador insolvente.

Pero había esta diferencia en la situación del acreedor respecto de la que hoy guarda con motivo de la reforma, que entonces tenía su acción civil directa contra los testigos y además la criminal por el delito de falso testimonio y la correspondiente por la responsabilidad civil que nace de éste, mientras que ahora depende su acción exclusivamente del éxito del juicio criminal.

Según el derecho Romano, cuando el fiador aceptado por el acreedor se hacía insolvente, el deudor no estaba obligado á dar otro, y el segundo quedaba privado de toda garantía que asegurase el cumplimiento de la obligación, pero nuestro Código, á ejemplo de las legislaciones europeas ha establecido el principio según el cual, si el fiador sufre tal menoscabo en sus bienes, que se halle en riesgo de quedar insolvente, puede el acreedor exigir la constitución de otra fianza (Artículo 1835, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

La razón de este principio es, que el acreedor exigió la fianza para garantizar el cumplimiento de la obligación, y que tal garantía existiese hasta que ésta llegara á ejecutarse. De manera que la fianza constituye, según la voluntad de los contratantes, una circunstancia esencial del contrato, pues sin ella no habría contratado el acreedor y su ausencia vendría á cambiar la naturaleza de la obligación.

Este sistema adoptado por el Código nos parece más justo, y tiene la debida sanción, pues sería enteramente inútil que se le impusiera al deudor la obligación de constituir una nueva fianza, si no hubiera un medio coercitivo eficaz para hacer que se cumpliera tal deber.

Ocurriendo á esta necesidad y á la de poner término, ó más bien dicho, á la de precaver y evitar contiendas de funestas consecuencias, establece el Código los tres medios siguientes, según los casos que pueden ocurrir:

1.º En el caso de que el deudor obligado á dar ó reemplazar un fiador, no lo presentare dentro del término que el juez le señale, á petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta (Art. 1,837, Cód. civ.).<sup>2</sup>

2.º Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella no se da en el término convenido ó señalado por la ley ó por el juez; salvo lo que pa-

<sup>1</sup> Artículo 1,718, Código civil de 1884 y leyes 3, tít. 1, y 4, tít. 5, lib. 46, D.

<sup>2</sup> Artículo 1,720, Código civil de 1884.

ra determinados casos dispone el Código (Art. 1,838, Código civil).<sup>1</sup>

3.º Si la fianza importa garantía de cantidad que el deudor deba recibir, se debe depositar la suma mientras se otorgue aquella (Art. 1,839, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Fácil es persuadirse de que la ley no comprende, ó más bien, que no ha previsto el caso en que el contrato tenga por objeto la prestación de un hecho, porque no sería posible exigirlo inmediatamente, por demandar el tiempo indispensable para ejecutarlo. Por ejemplo; en los contratos que tienen por objeto ejecutar una obra bajo la garantía de un fiador.

Siguiendo también nuestro Código los principios del derecho Romano, establece, que en la obligación con plazo ó de prestación periódica, el acreedor puede exigir fianza aun cuando en el contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes ó pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago (Art. 1,836, Cód. civ.).<sup>3</sup>

Este precepto se funda en una razón análoga á la que motiva la obligación del deudor á otorgar nueva fianza cuando el fiador se hace insolvente; pues el acreedor celebró el contrato teniendo en cuenta la solvencia del deudor y la facilidad de reembolsarse, sin cuyas circunstancias es indudable que no habría contratado. Así es, que, llegando á faltar, tiene un justo motivo para exigir una garantía que le aleje del peligro inminente de que su patrimonio sufra un menoscabo.

<sup>1</sup> Artículo 1.721, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

“Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella no se da en el término convenido ó señalado por la ley ó por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.

<sup>2</sup> Artículo 1.723, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Ley 41, tít. 1, lib. 5.º D.; artículo 1,719, Código civil de 1,884.

### III

#### De los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador.

La fianza es, como hemos dicho antes, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace: es decir, que es esencialmente subsidiaria y que el acreedor no puede exigir del fiador el cumplimiento de la obligación principal sino después de haberlo pretendido del deudor (Art. 1,813, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Según el derecho Romano antiguo, el acreedor podía exigir del fiador el cumplimiento de la obligación sin ocurrir previamente al deudor principal, pero Justiniano moderó esta severidad teniendo en cuenta que los fiadores se obligan casi siempre por un sentimiento de beneficencia y generosidad, y estableció á favor de ellos el beneficio llamado de *excusión*, cuyo efecto es obligar al acreedor á proceder contra el deudor principal antes que contra el fiador.<sup>2</sup>

Este beneficio, llamado también de *orden y excusión*, por el deber que tiene el acreedor de gestionar ordenadamente el cumplimiento de la obligación exigiéndola primero del deudor, fué admitido también en nuestra antigua legislación, y ha sido sancionado por el artículo 1,841 del Código civil, que declara, que el fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión en sus bienes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,700, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Novela 4.ª cap. 1.

<sup>3</sup> Ley 9, tít. 12, Part. 5.ª, y artículo 1,725, Código civil de 1,834.

ra determinados casos dispone el Código (Art. 1,838, Código civil).<sup>1</sup>

3.º Si la fianza importa garantía de cantidad que el deudor deba recibir, se debe depositar la suma mientras se otorgue aquella (Art. 1,839, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Fácil es persuadirse de que la ley no comprende, ó más bien, que no ha previsto el caso en que el contrato tenga por objeto la prestación de un hecho, porque no sería posible exigirlo inmediatamente, por demandar el tiempo indispensable para ejecutarlo. Por ejemplo; en los contratos que tienen por objeto ejecutar una obra bajo la garantía de un fiador.

Siguiendo también nuestro Código los principios del derecho Romano, establece, que en la obligación con plazo ó de prestación periódica, el acreedor puede exigir fianza aun cuando en el contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes ó pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago (Art. 1,836, Cód. civ.).<sup>3</sup>

Este precepto se funda en una razón análoga á la que motiva la obligación del deudor á otorgar nueva fianza cuando el fiador se hace insolvente; pues el acreedor celebró el contrato teniendo en cuenta la solvencia del deudor y la facilidad de reembolsarse, sin cuyas circunstancias es indudable que no habría contratado. Así es, que, llegando á faltar, tiene un justo motivo para exigir una garantía que le aleje del peligro inminente de que su patrimonio sufra un menoscabo.

<sup>1</sup> Artículo 1.721, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

“Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquélla no se da en el término convenido ó señalado por la ley ó por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.

<sup>2</sup> Artículo 1.723, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Ley 41, tít. 1, lib. 5.º D.; artículo 1,719, Código civil de 1,884.

### III

#### De los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador.

La fianza es, como hemos dicho antes, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace: es decir, que es esencialmente subsidiaria y que el acreedor no puede exigir del fiador el cumplimiento de la obligación principal sino después de haberlo pretendido del deudor (Art. 1,813, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Según el derecho Romano antiguo, el acreedor podía exigir del fiador el cumplimiento de la obligación sin ocurrir previamente al deudor principal, pero Justiniano moderó esta severidad teniendo en cuenta que los fiadores se obligan casi siempre por un sentimiento de beneficencia y generosidad, y estableció á favor de ellos el beneficio llamado de *excusión*, cuyo efecto es obligar al acreedor á proceder contra el deudor principal antes que contra el fiador.<sup>2</sup>

Este beneficio, llamado también de *orden y excusión*, por el deber que tiene el acreedor de gestionar ordenadamente el cumplimiento de la obligación exigiéndola primero del deudor, fué admitido también en nuestra antigua legislación, y ha sido sancionado por el artículo 1,841 del Código civil, que declara, que el fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión en sus bienes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,700, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Novela 4.ª cap. 1.

<sup>3</sup> Ley 9, tít. 12, Part. 5.ª, y artículo 1,725, Código civil de 1,834.

La excusión consiste, según el artículo 1,742 del mismo Código, en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida ó reducida á la parte que no sea cubierta. <sup>1</sup>

Todos los autores sostienen que la existencia legal del beneficio de excusión no importa la necesidad para el acreedor de proceder á ella en los bienes del deudor antes de dirigirse contra el fiador, porque esto sería contrario á la definición que la ley da de la fianza y á la naturaleza misma de este contrato, que sólo exigen que el deudor principal no cumpla la obligación para que el fiador quede obligado á satisfacerla.

La excusión sólo tiene por objeto acreditar que el deudor no puede cumplir, ni cumplirá la obligación pero no para demostrar que ha incurrido en mora, pues este hecho no ha de menester de una demostración dispendiosa.

En otros términos: la excusión es más bien un beneficio que un derecho, que no impide el ejercicio de la acción del acreedor, sino que lo difiere á retarda, y que sólo se puede alegar por el fiador como una excepción, y no alegándola éste no encuentra obstáculo alguno para obtener el cumplimiento de la obligación.

De aquí se infieren las siguientes consecuencias, cuya importancia es perceptible á primera vista:

1. <sup>o</sup> Que la excusión es renunciable, supuesto que es un beneficio, y que cada uno es libre para renunciar el beneficio introducido á su favor:

2. <sup>o</sup> Que el acreedor puede ejercitar legalmente su acción contra el fiador, si éste no opondrá el beneficio de excusión:

3. <sup>o</sup> Que el fiador debe oponer este beneficio antes de contestar la demanda, supuesto que es una excepción que retarda, pero no destruye la acción de aquél; ó lo que es lo mismo, que es dilatoria.

<sup>1</sup> Artículo 1,726, Código civil de 1,884.

Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador son necesarios los requisitos siguientes (Art. 1,845, Código civil): <sup>1</sup>

1. <sup>o</sup> Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago:

2. <sup>o</sup> Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, que estén libres y desembargados, y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago:

3. <sup>o</sup> Que anticipe ó asegure competentemente los gastos de la excusión.

El primer requisito se funda, no sólo en la naturaleza de la excusión que, como hemos dicho, es una excepción dilatoria, sino también en consideraciones de equidad y de justicia que no pueden permitir que el fiador enerve la acción del acreedor, y después de trámites largos y molestos venga á hacer uso de aquel beneficio.

Así, pues, tal requisito tiene por objeto encerrar dentro de límites justos el beneficio que la ley concede al acreedor y evitar que la fianza se haga ilusoria.

Antiguamente se dividieron los jurisconsultos sosteniendo, unos, que la excusión es una excepción dilatoria, y otros, que es perentoria; pero en la actualidad ha prevalecido la primera opinión, que parece tener apoyo en las palabras de la ley, según la cual, para que aproveche al fiador aquel beneficio, es indispensable que lo alegue luego que se le requiera de pago.

Sin embargo, algunos de los autores modernos, entre ellos Laurent, sostienen que la excusión es una excepción especial, y refiriéndose al Código Francés, que exige el mismo requisito á que aludimos, dice: que la ley no declara que tal beneficio es una excepción dilatoria; y si el fiador no puede alegarlo después de las primeras gestiones del acreedor, es porque su silencio implica una renuncia. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,729, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Tomo XXVIII, núm. 211.

Cualquiera que sea la naturaleza de la excepción que nace del beneficio de excusión, el resultado es que no puede alegarse después de contestada la demanda, circunstancia que nos demuestra el ningún provecho que se obtiene de la controversia á que hemos aludido.

Siguiendo á Merlin, sostiene Laurent con todos los autores, que hay casos en que, no obstante la contestación de la demanda, puede alegar el fiador la excusión después; por ejemplo, cuando ha hecho valer la nulidad del contrato y tiene un éxito adverso; pues en tal caso no ha podido oponer el beneficio de excusión, porque haciéndolo así reconocería que es fiador cuando sostiene lo contrario.<sup>1</sup>

Nuestro Código apoya esta teoría, pues en el artículo 1,846, declara, que si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, ó si se descubren los que hubiere ocultado, el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido; y en el artículo 1,852, que el fiador goza del beneficio de excusión, aunque la sentencia se haya pronunciado contra él y contra el deudor.<sup>2</sup>

La justicia en que abunda esta teoría es notoria, pues como dice Gutiérrez Fernández, la regla de que las excepciones dilatorias deben oponerse antes de la contestación de

<sup>1</sup> Merlin, Repertoire, v.º Caution, pár. 4, nú. n. 1; Duranton, tomo XVIII, núm. 334; Laurent, loco cit.; etc.

<sup>2</sup> Artículos 1,730 y 1,735, Código civil de 1884. Reformado el segundo de estos preceptos, en los términos siguientes: «Cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; más éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dé sentencia contra los dos.» Esta reforma no corresponde á la mente del artículo 2,852 del Código de 1,870 y del 1,747 del Proyecto del Código Español, que se probuso que en todo caso y en un solo juicio fueran oídos el deudor y el fiador, economizando tiempo y gastos, sin perjuicio del beneficio de excusión que á éste corresponde.

La reforma limita esa facultad del acreedor de demandar á la vez al deudor principal y al fiador al caso en que éste hubiera renunciado el beneficio de orden, conservando el de excusión, y establece un principio innecesario, porque mientras no haya una renuncia expresa de ese beneficio, lo conserva el fiador, y no lo pierde por el hecho de haber sido oído en el mismo juicio que el deudor.

la demanda, debe tener lugar respecto de las excepciones nacidas, y no de las que nazcan con posterioridad.<sup>1</sup>

El segundo requisito que impone al fiador la obligación de designar bienes del deudor, que basten para cubrir el crédito, que estén libres y desembargados, y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago, se funda en la naturaleza misma de la fianza y en consideraciones de equidad y de justicia.

En efecto: por el contrato de fianza está obligado el fiador á satisfacer la obligación del deudor principal, si éste no la cumple; sin embargo, la ley ha moderado este efecto necesario del contrato, estableciendo, por consideraciones especiales, el beneficio de excusión á favor de aquél, pero á condición de que nunca le sirva de una defensa para alargar indefinidamente el cumplimiento del deber que contrajo.

Si el fiador tiene que satisfacer la obligación del deudor, sólo se le concede el beneficio de excusión como una gracia especial, difiriendo el cumplimiento de ella, en virtud de que el principal obligado se haya solvente; pues de otra manera se obligaría al acreedor a gestiones enteramente inútiles, porque no obtendría el pago y se concedería un plazo indebido con perjuicio de sus intereses al fiador.

Este mismo resultado, tan contrario á la justicia, se obtendría si los bienes señalados para la excusión no son libres, sino que están embargados, reportan gravámenes, ó están situados á grandes distancias; pues en los dos primeros casos, sólo encontraría el acreedor un germen de numerosos litigios de éxito incierto, y en el último una excusión molesta y gravosa por los gastos que demandaría.

De las palabras del artículo 1,845 del Código civil, que declara, que para que aproveche al fiador el beneficio de excusión es preciso que designe bienes del deudor que *basten* para cubrir el crédito, se infiere que, si aquél no tiene

<sup>1</sup> Tomo V, página 61.

bienes cuyo valor cubra el importe total de la obligación no puede pretender el fiador que se haga la excusión.

Este precepto que hace singular á nuestro Código, por que es el único que ha sancionado principio de tan extrema severidad, se halla á nuestro juicio en pugna con el artículo 1,850, que hace responsable al acreedor negligente para promover la excusión, de los perjuicios que pueda causar al fiador, y declara á éste libre de la obligación hasta la cantidad á que alcancen los bienes que hubiere designado para aquella.<sup>1</sup>

En efecto: de este último precepto se deduce claramente que el fiador puede señalar bienes del deudor para la excusión aunque no cubran por completo el valor de la obligación; y el artículo 1,845 exige terminantemente que el fiador designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, ó lo que es lo mismo, que cubran por completo el valor de éste.

Creemos de imposible conciliación esta antinomía, y que debe ser el origen de múltiples contiendas de imposible resolución.

Es tanto más reprochable, cuanto que no encontramos razón alguna que la justifique, pues á nuestro juicio no la hay para que se le impida al fiador que se liberte, siquiera sea en parte, del gravamen que le resulta por la falta de cumplimiento de la obligación, y creemos que se contraría el fundamento sobre que reposa el beneficio de excusión, imponiéndole una indebida é inmotivada restricción.

Por último, es indispensable que el fiador anticipe ó asegure competentemente los gastos de la excusión, porque siendo ésta una derogación del derecho del acreedor para exigir el pago al vencimiento del plazo convenido al deudor ó al fiador, se ha querido hacerla menos onerosa, tanto más cuanto que sólo resulta en beneficio de éste, toda vez que difiere el pago de la deuda y que aun puede librarse de él.

<sup>1</sup> Artículo 1,734, Código civil de 1,884.

En una palabra: este requisito, como los anteriores, se funda en consideraciones de justicia y equidad, que no permiten que el acreedor, que sufre perjuicio con el retardo del cumplimiento de la obligación, por beneficio exclusivo del fiador, sufra además el gravamen resultante de los gastos que demanda la excusión.

Gozan del beneficio de excusión no sólo los fiadores y las personas que se obligan directamente con el acreedor á pagar ó cumplir la obligación, sino también los testigos que los abonan declarando de ciencia cierta en favor de su idoneidad, y gozan de ese beneficio tanto contra los fiadores como contra los deudores principales (Art. 1,855 y 1,856, Código civil).<sup>1</sup>

La razón es porque la ley los considera como fiadores de las personas á quien abonan, y porque han querido evitar abusos frecuentes que redundan en perjuicio del acreedor.

“Muy común es, dice la Exposición de motivos, que haya testigos que declaren sobre la idoneidad de mi fiador, tal vez sin fundamento; de donde resulta el peligro de que un acreedor de buena fe, descansando en el dicho de personas que por sí mismas merecen confianza, acepta la garantía de un hombre que en realidad no es apto para darla. El sólo remedio es el que establece el artículo (1856), previniendo que los testigos que declaran de ciencia cierta en favor de la idoneidad, abonan al fiador; porque de esta manera el que declara, sabe que contrae una verdadera responsabilidad y que su declaración no es una fórmula, ni un pequeño servicio dictado por su amistad, sino una obligación seria.”

El acreedor puede obligar al fiador á que haga la excu-

<sup>1</sup> Artículos 1,739 y 1,740, Código civil de 1,884. Vease la nota 1.ª, pág. 424.

El primero de estos preceptos fué también reformado, en los términos siguientes, para que estuviera en armonía con la reforma del segundo:

«El que fia al fiador, goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal.»

sión en los bienes del deudor; pero tanto en este caso como en aquel en que la haga voluntariamente, si pide plazo, el juez puede concederle el que crea conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación (Artículos 1,847 y 1,848, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Dos consideraciones motivan los principios que acabamos de establecer: primera, que la excusión es un beneficio introducido en favor del fiador, y por lo mismo, es justo que sufra las molestias personales y los gastos que demanda, sin que haya una sola razón que autorice la obligación del acreedor para soportarlas para beneficiar á aquél: segunda, que el fiador puede tener mayores facilidades que el acreedor para hacer la excusión y economizar gastos y tiempo, cuyas circunstancias pueden inducirle á encargarse de ella; pero como no puede ser la obra de un instante, necesita contar con un plazo conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y de la obligación.

Puede acontecer que el fiador se obligue en el contrato como pagador principal, y que con tal carácter sea demandado. En tal caso puede hacer citar al deudor principal para defenderse y ser absuelto juntamente con él, y goza del beneficio de excusión, aunque la sentencia se haya pronunciado contra él y contra el deudor (Artículos 1,851 y 1,852, Código civil).<sup>2</sup>

Si el fiador ha llenado todos los requisitos que demanda la ley para que pueda alegar la excusión, y el acreedor es negligente en promoverla, queda responsable de los perjuicios que pueda causarle á aquél, quien se libra de la obligación

1 Artículos 1,731 y 1,732, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,737 y 1,736, Código civil de 1884

Reformado el segundo de estos preceptos en los términos siguientes:

"Si hubiere renunciado los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador."

hasta la cantidad á que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión (Art. 1,850, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Todos los autores sostienen que la responsabilidad para el acreedor nace en el caso indicado de las circunstancias de haber señalado el fiador en tiempo hábil bienes en que se haga la excusión y ministrado los gastos que ella demanda, las cuales le convierten en mandatario de éste, y por consiguiente, le hacen responsable de la falta de ejecución del mandato; pero Laurent, cuya opinión nos parece más justa, sostiene que, siendo el beneficio mencionado un derecho para el fiador, existe una obligación para el acreedor, y como una y otros son correlativos y deben su origen á la ley, es claro que la obligación de aquél es legal y que su falta de cumplimiento le constituye responsable de las consecuencias de ella.<sup>2</sup>

Esta responsabilidad pesa sobre el fiador no sólo cuando es absolutamente omiso para hacer la excusión en los bienes del deudor principal que se le hubieren designado, sino también cuando la ejecuta sólo en parte de esos bienes, y por su culpa se pierde la otra.

La responsabilidad del acreedor alcanza, como hemos dicho, hasta la concurrencia de la cantidad que importen los bienes que debieron ser discutidos y los perjuicios que pueda causar al fiador, entre ellos, los gastos que hubiere anticipado; pero no le es imputable la insolvencia del deudor proveniente de casos fortuitos, porque la negligencia del acreedor es la única que legitima y le impone esa responsabilidad, pero no los acontecimientos que se hallan fuera del poder y de la previsión humanos.

La excusión no tiene lugar en los casos siguientes, que expresamente exceptúa el art. 1,843 del Código civil:<sup>3</sup>

1.º Cuando el fiador renunció expresamente á ella:

1 Artículo 1,734, Código civil de 1884.

2 Tomo XXVIII, núm. 217.

3 Artículo 1,727, Código civil de 1884.

Siendo la excusión un privilegio introducido á favor del fiador, y siendo cada uno libre para renunciar los beneficios constituidos en pro de su persona, la ley ha querido respetar la voluntad de los fiadores que renuncian la excusión y se obligan á pagar en defecto del fiador tan luego como sean requeridos para ello.

En pocas palabras: ha sancionado el principio que declara, que la suprema ley de los contratos es la voluntad de los contratantes.

Para que la renuncia pueda producir el efecto jurídico correspondiente es preciso que sea expresa, como lo declara el artículo 1,843 del Código. Sin embargo, también puede ser tácita; como cuando el fiador no alega la excusión luego que le requiere de pago el acreedor.<sup>1</sup>

Hay también casos en que la renuncia expresa no impide al fiador el derecho de oponer la excusión; por ejemplo, cuando la fianza tiene por objeto garantizar la cantidad que el acreedor no pudiere reembolsarse vendiendo la prenda que recibió, porque la obligación del fiador es entonces condicional, y es preciso que aquél haga constar que no ha podido obtener el reembolso íntegro; ó bien cuando la fianza garantiza el pago de una cantidad ilíquida, pues en tal caso es preciso reconvenir al deudor principal para hacer la liquidación.<sup>2</sup>

2.º Cuando el fiador se obligó mancomunadamente con el deudor.

La razón es, porque esta manera de obligarse implica la renuncia del beneficio de excusión.

Algunos autores han sostenido que el fiador solidario, ó lo que es lo mismo, el que se obliga mancomunadamente con el deudor principal, debe considerarse en sus relaciones con el acreedor como codeudor solidario y respecto de aquél como fiador; pero esta teoría ha sido combatida, con justi-

1 Artículo 1,727, Código civil de 1484.

2 Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 61.

cia, por la mayoría de los jurisconsultos modernos, que sostienen que es contrario á la fianza, contrato esencialmente accesorio, cuyo carácter conserva cualesquiera que sean las modalidades y cláusulas más ó menos rigurosas bajo las cuales se obligue el fiador; y que la obligación mancomunada de éste con el deudor principal no produce otro efecto que el de privarle del beneficio de excusión.<sup>1</sup>

En consecuencia, podemos establecer, que cuando el fiador se obliga mancomunadamente con el deudor, sólo se produce el efecto de que quede privado del beneficio de excusión, conservando su obligación el carácter de accesorio en cuanto á los demás efectos jurídicos.

Sin embargo hay, que advertir, que tanto la obligación solidaria como la renuncia de la excusión deben constar expresamente en la fianza, pues ni la solidaridad ni la renuncia se presumen, sino que deben constar de una manera expresa y terminante (Art. 1,844, Cód. civ).<sup>2</sup>

Así, pues, si la obligación principal se contrajo condicionalmente y la fianza es pura y simple, no está obligado á nada el fiador si no se verifica la condición, á diferencia de lo que pasa en las obligaciones solidarias, en las cuales el deudor que se obligó pura y simplemente no se liberta si no se cumple la condición impuesta por su codeudor.

3.º En los casos de concurso ó de insolvencia probada del deudor; porque en tal caso ni se puede llenar el deber que tiene el fiador de señalar bienes libres y no embargados de aquél para que se haga la excusión, ni se puede obligar al acreedor á las dilaciones y molestias consiguientes á los concursos, para no obtener tal vez la más mínima parte de su crédito.

1 Laurent, tomo XXVIII, núm. 297, Aubry y Rau, tomo IV, pág. 423, nota 7; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 272, bis III y IV; Ponsot, *Traité du Cautionnement*, núm. 187; Troplong, *Du Cautionnement*, núm. 522; Pont, *Des petits contrats*, tomo I, núm. 13; etc. etc.

2 Artículo 1,728, Código civil de 1,884.



4.º Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República; porque la ley que ha querido beneficiar al fiador no puede autorizar la injusticia de que el acreedor quede burlado en sus derechos, con grave perjuicio de su patrimonio, por las dilaciones que demanda y las dificultades que origina la prosecución de un litigio en el extranjero.

Además la ley otorga el beneficio de excusión en cuanto satisface los intereses del fiador y del acreedor, impidiendo que el uno sufra un menoscabo en su patrimonio en cambio de un servicio gratuito que prestó, y haciendo que el otro se reembolse íntegramente de su crédito sin grande demora lo cual no se puede obtener cuando el deudor no puede ser demandado dentro de la República.

5.º Cuando el negocio para que se prestó la fianza, sea propio del fiador, pues entonces cesa la razón de la ley que motivó el otorgamiento del beneficio de excusión.

6.º Cuando se ignora el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el Distrito ó en la California.

La razón es fácilmente perceptible, porque en tal caso no se puede llenar el requisito que la ley exige para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, la designación de bienes del deudor que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago.

Creemos que hay una verdadera contradicción entre el precepto que declara, que no procede la excusión cuando se ignora el paradero del deudor y no tiene bienes embargables en el Distrito y la California, y el artículo 1,845 del Código, que exige como requisito esencial para que aproveche aquel beneficio, que el fiador designe bienes del deudor, que se hallen dentro del distrito judicial en que se debe hacer el pago; porque el primero supone que si el deudor tiene bienes embargables dentro del Distrito y de la California, procede la excusión aunque no estén situados dentro

del distrito judicial en que debe verificarse el pago, mientras que el segundo supone lo absolutamente contrario.

Tan evidente contradicción sólo puede conciliarse, aunque no de una manera satisfactoria, diciendo que el primero de los preceptos aludidos se refiere al caso de ausencia del deudor principal, y el segundo á aquel en que éste se halle presente.

Si aceptamos esta conciliación tan poco satisfactoria, tendremos como resultado una inexplicable inconsecuencia de la ley, porque hace de mejor condición al fiador cuando el deudor principal se halla ausente, que cuando se halla presente, toda vez que en este caso sólo procede la excusión cuando los bienes del deudor se encuentran dentro del distrito judicial en que se debe hacer el pago.

Un ejemplo nos hará comprender más fácilmente lo expuesto.

Si un individuo es fiador de otro que tiene bienes embargables en el distrito de Tlalpan, no puede pretender la excusión de ellos si el pago debe hacerse en el distrito judicial de México; pero si se ignora el paradero del deudor, se le cita por los periódicos sin obtener su comparecencia, procede la excusión en los bienes situados en aquel distrito.

Inútilmente se buscará el motivo que autorice y justifique la limitación puesta al beneficio en el primer caso y su amplitud en el segundo.

Para que proceda la excusión en éste es indispensable que se llenen tres requisitos que exige la ley, los cuales deben concurrir simultáneamente:

- 1.º Que se ignore el paradero del deudor principal:
- 2.º Que se le haya llamado por edictos y no comparezca:
- 3.º Que tenga bienes embargables en el Distrito ó en la California.

Puede acontecer que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación mediante la fianza de una sola ó de varias personas, sin que por ello se alteren los efectos jurídicos

cos de este contrato, pues se rige por las mismas reglas que hemos establecido para el caso en que interviene un sólo fiador.

Sin embargo, cuando son varios los fiadores gozan de un beneficio que debe su origen al derecho Romano, y que se designa bajo el nombre de *beneficio de división*.

Según ese derecho, cuando intervenían varios fiadores de un mismo contrato, cada uno estaba obligado *in solidum*, porque respondía por la misma obligación que había contraído el deudor, ó lo que es lo mismo, debían satisfacer en defecto de éste el total de las obligaciones que se había impuesto; pero el rescripto del emperador Adriano les concedió el beneficio de que la acción del acreedor se dividiera entre todos los fiadores que fueran solventes al tiempo de la contestación de la demanda, de manera que el total debía ser satisfecho á prorata por todos.<sup>1</sup>

Así, pues, el beneficio de división consiste en el derecho que tiene el fiador, demandado por el total de la obligación, para que el acreedor divida su acción entre todos los fiadores para que paguen á prorata.

Este beneficio no producía su efecto *ipso jure*, sino que era preciso que se alegara por vía de excepción por el fiador demandado, pues si cada uno de los fiadores respondiera sólo por la parte que le correspondía no podrían ser obligados á pagar la de los que resultaran insolventes, siendo así que se hallaba establecido lo contrario.

Nuestra antigua legislación no siguió en todas sus partes al derecho Romano en esta importante materia, pues la ley 8.<sup>a</sup> tít. 12. Partida 5.<sup>a</sup>, estableció que, cuando se obligan los fiadores cada uno por el todo, puede exigir el acreedor de cada uno de ellos ó de todos juntos el total de la obligación; pero que si se obligan simplemente, sin expresar que

<sup>1</sup> Leyes 26, tít. 1, lib. 46, D. y 3, tít. 41, lib. 8, Cód.

es por el todo, el acreedor sólo puede exigir de cada uno la parte que le corresponde.

Posteriormente se promulgó la ley 10, tít. 1.<sup>o</sup> lib. 10, de la N. R. que declara, que cuando dos personas se obligan simplemente para hacer y cumplir alguna cosa, se entienden obligadas cada una por la mitad, á no ser que se obligaren *in solidum*; cualesquiera que fueren las leyes del derecho común que establecieren lo contrario.

Estas leyes dieron motivo á grandes discusiones entre los jurisconsultos acerca de si la última era derogatoria de la primera, y si cuando se obligaron los fiadores solidariamente gozaban ó no del beneficio de división.

Por fortuna, nuestro Código nos ha alejado de esas discusiones y de las dificultades que suscitaban, aceptando por completo los principios del derecho Romano, pues establece la solidaridad de los cofiadores, les concede el beneficio de división y declara, que éste no produce efecto por ministerio de la ley, sino mediante la instancia de ellos.

En efecto: el artículo 1,857 del Código declara, que si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar á los demás para que se defiendan juntamente, ó de igual modo y en la proporción debida estén á las resultas del juicio.<sup>1</sup>

Los jurisconsultos modernos han procurado encontrar la razón de la diferencia que existe, según la teoría que acabamos de exponer, entre los fiadores y los deudores mancomunados, y la reprochan como contraria á los principios fundamentales que rigen las obligaciones conjuntivas, y como destituida de todo fundamento jurídico.

En efecto: cuando muchas personas se obligan conjuntamente por una misma deuda, cada una queda obligada á

<sup>1</sup> Artículo 1,741, Código civil de 1884.

prorata, porque la solidaridad no se presume; mientras que los fiadores quedan obligados solidariamente, ó lo que es lo mismo, por el total de la obligación, de pleno derecho y sin necesidad de un convenio expreso.

En consecuencia, resulta que la división se verifica de pleno derecho entre los deudores, y que entre los fiadores es un beneficio que necesitan alegar para que produzca efectos jurídicos.

Pothier, siguiendo á Vinnio, explica la razón de esta diferencia diciendo, que es de la fianza que el fiador se obligue á todo lo que debe el deudor principal, y por consiguiente, que se estime que cada uno de los fiadores contrae tal obligación, si no manifiesta que sólo se obliga en parte. Y luego agrega, que cada fiador es verdaderamente deudor del total de la deuda antes de que se decrete por el juez la división en virtud de la excepción opuesta por alguno de los fiadores, y por tanto, que si alguno pagó el importe total de la obligación, no tiene derecho para exigir del acreedor la restitución de las partes de los demás, porque pagó lo que debía.<sup>1</sup>

Esta explicación se ha estimado insuficiente, porque no contiene una razón científica y aceptable, y por lo mismo, sostiene la mayoría de los autores que la solidaridad de la obligación de los fiadores conjuntos es enteramente anormal y extraña á los principios que rigen á las obligaciones solidarias.

No tiene lugar entre los fiadores el beneficio de división, según el artículo 1,859 del Código civil:<sup>2</sup>

1.º Cuando se renuncia expresamente; pues en tal caso conserva la obligación de los fiadores el carácter de solidaridad que le atribuye la ley, y por tanto, son libres para renunciar los beneficios que ésta les otorga:

1 Des obligations núm. 126

2 Artículos 1,743 Código Civil de 1884.

2.º Cuando cada uno se obliga mancomunadamente con el deudor:

3.º Cuando alguno ó algunos de los fiadores son concursados ó se hallan insolventes.

En estos casos se debe dividir la cuota del concursado ó del insolvente entre los demás fiadores á prorata (Artículo 1,874 y 2,875, Cód. civ.):<sup>1</sup>

4.º Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador ó de los fiadores requeridos de pago:

5.º Cuando alguno ó algunos de los fiadores no puedan ser demandados judicialmente dentro del territorio de la República, ó se ignore el paradero de ellos, y llamados por edictos, no comparecen, ni tienen bienes embargables en el Distrito ó en la California.

Estas excepciones son exactamente las mismas que señala el artículo 1,843 del Código para la procedencia del beneficio de excusión, y se fundan en las mismas razones que expusimos al ocuparnos de este precepto.

De lo expuesto se infiere, que para la procedencia del beneficio de división es necesario:

1.º Que los fiadores garanticen la obligación de un mismo deudor:

2.º Que sean solventes:

3.º Que no hayan renunciado el beneficio de división.

Se infiere por lo mismo, que el beneficio de división no puede tener lugar entre los fiadores y los testigos que abonaron su idoneidad y solvencia, porque garantizan una deuda distinta que aquellos, ó lo que es lo mismo, no garantizan la deuda del deudor principal, sino la de los fiadores; y por la misma razón, tampoco procede la división entre los diferentes fiadores de varios deudores solidarios, pues cada uno garantiza una obligación distinta.

La excepción que nace del beneficio, cuyo estudio hace.

1 Artículos 1,758, y 1,759 Código Civil de 1,884.

mos, es dilatoria, según el artículo 63 del Código de Procedimientos de 1,872, y el 52 del de 1,880, y por consiguiente, sólo puede oponerse dentro de seis días, contados desde el siguiente á la notificación del decreto en que se mandare contestar la demanda.<sup>1</sup>

En otros términos, la excepción que nace del beneficio de división debe oponerse antes de contestarse la demanda, y si se deja pasar el término que con tal objeto señala la ley, ó se contesta aquella sin alegar dicho beneficio, se tiene por renunciado y no puede pretender el fiador la división.

No creemos jurídica la clasificación que el Código de Procedimientos ha hecho enumerando la división entre las excepciones dilatorias, pues su objeto no es impedir el curso de la acción sino destruirla, al menos en parte, cuya circunstancia constituye la naturaleza esencial de las excepciones perentorias, según los arts. 62 y 51 de los Códigos de 1,872 y 1,880.<sup>2</sup>

Es cierto que algunos autores, como Gutiérrez Fernández, han sostenido que la división es una excepción dilatoria, pero también lo es que la mayoría de los jurisconsultos defienden la opinión contraria.

Escribese se expresa acerca de ella en los términos siguientes: "La excepción de división es perentoria, y sigue por consiguiente las reglas de las excepciones de esta clase"; y Pothier dice: que en la excepción de división tiene más de las excepciones perentorias que de las dilatorias, toda vez que tiende á excluir enteramente la acción del acreedor respecto del que la opone hasta la concurrencia de las partes de la deuda que deben pagar los demás cofiadores.<sup>3</sup>

Esta teoría es la del mayor número de los jurisconsultos modernos, y la que nos parece más conforme con los principios fundamentales del derecho.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Artículo 28, Código de Procedimientos de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 27, Código de Procedimientos de 1,884.

<sup>3</sup> Des obligations, núm. 425.

<sup>4</sup> Durantón, tomo VIII, núm. 348; Pont, tomo II, núm. 198 y 200; Laurent, tomo XXVIII, núm. 223; Colmet de Santerre; tomo VIII, núm. 257, *bis* IX; Troplong, núm. 295.

Separándose el Código de los principios del Derecho Romano, que imponían á los fiadores la obligación de probar la solvencia de sus cofiadores cuando alegaban el beneficio de división, nada establece á este respecto; de donde se infiere, que el fiador demandado no tiene prueba alguna que rendir, y que el acreedor es quien tiene que acreditar la insolvencia de aquellos al oponerse á la división.<sup>1</sup>

Fundamos nuestra opinión en la circunstancia de no contener ninguna determinación expresa el Código, y en la de haber declarado éste en el artículo 1,858 que no procede el beneficio á que aludimos cuando los fiadores son insolventes; lo cual quiere decir, que se debe demostrar la existencia de este estado de los responsables para que se deseché el beneficio, y por tanto, que le incumbe la prueba al acreedor que se opone á la procedencia de él.<sup>2</sup>

El beneficio de división, como ya hemos dicho, tiene por objeto que el acreedor divida su acción entre todos los fiadores para que paguen á prorata, y produce el efecto de que el fiador que hace uso de él, sólo responda por la parte del fiador ó fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior á la petición; y ni aún por esa misma insolvencia si el acreedor voluntariamente hace el cobro á prorata sin que el fiador lo reclame (Artículo 1,860, Cód. civ.),<sup>3</sup>

La razón es bastante clara, porque el beneficio de división no tiene efecto retroactivo, sino que produce el que le atribuye la ley desde el día en que lo pone en ejercicio el fiador, y por tanto responde éste proporcionalmente de la insolvencia anterior de sus fiadores. En otros términos: la razón es porque el beneficio de división sólo produce efecto desde el día en que se alega por el fiador.

No responde éste por la insolvencia anterior de sus cofiadores cuando el acreedor divide voluntariamente su ac-

<sup>1</sup> Instituta, tít. 20 lib. 3, § 4.

<sup>2</sup> Artículo 1,742, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,744, Código Civil de 1,884.

ción, porque haciéndolo ha renunciado al derecho que tenía de exigir á todos y cada uno solidariamente el cumplimiento de la obligación.

Resulta, pues, que existe una notable diferencia entre los efectos que produce el beneficio de división opuesto por el fiador, y los que se obtienen por la división que resulta de la voluntad del acreedor; pues el beneficio no liberta al fiador de las partes que corresponden á sus cofiadores insolventes sino desde el día de la petición, mientras que la división hecha voluntariamente por el acreedor le libra de las porciones que debieran pagar los fiadores insolventes, aunque su insolvencia sea anterior á la demanda.

La razón de la diferencia consiste, en que en el segundo caso el acreedor divide su acción voluntariamente, con conocimiento de causa, ó lo que es lo mismo, sabiendo que alguno ó algunos de los fiadores se hallan en la insolvencia, y por consiguiente, demuestra con su conducta que renuncia á su derecho para exigir el importe total de la deuda de todos ó de cada uno de los fiadores. <sup>1</sup>

Como la fianza es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, puede acontecer que recaiga sobre alguna que tenga por objeto la prestación de un hecho; pero como en tal caso pudiera suceder que el fiador careciera de las aptitudes necesarias para cumplir la obligación, la ley ocurre á esta dificultad declarando que queda libre de ella pagando los daños y perjuicios, ó haciendo que un tercero preste el hecho, en cuanto sea posible la sustitución y á su costa (Artículo 1,542 y 1,849, Cód. Civ.). <sup>2</sup>

Creemos enteramente inútil esta declaración que es solamente la repetición del principio establecido en el artículo 1,542 del Código, cuyo estudio hicimos en el artículo II, lección 3.ª de este tratado, principio que es fundamental, y por lo mismo aplicable á todos los contratos.

<sup>1</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 228; Poxt, tomo II, núm. 222.  
<sup>2</sup> Artículos 1,426 y 1,733, Código civil de 1884.

La naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, que depende de la existencia y validéz de la obligación principal, conduce á una consecuencia importante. El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que son inherentes á la obligación principal, pero no las que son personales del deudor. (Artículo 1,840, Cód. Civ). <sup>1</sup>

En otros términos: los medios que destruyen la obligación principal, cuando resultan de la naturaleza misma del contrato, destruyen también la fianza; pero si son inherentes á la persona del deudor, sólo el puede utilizarlas, y de ninguna manera las puede oponer el fiador.

Así, pues, el fiador puede alegar al acreedor las excepciones que nacen de los vicios de nulidad ó rescisión de la obligación principal contraída por error, dolo ó violencia; porque tales vicios son inherentes al contrato, por ellos no puede existir, y por tanto, tampoco puede tener existencia la fianza, accesorio de ese contrato.

Pero hay excepciones puramente personales del deudor, como la menor edad, la interdicción y la incapacidad de la mujer casada, que, como hemos dicho, no puede oponerlas el fiador, quien á pesar de la ineficacia de la obligación principal queda válidamente obligado por las razones que expusimos en el artículo I de esta lección.

El principio á que aludi nos ha servido de fundamento á los autores para distinguir las excepciones que competen al deudor, en reales y personales, y para establecer que el fiador sólo puede alegar las primeras, pero no las segundas.

Ya hemos explicado cuales son las diferencias características entre una y otra especie de excepciones, y para evitar una inútil repetición remitimos á nuestros lectores el artículo VI lección 2.ª de este tratado, y nos limitamos á advertir que existe una diferencia capital entre las excepciones que allí llamamos personales, refiriéndonos á las obligaciones so-

<sup>1</sup> Artículo 1,724 Código civil de 1,884.

lidarias y las que con tal nombre se designan relativamente á la fianza; porque en aquellas los vicios del consentimiento de uno de los deudores constituyen excepciones puramente personales de él, que sus codeudores no pueden oponer, en tanto que el fiador puede oponerlas como inherentes á la obligación principal.

En otros términos; las excepciones que nacen de los vicios del consentimiento son puramente personales del deudor de obligación solidaria; pero son reales respecto del fiador y puede oponerlas al acreedor.

La razón de la diferencia consiste, en que las obligaciones de los deudores solidarios son principales, y existen tantos vínculos distintos cuantos son aquellos. Por el contrario, la fianza es una obligación accesoria, que no puede existir sin la principal.

Cuando el deudor y el acreedor transigen, y la transacción contiene cláusulas ó condiciones ventajosas al fiador, le aprovechan y puede hacerlas valer, pero no le perjudican; porque la transacción que recae sobre la obligación principal alterando su cuantía ó su naturaleza produce una excepción real que puede invocar el fiador, según hemos dicho. (Artículo 1,854, Cód. Civ).<sup>1</sup>

Duranton sostiene que en el caso indicado ni aun podría renunciar á la excepción, porque si el fiador estuviera obligado á pagar la deuda primitiva, á su vez exigiría al deudor el reembolso de lo que hubiera pagado, y de esta manera quedaría éste privado del beneficio que le resultaba de la transacción.

En consecuencia, podemos establecer, que el fiador es libre para aprovecharse de la transacción celebrada por el deudor, si de ella le resulta algún beneficio; pero que no le obliga de ninguna manera si le perjudica y no ha prestado su consentimiento para su celebración.

<sup>1</sup> Artículo 1,738, Código civil de 1,884.

De la misma manera, la transacción celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha, pero no perjudica al deudor principal: esto es, no le obliga á reembolsar al fiador en la porción en que hubiere hecho más onerosa la obligación.

Por una razón que no alcanzamos á comprender, y faltando al buen orden que, en general, preside en el Código, insertaron sus autores dos preceptos entre los que se refieren á los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador, que fijan cuales deben ser los que produce respecto de éste y el deudor.

Para evitar la confusión que produce ese error, reservamos el estudio de los artículos 1,853 y 1,858 del Código, para el artículo siguiente.

#### IV

De los efectos de la fianza con relación al deudor y al fiador.

Vamos á estudiar en este artículo las relaciones jurídicas que crea la fianza entre el deudor y el fiador para fijar los derechos y obligaciones de uno y otro.

La fianza, dicen los autores, es un contrato que crea relaciones entre las tres personas que en él intervienen. Entre el acreedor y el deudor existe una obligación principal que garantiza la fianza: entre el acreedor y el fiador el contrato de fianza; y entre el segundo de éstos y el deudor existe el mandato y la gestión de negocios.

Es consecuencia de la naturaleza de la obligación que existe entre el fiador y el deudor, que sus efectos estén regidos por las mismas reglas que el contrato de mandato y la gestión de negocios; y por lo mismo, que cuando aquél

lidarias y las que con tal nombre se designan relativamente á la fianza; porque en aquellas los vicios del consentimiento de uno de los deudores constituyen excepciones puramente personales de él, que sus codeudores no pueden oponer, en tanto que el fiador puede oponerlas como inherentes á la obligación principal.

En otros términos; las excepciones que nacen de los vicios del consentimiento son puramente personales del deudor de obligación solidaria; pero son reales respecto del fiador y puede oponerlas al acreedor.

La razón de la diferencia consiste, en que las obligaciones de los deudores solidarios son principales, y existen tantos vínculos distintos cuantos son aquellos. Por el contrario, la fianza es una obligación accesoria, que no puede existir sin la principal.

Cuando el deudor y el acreedor transigen, y la transacción contiene cláusulas ó condiciones ventajosas al fiador, le aprovechan y puede hacerlas valer, pero no le perjudican; porque la transacción que recae sobre la obligación principal alterando su cuantía ó su naturaleza produce una excepción real que puede invocar el fiador, según hemos dicho. (Artículo 1,854, Cód. Civ).<sup>1</sup>

Duranton sostiene que en el caso indicado ni aun podría renunciar á la excepción, porque si el fiador estuviera obligado á pagar la deuda primitiva, á su vez exigiría al deudor el reembolso de lo que hubiera pagado, y de esta manera quedaría éste privado del beneficio que le resultaba de la transacción.

En consecuencia, podemos establecer, que el fiador es libre para aprovecharse de la transacción celebrada por el deudor, si de ella le resulta algún beneficio; pero que no le obliga de ninguna manera si le perjudica y no ha prestado su consentimiento para su celebración.

<sup>1</sup> Artículo 1,738, Código civil de 1,884.

De la misma manera, la transacción celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha, pero no perjudica al deudor principal: esto es, no le obliga á reembolsar al fiador en la porción en que hubiere hecho más onerosa la obligación.

Por una razón que no alcanzamos á comprender, y faltando al buen orden que, en general, preside en el Código, insertaron sus autores dos preceptos entre los que se refieren á los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador, que fijan cuales deben ser los que produce respecto de éste y el deudor.

Para evitar la confusión que produce ese error, reservamos el estudio de los artículos 1,853 y 1,858 del Código, para el artículo siguiente.

#### IV

De los efectos de la fianza con relación al deudor y al fiador.

Vamos á estudiar en este artículo las relaciones jurídicas que crea la fianza entre el deudor y el fiador para fijar los derechos y obligaciones de uno y otro.

La fianza, dicen los autores, es un contrato que crea relaciones entre las tres personas que en él intervienen. Entre el acreedor y el deudor existe una obligación principal que garantiza la fianza: entre el acreedor y el fiador el contrato de fianza; y entre el segundo de éstos y el deudor existe el mandato y la gestión de negocios.

Es consecuencia de la naturaleza de la obligación que existe entre el fiador y el deudor, que sus efectos estén regidos por las mismas reglas que el contrato de mandato y la gestión de negocios; y por lo mismo, que cuando aquél

hace el pago tenga derecho para pedir á éste el reembolso de lo que pagó.

Este derecho que se funda en la equidad y la justicia, ha encontrado la debida sanción en el Código civil, que declara en el artículo 1,861, que el fiador debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza, porque ésta le produce un beneficio, y es de suponer que no rechaza el bien que de ella le resulta. <sup>1</sup>

Sin embargo, esta regla sufre excepción cuando el fiador otorga la fianza contra la voluntad del deudor, pues en tal caso no tiene aquél derecho alguno para cobrar lo que pagó; porque se presume con justicia que el deudor tendría razones poderosas que le obligaban á rehusar la fianza, tal vez porque se le daba á la obligación un valor jurídico de que carecía sin ella, y por lo mismo, sufría un perjuicio por su constitución; ó bien que el fiador que de tal manera contradijo la voluntad expresa del deudor, tuvo intención de hacerle una donación gratuita de lo que pagó. <sup>2</sup>

Sin embargo, sostienen los autores, que aun en tal caso puede repetir el fiador por todo aquello en que el deudor principal se hizo más rico, pues la equidad no permite que uno se enriquezca á expensas y con perjuicio de otro.

Este derecho de reembolso que la ley otorga al fiador, tiene lugar, según sostienen los autores, no sólo cuando satisface realmente el objeto de la obligación, esto es, cuando hace el pago, sino también cuando interviene algún otro acto jurídico que hace las veces de éste: por ejemplo, la compensación opuesta por el fiador al acreedor, la dación en pago aceptada por éste, etc. <sup>3</sup>

¿Pero en qué forma puede proceder el fiador para obtener la indemnización á que tiene derecho, conforme á la ley?

<sup>1</sup> Artículo 1,745 Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,745 Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 259 bis II; Troplong núm. 333; y otros.

El artículo 1,853 del Código contesta satisfactoriamente esta cuestión, declarando que, el fiador que paga por el deudor, puede proceder contra éste ejecutivamente en virtud de la sentencia, y conforme á la naturaleza de la obligación, si el pago no se hubiere hecho en virtud del fallo judicial. <sup>1</sup>

La Exposición de motivos del Código civil funda la razón de este precepto en los términos siguientes:

“El artículo 1,853 establece una división importante; porque no es lo mismo para el fiador pagar por sentencia, que hacerlo sin ser condenado. En el primer caso, el fallo no sólo trasmite al fiador los derechos del acreedor, sino que los robustece y los reviste con todo el carácter de la cosa juzgada. En el segundo, el fiador, como que sólo se subroga en el lugar del acreedor, no puede tener más que los derechos de éste. Por lo mismo, es justa la disposición que concede la acción ejecutiva cuando el pago se hace en virtud de sentencia, y establece que, cuando no hay juicio, sólo tenga el fiador las acciones que conforme al contrato correspondían al acreedor.”

Creemos que la razón de la diferencia que establece el artículo aludido consiste, en que la sentencia ejecutoria es un título ejecutivo, ó que trae aparejada ejecución, según la ley, que se tiene como una verdad indiscutible, y por lo mismo, la obligación á que se refiere no puede ser materia de un juicio declarativo ú ordinario, porque consta demostrada su existencia. Por el contrario, cuando el fiador paga fuera de juicio, solamente se subroga en los derechos del acreedor, que todavía son discutibles, no están bajo el amparo de una sentencia ejecutoria ni se tienen como una verdad innegable, y por tanto sólo pueden ejercitarse en el juicio que corresponda, según su naturaleza.

Así, pues, la ley establece dos medios para obtener la indemnización que otorga al fiador, cuando hace el pago por el deudor:

<sup>1</sup> Artículo 1,737, Código civil de 1,884.



1. ° El juicio ejecutivo, cuando hace el pago en virtud de una sentencia:

2. ° El juicio ordinario, cuando el título en que se funda el fiador, subrogado en los derechos y acciones del acreedor, no es de los que apareja ejecución.

Hemos hecho esta explicación siguiendo los preceptos que sanciona el Código; pero cree nos que aquel á que acabamos de referirnos es absolutamente innecesario, porque es sabido que, según los principios más elementales del derecho, procede el juicio ejecutivo, siempre que la acción se funda en un instrumento público ó auténtico, á cuya especie pertenece la sentencia ejecutoria; cuyos principios están sancionados por los artículos 1,007 del Código de Procedimientos de 1,872 y 948 del de 1,880. <sup>1</sup>

El monto de la indemnización debida al fiador esta fijada por el artículo 1,862 del Código Civil, que declara, que aquél debe ser indemnizado por el deudor:

1. ° De la deuda principal: <sup>2</sup>

2. ° De los intereses respectivos desde que haya notificado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato á pagarlos al acreedor:

3. ° De los gastos que haya hecho desde que dió noticia al deudor de haber sido requerido de pago:

4. ° De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

Un ligero examen del precepto que señala estas bases para fijar la indemnización, basta para comprender que la mente del legislador es que el fiador que verifica el pago no pierda ni gane nada en virtud de ella, y que sólo obtenga el reembolso de las cantidades que paga y la indemnización de los daños y perjuicios que sufre con motivo del pago.

Si la deuda causa intereses y el fiador los paga, es evidente que su importe forma un todo con aquella, que es productivo á su vez de intereses á favor de aquél, porque

<sup>1</sup> Artículo 1,017, Código de Procedimientos de 1,884.

<sup>2</sup> Artículos 1,746, Código civil de 1,884.

la falta de la cantidad que desembolsó le causa perjuicio, supuesto que deja de emplearla en sus especulaciones ó industria y de obtener una ganancia lícita compensable sólo, según el artículo 1,598, con el pago de seis por ciento anual de interés. <sup>1</sup>

Por idéntica razón está obligado el deudor á pagar al fiador los intereses respectivos sobre el importe de la deuda, aun cuando no lo estuviere por razón del contrato á pagarlos al acreedor; pero tanto en este caso, como en el que supusimos antes, no se causan tales intereses sino desde la fecha en que se hace saber por el segundo el pago, porque desde entonces se constituye en mora el deudor, por no haber tenido antes noticia de tal hecho, y por consiguiente, de su obligación de reembolsar al fiador.

Por último: tiene también derecho el fiador para que la indemnice de los daños y perjuicios que por su causa hubiere sufrido, porque no sería justo que, cuando ha prestado un servicio, careciera de todo medio de reparar las pérdidas que por él hubiera sufrido en su patrimonio.

Este derecho que la ley otorga al fiador tiene por objeto establecer una excepción al principio contenido en el artículo 1,567 del Código civil, según el cual, en los contratos en que la prestación consiste en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento del contrato, no pueden exceder del interés legal, porque no es justo, que su conducta benéfica y desinteresada le produzca daño y detrimento en sus bienes, el cual le resultaría evidentemente si sólo pudiera tener derecho al pago de los intereses al tipo legal de la cantidad que pagó al acreedor. <sup>2</sup>

Tal resultado se tendría, por ejemplo, si éste hubiera sequestrado algunos bienes del fiador sacándolos á subasta judicial, y rematado en las dos terceras partes de su valor, que

<sup>1</sup> Artículo 1,482, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,451, Código civil de 1,884.

es la postura legal; pues en tal caso no quedaría justamente indemnizado el fiador, si recibiera nada más el precio obtenido en el remate y el importe de sus intereses al seis por ciento anual.

Estas bases tan justas y equitativas para fijar el monto de la indemnización á que tiene derecho el fiador, carecen de toda aplicación cuando éste ha transigido con el acreedor, pues en tal caso no puede exigir del deudor sino lo que en realidad hubiere pagado (Art. 1,864, Cód. civ.).<sup>1</sup>

La razón es, porque el derecho que la ley otorga al fiador tiene por objeto indemnizarle reembolsándole de las cantidades que hubiere pagado, pero no procurarle un lucro á expensas del deudor; y aquel objeto se obtiene cuando el fiador recibe la cantidad que realmente ha pagado.

Además de la acción que hemos mencionado, la ley otorga al fiador que paga, la subrogación de todos los derechos y acciones que el acreedor tenía contra el deudor; es decir, que en virtud del pago que hace se subroga en tales derechos y acciones para reembolsarse de la cantidad que pagó. (Artículo 1,863, Cod. civ.).<sup>2</sup>

Esta subrogación que otorga la ley al fiador es una aplicación del principio sancionado por el artículo 1,706 del Código civil, según el cual tiene lugar la subrogación por mero efecto y ministerio de la ley, cuando el que paga, tiene interés en el cumplimiento de la obligación.<sup>3</sup>

Resulta, pues, que el fiador tiene dos acciones para exigir el reembolso del deudor, una personal que nace del mandato ó de la gestión de negocios, y la otra que debe su origen á la subrogación que en su favor establece la ley.

Todos los autores distinguen cuidadosamente la una de la otra acción, procurando marcar sus efectos, porque en unas ocasiones es más provechosa la segunda que la prime-

1 Artículo 1,748, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,747, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,591, Código civil de 1884, Véase la nota 4. pág. 282 de este volumen.

ra, y en otras, por el contrario, ésta ofrece mayores ventajas que aquella.

Es más provechosa la acción en que fué subrogado el fiador, porque goza las garantías de prenda, anticresis, hipoteca, etc. de que disfrutaba el acreedor; pero es menos ventajosa que la acción personal, porque sólo le procura al fiador el reembolso de la cantidad que pagó, pero no los intereses de ella, si no son debidos en virtud de la obligación principal, supuesto que no puede obtener más de lo que podría pretender legalmente el acreedor.

Es más ventajosa la acción personal, porque puede ejercerla el fiador aun después de prescrita la acción del acreedor, cuya prescripción tiene que efectuarse necesariamente antes, supuesto que aquella nace el día en que el fiador verificó el pago, y dura veinte años.

Se diferencian también la acción personal que tiene el fiador en virtud del pago que hace al acreedor de aquella en que éste le subroga, en que sólo adquiere la primera en el caso de que pague como mandatario ó como gestor de negocios, y, por lo mismo, carece de ella y no tiene derecho alguno para cobrar lo que pagó, según el artículo 1,861 del Código civil, si otorgó la fianza contra la voluntad del deudor, mientras que, por el contrario, basta para que goce de la acción subrogada que pague al acreedor, en virtud del interés que tiene en el cumplimiento de la obligación que garantizó, supuesto que los artículos 1,705, fracción 2<sup>a</sup>, y 1,863, no exigen ni expresa ni implícitamente el consentimiento del deudor para que se verifique la subrogación.<sup>1</sup>

En otros términos: la subrogación tiene lugar en todo caso, en virtud del pago hecho por el fiador, sea que éste haya otorgado la fianza por orden ó consentimiento del deudor, sea que le haya prestado ese servicio sin su noticia y aun contra su voluntad, pues los términos generales de los pre-

1 Artículos 1,745, 1,595, fracción 2<sup>a</sup>, y 1,747, Código civil de 1,884.

ceptos citados no permiten hacer distinción de ninguna especie.

El fiador solidario que paga, tiene derecho de reclamar á los demás la parte que les corresponda; y el que no es solidario, sólo tiene acción contra el deudor por la parte que haya pagado (Art. 1,858, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Este principio no es más que la reproducción del que establece el artículo 1,523 del Código, según el cual, el deudor solidario que paga por los otros, debe ser indemnizado por ellos, cuyo estudio hicimos en el artículo VIII, lección segunda de este tratado, sosteniendo que la obligación que es solidaria respecto del acreedor y los deudores, es simplemente conjunta respecto de los deudores entre sí y los constituye sólo responsables de la parte de la deuda que á cada uno corresponde.<sup>2</sup>

Claro es que, si la fianza no es solidaria sino simplemente conjunta, el fiador sólo tiene derecho para exigir del deudor que le reembolse de la parte que con tal calidad haya pagado, supuesto que la acción que le otorga la ley únicamente tiene por objeto restituirle la cantidad que hubiere pagado é indemnizarle de los perjuicios que hubiere sufrido, pero no concederle los medios de alcanzar un lucro indebido é injusto á expensas del deudor principal.

Por lo demás la sanción de este principio es inútil; supuesto que es la repetición del precepto contenido en el artículo 1,861 del Código, que ordena, por regla general, que el fiador que paga, debe ser indemnizado por el deudor.<sup>3</sup>

Cuando son dos ó más los deudores solidarios de una misma deuda, el fiador puede pedir de cualquiera de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado; porque según los principios, que hemos explicado ya, que rigen la solidaridad, cada

<sup>1</sup> Artículo 1,742, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Página 155.

<sup>3</sup> Artículo 1,745, Código civil de 1,884.

uno de los deudores solidarios está obligado por toda la deuda, como si fuera el único deudor, y, por consiguiente, el fiador de todos está obligado por cada uno de ellos como si fuera el único deudor del total de la deuda, y se subroga en el lugar del acreedor por el importe de aquél contra todos y cada uno de ellos.

Pero el fiador no goza del derecho de hacerse reembolsar por el deudor principal, sino á condición de que le dé noticia del pago que hace, porque pudiera suceder que tenga excepciones que oponer al acreedor, que le exoneren de la obligación, y no es justo que se perjudiquen sus intereses con el pago de una cantidad indebida por la negligencia de aquél.

Así, pues, si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, puede oponerle todas las excepciones que podría alegar al tiempo de hacer el pago (Art. 1866, Código civil).<sup>1</sup>

Tal sería, por ejemplo, el caso en que la fianza tuviera por objeto garantizar el pago del precio de una finca que hubiera sido el objeto de un juicio de evicción, y que, no obstante esta circunstancia, hubiera pagado el fiador aquel precio; pues en tal caso podía haberse libertado el deudor del pago, alegando la evicción.

Tal sería también el caso en que el deudor pudiera alegar la excepción de prescripción; pues el fiador carecía de facultad para privarle de ese derecho que le otorga la ley.

Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no puede éste repetir contra aquél sino solamente contra el acreedor, porque es justo que sufra las consecuencias de su negligencia (Art. 1867, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Esta regla, fundada en la equidad y la justicia es, como puede comprenderse fácilmente, una derogación del derecho común, según el cual, por el pago hecho por el fiador

<sup>1</sup> Artículo 1,750, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,751, Código civil de 1,884.

debería quedar libre de la obligación el deudor, y, por lo mismo, pagando á su vez hacía un pago indebido que le daba derecho para repetir del acreedor el importe de la deuda; y tal derogación tiene por objeto librarle de las molestias y gastos consiguientes del juicio y del peligro de la insolvencia de aquél, haciéndolos recaer sobre el fiador negligente, porque es justo que sufra las consecuencias de su conducta.

Fundados en los preceptos del derecho Romano, sostienen los autores que, en el caso contrario, cuando el deudor pague sin darle aviso al fiador y éste, ignorando tal hecho, hace el pago á su vez, que le compete la acción de mandato contra aquél para reembolsarse de la cantidad que indebidamente pagó, pero subrogándole en su acción contra el acreedor para que pueda repetir contra él por aquella cantidad.<sup>1</sup>

Podría decirse que al pagar el fiador una deuda ya extinguida, no ha hecho nada en beneficio del deudor, y por tanto, que éste no le ayuda nada, y que debe ejercitar su acción por el pago indebido contra el acreedor.

Pero á esta objeción se contesta diciendo que el fiador debe ser indemnizado de todo lo que hubiere perdido con motivo de la fianza y sin su culpa, y que habiéndola en el caso propuesto de parte del deudor por no haberle dado un oportuno aviso para evitar el error en que incurrió, es justo que sufra las consecuencias exponiéndose á las molestias del juicio y al peligro de la insolvencia del acreedor.<sup>2</sup>

Sin embargo; otros autores sostienen, que en tal caso no tiene el fiador derecho alguno contra el deudor para obtener el reembolso, sino que le compete acción contra el acreedor por el pago indebido, ó por lo menos, que es muy discutible que tenga tal derecho, porque no hay una ley que establezca el principio á que nos referimos, y no puede admitirse la existencia de una obligación por razón de analogía.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Leyes 8. pár. 9, y 29. pár. 2. tit. 1, lib. 17 D.

<sup>2</sup> Leyes 15 y 20, tit. 1, lib. 17, D.

<sup>3</sup> Duranton, tomo XVIII, núm. 357; Pout, tomo II, núm. 255; Laurent, tomo XXVIII, núm. 240.

La opinión de dichos autores, aunque relacionada con el derecho Francés, puede aplicarse al nuestro, porque, como aquél, guarda silencio acerca del caso propuesto; esto es, no contiene ningún precepto que expresa ó implícitamente se ocupe de él.

La teoría que hemos expuesto y que ha motivado las observaciones precedentes ha sido tradicional entre nosotros y de observancia práctica antes de la vigencia del Código civil, como puede verse en el Diccionario de Escriche, en la palabra "*Fianza*," párrafo III, en donde también sostiene este jurisconsulto que tal teoría no puede tener aplicación cuando el fiador se obligó por el deudor principal sin noticia de éste, pues malamente podía dar aviso del pago á un fiador á quien no conocía; y que lo mismo tiene lugar, si éste hizo el nuevo pago espontáneamente y sin ser reconvenido para ello por el acreedor.

Por nuestra parte, creemos que el silencio de nuestro Código sobre este punto importante puede ser suplido por la aplicación de dicha teoría, que se funda en los preceptos del derecho Romano, sancionados, antes de ahora, por la jurisprudencia, toda vez que no pugna con los preceptos de aquél y que facilita los medios de resolver de una manera equitativa y justa una cuestión tal vez frecuente en la práctica.

Como nadie está obligado á lo imposible, es claro que si el fiador hace el pago en virtud de un fallo judicial, y por hallarse ausente á gran distancia el deudor, por ignorarse su paradero, ó por otra causa semejante deja de darle el aviso respectivo, no pierde su derecho para exigirle el reembolso y la indemnización respectiva, á no ser que á sabiendas hubiere dejado de oponer las excepciones que tenía el deudor, que habrían destruido la acción del acreedor, pues tal omisión hace presumir que obró fraudulentamente y con el objeto de perjudicar al deudor.

Pero esta regla no tiene aplicación cuando el fiador se abstiene de oponer las excepciones que son exclusivamente

personales del deudor, por ejemplo, la menor edad de éste; y otras semejantes; pues en tales casos tiene derecho para exigir el reembolso y la indemnización.

Este principio, que debe su origen al derecho Romano y fué reproducido por la ley 15, tit. 12, Partida 5.<sup>a</sup> ha sido sancionado por el artículo 1,868 del Código civil, que declara, que si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste queda obligado á indemnizar á aquél, y no puede oponerle más excepciones que las que son inherentes á la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas.<sup>1</sup>

En consecuencia: podemos establecer que, según este precepto, el fiador está obligado á oponer al acreedor todas las excepciones de que tuviere conocimiento, menos las personales del deudor; y que si falta al cumplimiento de ese deber, puede rechazar éste su acción para el reembolso de la cantidad que pagó, oponiéndole las excepciones que dejó de alegar á sabiendas, siempre que sean inherentes á la obligación, esto es, que se refieran á su esencia y validez, como la de nulidad del contrato, etc.

A primera vista puede parecer absurdo que el deudor pueda oponer al fiador las mismas excepciones que habría podido alegar contra el acreedor; pero la más ligera reflexión basta para hacer patente la justicia de la determinación de la ley, porque nos hace recordar que el fiador que paga se subroga en todos los derechos del acreedor, así como en todas sus obligaciones, y por lo mismo, que el deudor puede oponerle las mismas excepciones que á aquél, en cuyo lugar se ha sustituido.

Si la deuda fuere á plazo ó bajo condición y el fiador paga antes de que ésta ó aquél se cumplan, no puede cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible, porque

<sup>1</sup> Artículo 1,752, Código civil de 1,884.

haciendo el pago anticipado le priva del beneficio que le resulta de la concesión del plazo ó convierte en pura una obligación condicional, que aun se ignora si llegará á ser exigible, por estar pendiente del verificativo de un acontecimiento incierto, y no puede por el solo efecto de su voluntad privarle de un derecho y empeorar su condición con perjuicio de sus intereses.

Así pues, si el fiador paga antes del vencimiento del plazo ó antes del cumplimiento de la condición, carece de derecho para pretender el reembolso del deudor y tiene que diferir su pretensión hasta que el primero se venza ó que la segunda se cumpla.

La ley no sólo ha provisto á los intereses del fiador para resarcirle de los daños y perjuicios que hubiere sufrido, haciendo el pago de la deuda, sino que también le ha otorgado un recurso para precaverlos y evitarlos antes de que se le causen.

A este fin, y reproduciendo los principios del derecho Romano, sancionados por nuestra antigua legislación, declara el artículo 1,870 del Código civil, que el fiador puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago ó le releve de la fianza en los casos siguientes:<sup>1</sup>

- 1.º Si fuere demandado judicialmente por el pago:
- 2.º Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente:
- 3.º Si pretende ausentarse de la República:
- 4.º Si se obligó á relevarle de la fianza en tiempo determinado, y éste ha trascurrido.
- 5.º Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo:

En este caso puede también exigir el fiador que el acreedor proceda contra el deudor principal ó contra el mismo fiador admitiéndole el beneficio de excusión si tuviere lugar;

<sup>1</sup> Leyes 38 y 56, tit. 1, lib. 17, D, 10, tit. 35, lib. 4, C., y 14, tit. 12, Part. 5.<sup>a</sup>

y si el acreedor no demanda al deudor ni al fiador, dentro de sesenta días, contados desde la fecha en que se haga el requerimiento, queda éste libre de la obligación, porque no debe depender del capricho del acreedor el ejercicio de su acción, exponiendo al fiador á que por su negligencia se haga insolvente el principal obligado y le prive de toda posibilidad de reembolso (Arts. 1,871 y 1872, Cód. civ).<sup>1</sup>

6.º Si han transcurrido diez años, no teniendo la obligación principal término fijo, y no siendo la fianza por título oneroso.

Varias razones dan los jurisconsultos para fundar esta determinación de la ley, las cuales vamos á exponer en compendio.

Para lograr su intento, equiparan la situación del fiador y del deudor con la del mandatario y el mandante, y sostienen, que así como el mandatario no está obligado á despojarse de sus bienes para la ejecución del mandato, y que puede exigir del mandante que le ministre los fondos necesarios, de la misma manera no está obligado el fiador á sufrir tan grave perjuicio sin tener derecho de exigir del deudor que le salve del peligro que le amenaza, satisfaciendo al acreedor por los medios que encontrare convenientes ó relevándole de la fianza.

Sostienen también, que el fiador se ha obligado á satisfacer la obligación en defecto del deudor pero que no ha autorizado á éste para que le estreche al cumplimiento de ese deber, que sólo puede exigirle el acreedor; y que equivaldría á tanto como otorgarle tal derecho, si el fiador no pudiera compelerle en los casos indicados á asegurar el pago ó á relevarle de la obligación.

Por último: dicen que el fiador no se ha obligado con el deudor á pagar por él, á erogar los gastos ni á ministrarle los que demande la excusión, sino que se ha obligado con el

<sup>1</sup> Artículos 1,755 y 1,756, Código civil de 1,884.

acreedor, y por lo mismo, cuando se ve en peligro de pagar la deuda y de erogar esos gastos, le causa la fianza un perjuicio actual, y como es un principio legal aquel que establece que el fiador no debe sufrir pérdida alguna, de aquí proviene la acción que le otorga la ley.<sup>1</sup>

La mente de ésta al otorgar al fiador el derecho de exigir al deudor que asegure el pago ó le releve de la fianza es libertarle del peligro inminente de un perjuicio en sus intereses, presumible, con justicia en los casos que expresa.

Como la acción que compete al fiador en los casos señalados por el artículo 1,870 del Código se funda sólo en el favor y en consideraciones especiales de equidad respecto de aquél, se infiere que tal acción no puede extenderse por analogía á otros casos fuera de aquellos, y por tanto, que la enumeración que hace aquél precepto es limitativa.

## V

### De los efectos de la fianza con relación á los fiadores entre sí.

Hasta aquí hemos considerado los efectos de la fianza bajo el supuesto de que sea constituida por una sola persona, pero puede otorgarse también por varios individuos garantizando una misma obligación, por lo cual se hace preciso examinar los que le atribuye la ley en ese caso con respecto á los mismos fiadores entre sí.

Ya hemos visto que, según el artículo 1,857 del Código, cuando son varios los fiadores de un deudor por una sola

<sup>1</sup> Pont, tomo II, nums. 83 y 85; Ponsot, núm. 264.

y si el acreedor no demanda al deudor ni al fiador, dentro de sesenta días, contados desde la fecha en que se haga el requerimiento, queda éste libre de la obligación, porque no debe depender del capricho del acreedor el ejercicio de su acción, exponiendo al fiador á que por su negligencia se haga insolvente el principal obligado y le prive de toda posibilidad de reembolso (Arts. 1,871 y 1872, Cód. civ).<sup>1</sup>

6.º Si han transcurrido diez años, no teniendo la obligación principal término fijo, y no siendo la fianza por título oneroso.

Varias razones dan los jurisconsultos para fundar esta determinación de la ley, las cuales vamos á exponer en compendio.

Para lograr su intento, equiparan la situación del fiador y del deudor con la del mandatario y el mandante, y sostienen, que así como el mandatario no está obligado á despojarse de sus bienes para la ejecución del mandato, y que puede exigir del mandante que le ministre los fondos necesarios, de la misma manera no está obligado el fiador á sufrir tan grave perjuicio sin tener derecho de exigir del deudor que le salve del peligro que le amenaza, satisfaciendo al acreedor por los medios que encontrare convenientes ó relevándole de la fianza.

Sostienen también, que el fiador se ha obligado á satisfacer la obligación en defecto del deudor pero que no ha autorizado á éste para que le estreche al cumplimiento de ese deber, que sólo puede exigirle el acreedor; y que equivaldría á tanto como otorgarle tal derecho, si el fiador no pudiera compelerle en los casos indicados á asegurar el pago ó á relevarle de la obligación.

Por último: dicen que el fiador no se ha obligado con el deudor á pagar por él, á erogar los gastos ni á ministrarlos que demande la excusión, sino que se ha obligado con el

<sup>1</sup> Artículos 1,755 y 1,756, Código civil de 1,884.

acreedor, y por lo mismo, cuando se ve en peligro de pagar la deuda y de erogar esos gastos, le causa la fianza un perjuicio actual, y como es un principio legal aquel que establece que el fiador no debe sufrir pérdida alguna, de aquí proviene la acción que le otorga la ley.<sup>1</sup>

La mente de ésta al otorgar al fiador el derecho de exigir al deudor que asegure el pago ó le releve de la fianza es libertarle del peligro inminente de un perjuicio en sus intereses, presumible, con justicia en los casos que expresa.

Como la acción que compete al fiador en los casos señalados por el artículo 1,870 del Código se funda sólo en el favor y en consideraciones especiales de equidad respecto de aquél, se infiere que tal acción no puede extenderse por analogía á otros casos fuera de aquellos, y por tanto, que la enumeración que hace aquél precepto es limitativa.

## V

### De los efectos de la fianza con relación á los fiadores entre sí.

Hasta aquí hemos considerado los efectos de la fianza bajo el supuesto de que sea constituida por una sola persona, pero puede otorgarse también por varios individuos garantizando una misma obligación, por lo cual se hace preciso examinar los que le atribuye la ley en ese caso con respecto á los mismos fiadores entre sí.

Ya hemos visto que, según el artículo 1,857 del Código, cuando son varios los fiadores de un deudor por una sola

<sup>1</sup> Pont, tomo II, nums. 83 y 85; Ponsot, núm. 264.

deuda, responde cada uno de ellos por la totalidad de ella, salvo convenio en contrario.<sup>1</sup>

De este precepto se infiere que el acreedor tiene derecho para dirigirse contra cualquiera de los fiadores y exigirle el total de la deuda y que el requerido está obligado á pagarle, pero á la vez surge esta cuestión: ¿tiene el fiador que hizo el pago alguna acción contra los demás fiadores para reembolsarse y para obtener la indemnización de los daños y perjuicios que por él hubiere sufrido?

Según el derecho Romano y la legislación de las Partidas, el fiador que había pagado, no tenía recurso alguno contra sus cofiadores, si el acreedor no le cedía expresamente sus derechos antes de verificar el pago; porque la fianza era un convenio entre el fiador y el deudor y no entre los mismos fiadores, pues cada uno de ellos se propone prestar un servicio á aquél y no á sus cofiadores.<sup>2</sup>

Esta teoría rigurosamente lógica y conforme con los principios estrictos del derecho Romano era contraria á la equidad, porque otorgaba á todos los fiadores su libertad á expensas y con perjuicio de uno solo de ellos, siendo así que todos estaban obligados á satisfacer el importe de la deuda y que podían haber sido estrechados por el acreedor á pagar á prorata el total de ella.

Pero nuestro Código, siguiendo el principio sancionado por el artículo 2,033 del Código Francés, que es enteramente conforme con las indicaciones de la justicia y la equidad, declara, que siendo dos ó más fiadores del mismo deudor, y por la misma deuda, el que la hubiere pagado en su totalidad, puede exigir de cada uno de los otros la parte proporcional que le corresponda; y que si alguno de ellos se hallare insolvente, se divida su cuota entre los demás á prorata (Artículo 1,873 y 1,874. Cód civ).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 11,741, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Leyes 39, tít. 1, lib. 46 D, y 11, tít. 12 Partida, 5ª

<sup>3</sup> Artículos 1,757, y 1,758, Código civil de 1,884.

Podría decirse que este derecho, que otorga la ley al fiador que hace el pago, es propiamente hablando, un efecto de la subrogación legal; pero para convencerse de que tal aserción se halla muy lejos de la verdad, basta tener presente que el fiador sólo goza de tal derecho cuando se le ha exigido judicialmente el pago, ó cuando el deudor principal está fallido, según la limitación que de una manera expresa establece el artículo 1,875 del Código; cuya circunstancia demuestra que la acción que compete al fiador sólo tiene lugar cuando sus cofiadores tienen un gran interés en que se haga el pago, y por razón de ese interés deben satisfacer en parte la deuda, y por consiguiente, que aquél no sucede al acreedor en sus derechos.<sup>1</sup>

Se infiere también de lo expuesto, que el fiador que hace el pago sin que se le exija judicialmente, ó cuando el deudor no está fallido ó en estado de insolvencia, no tiene acción alguna para exigir de sus cofiadores el reembolso, pues como dice Laurent, la ley supone que si el fiador no se hubiera apresurado á pagar, el deudor lo habría hecho, librando á los demás fiadores.<sup>2</sup>

El fundamento de la acción que nos ocupa es, como hemos dicho, el pago hecho al acreedor, el cual supone necesariamente que los demás fiadores quedan libres de la obligación por haberse extinguido. Pero como este efecto no se obtiene sino mediante un pago válido, según la ley, se infiere que tal acción está subordinada de una manera inclinable á esta condición.

El que abona al fiador es estimado, según la ley, y como dijimos en el artículo III de esta lección, como fiador de aquél y es responsable del cumplimiento de la obligación si resulta insolvente. Pues bien, este principio que ha sido sancionado por los artículos 1,855 y 1,856 del Código, se ha reproducido por el artículo 1,877, que declara, que el que

<sup>1</sup> Artículo 1,759, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Tomo XXVIII, núm. 264.



abonó al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores en los mismos términos en que lo sería el fiador. <sup>1</sup>

Juzgamos que esta repetición es absolutamente inútil é innecesaria, toda vez que el precepto referido nada nos enseña que ya no estuviera previsto y sancionado por los artículos antes citados.

El artículo 1,876 declara, que los fiadores demandados por el que pagó, pueden oponerle las excepciones que podría alegar el deudor principal contra el acreedor, y que no fueren puramente personales del deudor ó del fiador que hizo el pago. <sup>2</sup>

Este precepto se funda en las mismas consideraciones que el artículo 1,868, aunque no contiene la justa restricción que éste impone al derecho del deudor para oponer excepciones al fiador que hizo el pago, limitándolo sólo á aquellas que omitió éste teniendo conocimiento de ellas. <sup>3</sup>

Creemos inmotivada la generalidad del precepto y que no se halla en armonía con el artículo 1,868, porque siendo idénticas las situaciones del deudor y de los cofiadores respecto del fiador que hizo el pago, no hay alguna razón jurídica ó de equidad y de justicia por la cual gocen los segundos de un derecho más ventajoso que el primero, y por la cual el fiador que pagó apremiado judicialmente y no opuso excepciones de que tenía conocimiento, puede ser burlado en el justo ejercicio de su derecho por la alegación de ellas.

Racional y justo es que el fiador que á sabiendas dejó

<sup>1</sup> Artículos 1,739, 1,740 y 1,761; Código civil de 1884. Reformados los tres preceptos que anteceden. Véanse las notas de las páginas 424 y 433, en cuanto á los dos primeros.

El último quedó concebido en los términos siguientes, para guardar armonía con los otros:

«El que fia al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores, en los mismos términos en que lo sería el fiador fiado.»

<sup>2</sup> Artículo 1,760, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,752, Código Civil de 1884.

de alegar las excepciones que asistían al deudor ó á él, sufra las consecuencias de su conducta negligente ó sospechosa de haber querido causar deliberadamente un daño al deudor, pero no lo es que sufra un perjuicio cuando su conducta es inculpable.

## VI

### De la extinción de la fianza.

La fianza es una obligación, supuesto que el fiador se obliga con el acreedor á satisfacer en defecto del deudor los deberes que se impuso, y por lo mismo, está sujeta á las mismas reglas que rigen los diversos modos de extinguirse las demás obligaciones, aunque con pequeñas diferencias que ya hemos indicado en la lección IV de este tratado á las cuales haremos las debidas referencias.

Pero la fianza es un contrato accesorio, y como tal, no puede subsistir sin la obligación principal; cuya circunstancia nos conduce necesariamente á concluir que la extinción de dicha obligación produce la de la fianza.

Estos principios, que son una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de la fianza, han encontrado la debida sanción en el artículo 1,878 del Código Civil, que declara, que extinguida la obligación principal, se extingue la fianza, que también puede extinguirse como las demás obligaciones. <sup>1</sup>

Como dijimos en el artículo VIII de la lección citada, la confusión consiste en la reunión de cualidades incompati-

<sup>1</sup> Artículos 1,762 Código Civil de 1884.

abonó al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores en los mismos términos en que lo sería el fiador. <sup>1</sup>

Juzgamos que esta repetición es absolutamente inútil é innecesaria, toda vez que el precepto referido nada nos enseña que ya no estuviera previsto y sancionado por los artículos antes citados.

El artículo 1,876 declara, que los fiadores demandados por el que pagó, pueden oponerle las excepciones que podría alegar el deudor principal contra el acreedor, y que no fueren puramente personales del deudor ó del fiador que hizo el pago. <sup>2</sup>

Este precepto se funda en las mismas consideraciones que el artículo 1,868, aunque no contiene la justa restricción que éste impone al derecho del deudor para oponer excepciones al fiador que hizo el pago, limitándolo sólo á aquellas que omitió éste teniendo conocimiento de ellas. <sup>3</sup>

Creemos inmotivada la generalidad del precepto y que no se halla en armonía con el artículo 1,868, porque siendo idénticas las situaciones del deudor y de los cofiadores respecto del fiador que hizo el pago, no hay alguna razón jurídica ó de equidad y de justicia por la cual gocen los segundos de un derecho más ventajoso que el primero, y por la cual el fiador que pagó apremiado judicialmente y no opuso excepciones de que tenía conocimiento, puede ser burlado en el justo ejercicio de su derecho por la alegación de ellas.

Racional y justo es que el fiador que á sabiendas dejó

<sup>1</sup> Artículos 1,739, 1,740 y 1,761; Código civil de 1884.  
Reformados los tres preceptos que anteceden. Véanse las notas de las páginas 424 y 433, en cuanto á los dos primeros.

El último quedó concebido en los términos siguientes, para guardar armonía con los otros:

«El que fia al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores, en los mismos términos en que lo sería el fiador fiado.»

<sup>2</sup> Artículo 1,760, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,752, Código Civil de 1884.

de alegar las excepciones que asistían al deudor ó á él, sufra las consecuencias de su conducta negligente ó sospechosa de haber querido causar deliberadamente un daño al deudor, pero no lo es que sufra un perjuicio cuando su conducta es inculpable.

## VI

### De la extinción de la fianza.

La fianza es una obligación, supuesto que el fiador se obliga con el acreedor á satisfacer en defecto del deudor los deberes que se impuso, y por lo mismo, está sujeta á las mismas reglas que rigen los diversos modos de extinguirse las demás obligaciones, aunque con pequeñas diferencias que ya hemos indicado en la lección IV de este tratado á las cuales haremos las debidas referencias.

Pero la fianza es un contrato accesorio, y como tal, no puede subsistir sin la obligación principal; cuya circunstancia nos conduce necesariamente á concluir que la extinción de dicha obligación produce la de la fianza.

Estos principios, que son una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de la fianza, han encontrado la debida sanción en el artículo 1,878 del Código Civil, que declara, que extinguida la obligación principal, se extingue la fianza, que también puede extinguirse como las demás obligaciones. <sup>1</sup>

Como dijimos en el artículo VIII de la lección citada, la confusión consiste en la reunión de cualidades incompati-

<sup>1</sup> Artículos 1,762 Código Civil de 1884.

bles de acreedor y deudor, ó de acreedor y fiador; y tal reunión produce el efecto de que se extingan la obligación principal en el primer caso y la del fiador en el segundo, porque es absurdo é imposible que éste quede obligado á sí mismo.

Pero este efecto no se produce respecto del deudor principal, porque la confusión no causa imposibilidad para el ejercicio de la acción del acreedor; aunque sí parece que debería producirse respecto del que abonó al fiador, porque la obligación de éste es principal relativamente á la de aquél, y su extinción debería causar la de la accesoria.

Así se hallaba establecido por los preceptos del Derecho Romano, según los cuales, se extinguía la fianza por la confusión cuando el fiador y el deudor se heredaban el uno al otro, y producía el efecto jurídico de extinguir también las obligaciones accesorias de aquella, menos la prenda ó la hipoteca, y por consiguiente, la del que abonó al fiador.<sup>1</sup>

Duranton explica la teoría del Derecho Romano, diciendo que la fianza tenía lugar por la vía de la estipulación, en la cual todo era de estricto derecho; y como el abonador se había obligado para garantizar la obligación del fiador, se decía, cuando éste no estaba obligado, que tampoco lo estaba su fiador.<sup>2</sup>

Pero Toullier sostiene con justicia, que tal teoría está fundada en una sutileza, porque se consideraba malamente la obligación del abonador como accesoria de la del fiador, cuando en realidad garantiza la principal; aunque bajo condición, y sólo para el caso en que el fiador no pueda cumplir el deber que se impuso: de donde se infiere que la obligación de éste no es principal respecto de la del abonador, sino solamente la condición bajo la cual se adhiere este último á la obligación del deudor.<sup>3</sup>

Por este motivo rechazó nuestro Código tal teoría, á ejem-

1 Ley 38, párrafo 5, tít. 3, lib. 46, D.

2 Tomo XVIII, núm. 377.

3 Tomo VII, núm. 426.

plo del Frances y de las legislaciones modernas, y estableció en el artículo 1,879 el principio, según el cual, cuando la obligación del fiador y la del deudor se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la del abonador.<sup>1</sup>

Este principio se funda, según Troplong, en dos razones:

1.ª La confusión no puede producir efectos perjudiciales para el acreedor, que tiene facultad para aprovechar de la unión de las dos cualidades la que le sea más ventajosa:

2.ª Al responder el abonador por el fiador, garantiza también al deudor principal.<sup>2</sup>

El pago, que es la manera más natural de cumplir la obligación, la extingue, y por consiguiente, extingue también la fianza, que es accesoria y subsidiaria de ella, sin la cual no puede existir, y el mismo efecto se obtiene cuando el deudor hace el ofrecimiento de pago, seguido de la consignación por la negativa del acreedor para recibirlo.<sup>3</sup>

Este mismo objeto se obtiene cuando el deudor retira la cosa del depósito hecho á virtud de la consignación, con el consentimiento del acreedor, porque la sentencia que le obliga á aceptar, ó su voluntad para admitirla le transmiten la propiedad de la cosa y extinguen la deuda, y con ella la obligación del fiador, que no puede revivir sin el consentimiento nuevamente otorgado por éste (Artículo 1,682, Código Civil).<sup>4</sup>

La subrogación extingue la obligación principal respecto del acreedor, pero por una ficción de la ley subsiste en favor del subrogado, y en virtud de ella subsisten también las obligaciones accesorias que garantizan el pago, como la fian-

1 Artículo 1,763, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes, para ponerlo en armonía con los artículos 1,739 y 1,740:

«Si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador.»

2 Núm. 428.

3 Páginas 257 y siguientes de este volumen.

4 Artículo 1,568, Código Civil de 1,884.

za, la prenda, la hipoteca, etc. En consecuencia, la fianza no se extingue por la subrogación, sino cuando el fiador satisface la obligación principal (Artículo 1,713, Código Civil).<sup>1</sup>

La novación extingue la obligación principal, y por lo mismo, en virtud de ella quedan también extinguidas la fianza y las demás obligaciones accesorias que garantizan su cumplimiento (Artículo 1,727, Código Civil).<sup>2</sup>

Este principio, tan sencillo en la apariencia, suele prestar dificultades en la práctica, y en muchas ocasiones ha dado origen á debatidas controversias entre los juristas.

Así, por ejemplo; la próroga ó espera concedida al deudor no aprovecha al fiador para el efecto de extinguir su obligación, según Vinnio, Voet y otros, porque dentro del nuevo plazo puede hacer aquél buenos negocios que le faciliten el pago, y en todo caso, el fiador que no ha intervenido en la concesión de la próroga, puede estrechar al deudor á relevarle de la fianza.<sup>3</sup>

Los defensores de esta teoría la fundan en que la próroga del plazo concedida al deudor no importa la novación de la obligación principal; pero los contradictores de ella sostienen, á nuestro juicio, con justicia, que durante la próroga se puede hacer insolvente el deudor, y es contrario á la equidad, que recaigan las consecuencias de la insolvencia de éste sobre el fiador, que, ni ha solicitado, ni ha consentido la próroga.

Esta divergencia de opiniones ha dado motivo para que las legislaciones modernas difieran en este punto, y que unas sancionen una teoría y otras la contraria; pero nuestro Código, siguiendo los principios del Derecho Romano y al Código Portugués, declara que la próroga ó espera concedida

<sup>1</sup> Artículo 1,598, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,612, Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Quæst, illust. lib. 2, cap. XLII.

al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza (Art. 1,883).<sup>1</sup>

Todos los juristas están conformes acerca de que, cuando el acreedor acepta voluntariamente una finca ú otra cosa cualquiera en pago de la deuda, queda exonerado el fiador, aun cuando el acreedor pierda después por evicción la cosa que se le dió, cuyo principio sanciona también el artículo 1,880 del Código Civil; pero han tenido grandes divergencias sobre las razones que lo justifican.

En efecto: unos sostienen que, en el caso supuesto, la obligación principal se extingue por la aceptación del acreedor, y por consiguiente, se extingue también la fianza, que es accesoria de ella, y que si aquél es desapoderado de la cosa por la evicción, es en virtud de una acción distinta de la que nace del contrato primitivo. que no es la que garantizaba el fiador. En una palabra, que ha habido novación que extinguió la primera obligación, y que la fianza no puede extenderse á otra distinta de aquella por la cual se otorgó.<sup>2</sup>

Otros sostienen, por el contrario, que en el caso indicado no hay novación, sino dación en pago, que sólo puede extinguir la obligación del deudor y la fianza de una manera condicional, si éste le trasmite al acreedor la propiedad de la cosa que le dá en pago, y por lo mismo, que el principio que nos ocupa viene á derogar los generales del derecho; pero sostienen á la vez su justicia diciendo, que cuando el acreedor recibe una cosa distinta de la que se le debe, es porque la deuda está vencida, y por tanto, el fiador tendría derecho de exigir al deudor que pagara ó le relevara de la fianza; y si no lo hace es porque por la dación en pago ha tenido un justo motivo para creerse libre, y no es justo prolongar indefinidamente su obligación, tanto más cuanto que

<sup>1</sup> Artículo 1,767 Código Civil de 1884.

<sup>2</sup> Pont, tomo II, núm. 399 y 400; Ponsot, núm. 351; Baudry La Cantinerie, tomo II, núm. 962; Aubry y Rau, tomo II, pág. 487 y nota 4<sup>a</sup>, IV, y pág. 693; Grenier, tomo II, pág. 501.

hay culpa de parte del acreedor por haber recibido sin las investigaciones necesarias una cosa que no le pertenecía al deudor. <sup>1</sup>

La remisión de la deuda extingue la fianza, supuesto que ésta es un accesorio de aquella, que se extingue por el perdón del acreedor.

Este principio de tan fácil inteligencia nos conduce á establecer de una manera lógica é indiscutible, que la quita, la remisión parcial de la deuda, reduce la fianza en la misma proporción que á ésta. Pero si en virtud de ella queda sujeta á nuevos gravámenes ó condiciones la obligación principal, se extingue la fianza; porque entonces hay una verdadera novación que da origen á una obligación distinta de aquella que garantizaba la fianza, á la cual no puede extenderse ésta sin consentimiento del fiador y sólo por efecto de la voluntad del deudor principal y del acreedor (Artículo 1,884, Código Civil). <sup>2</sup>

Si el acreedor exonera á alguno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, todos ellos quedan exonerados proporcionalmente de la obligación remitida, porque gozando del beneficio de división que la ley les otorga, no pueden ser privados de él, con perjuicio de sus intereses, por el efecto sólo de la voluntad del acreedor, tanto más, cuanto que la remisión de éste tendría por objeto otorgar un beneficio á un fiador á expensas de los demás, lo cual es injusto (Artículo 1,881, Código Civil). <sup>3</sup>

Además de los modos expresados de extinguirse la fianza, establece la ley otro, proveniente de la culpa del acreedor, declarando que los fiadores, aun cuando sean solidarios, quedan libres de sus obligaciones, si por culpa ó negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privile-

<sup>1</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 281; Mourlon, tomo III, núm. 1,162; Troplong, núm. 581; Marton, Des privileges et hypothèques, tomo IV, núm. 1,336.

<sup>2</sup> Artículo 1,768, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,765, Código civil de 1884.

gios é hipotecas del mismo acreedor (Art. 1,882, Código Civil). <sup>1</sup>

Este principio se funda en consideraciones de justicia y equidad, pues cuando la deuda principal está garantizada por hipotecas, prendas, etc., el fiador se obliga teniendo en cuenta esas garantías que le facilitan el reembolso en el caso de que haga el pago de la deuda principal, supuesto que por él se subroga en todos los derechos del acreedor.

Así, pues, la subrogación es una condición del compromiso que contrae el fiador, y por tanto, si el acreedor la hace imposible, queda aquél libre de la fianza.

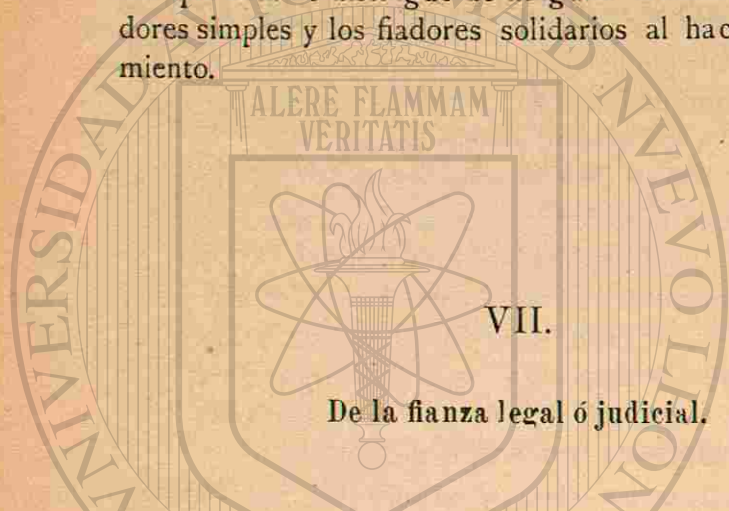
Pero la liberación del fiador no se obtiene en este caso de pleno derecho, supuesto que depende de un hecho cuya existencia es preciso demostrar, mediante las pruebas que reconoce la ley, y que sea alegado por vía de excepción por el fiador, contradiciendo la demanda del acreedor.

Las palabras de la ley, claras y terminantes, nos indican con toda precisión que la libertad del fiador se obtiene en todos aquellos casos en que el acreedor deja perder las seguridades ó garantías de su crédito, ya por un hecho positivo, ya por negligencia ú omisión, como cuando no persigue en su oportunidad al deudor ó no continúa las gestiones judiciales que inició en su contra, y entre tanto se hace éste insolvente.

Las mismas palabras de la ley nos demuestran que es igualmente aplicable á los fiadores solidarios, ó lo que es lo mismo, que quedan exonerados de la fianza cuando por culpa del acreedor no pueden ser subrogados en los derechos, privilegios é hipotecas de éste; y la razón es clara, pues la solidaridad á que se someten, haciendo su obligación más severa, no cambia ni altera la naturaleza ni los efectos jurídicos de la fianza, de esa obligación accesoria, que le da derecho, en el caso de que hagan el pago por el deudor prin-

<sup>1</sup> Artículo 1,766, Código Civil de 1,884.

cial, á exigirle el reembolso no sólo mediante la acción de mandato, sino también en virtud de la subrogación de los derechos y acciones del acreedor, que les otorga la ley, toda vez que ésta no distingue de ninguna manera entre los fiadores simples y los fiadores solidarios al hacer tal otorgamiento.



## VII.

## De la fianza legal ó judicial.

La fianza no cambia de naturaleza porque deba su origen á la voluntad de los contrayentes, á la ley ó á una determinación judicial, pues siempre es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la obligación contraída por otra persona; y esta es la razón por la cual declara el artículo 1,885 del Código civil, que el fiador que haya de darse por disposición de la ley ó de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el artículo 1,831.<sup>1</sup>

Es decir, que debe tener:

1. ° Capacidad para obligarse;
5. ° Bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados, que basten para la seguridad de la obligación, y estén situados en el lugar en que debe hacerse el pago.

Si el obligado á dar la fianza por determinación de la ley ó por providencia judicial, no la hallare, puede dar en vez

<sup>1</sup> Artículo 1,769 y 1,722, Código civil de 1884. Véase la nota 1. °, pág. 422.

de ella una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir sus obligaciones, según determina el artículo 1,886 del Código.<sup>1</sup>

Este precepto es de aplicación particular á las fianzas judicial y legal, pues la facultad que otorga de sustituir la fianza por una prenda ó una hipoteca no tiene lugar cuando aquella debe su origen á la voluntad de los contratantes, porque no le es lícito al deudor cambiar á su arbitrio y sin el consentimiento del acreedor las condiciones del contrato.

Fácil es comprender la razón de este precepto, si se tiene en cuenta que la ley le da un carácter más riguroso á la fianza legal y á la judicial, cuya circunstancia puede hacer que no haya persona alguna que quiera prestar su garantía al deudor, y que ha querido facilitar los medios para que éste no se halle privado de los beneficios que le otorga mediante la fianza, permitiéndole la sustitución de ella por una prenda ó una hipoteca, más fáciles de otorgar, y que aseguran de la misma manera que aquella los derechos que se trata de garantizar.

En cuanto á los efectos de las fianzas legal y judicial, son exactamente los mismos que los de la que debe su origen al consentimiento de los interesados. Sin embargo, hay una derogación de los principios generales que rigen esos efectos; pero sólo respecto de la fianza judicial, en cuya virtud el fiador no puede pedir la excusión del deudor principal, ni el que abona al fiador puede pretender la de éste ni la de aquél (Artículos 1,887 y 1,888, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Laurent critica esta excepción á favor de la fianza judicial, establecida también por el Código Francés, juzgando que es una anomalía que los tribunales gocen mayor autoridad que la ley, y sosteniendo que es muy difícil de justificar, porque

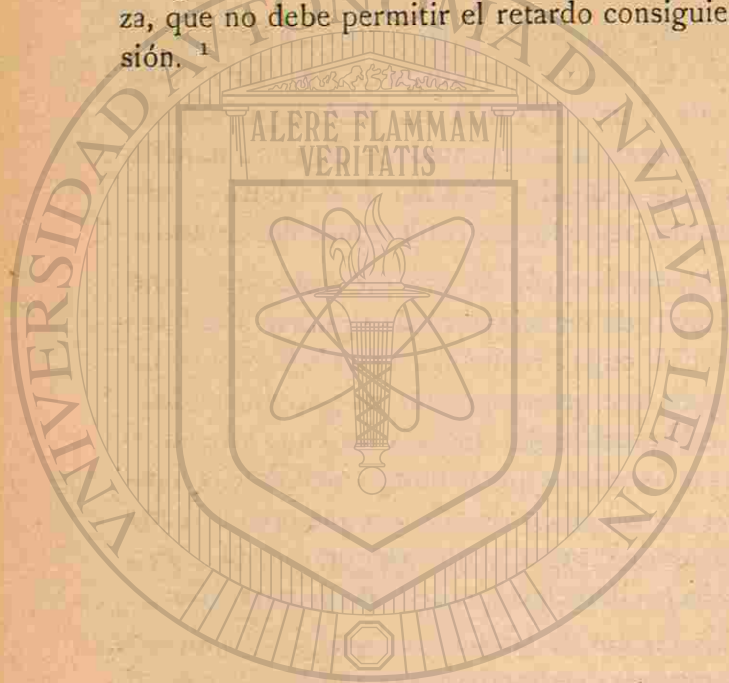
<sup>1</sup> Artículo 1,770, Código Civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículos 1,771 y 1,772, Código civil de 1884.

Este último precepto fué reformado en los términos siguientes:

«El que fia á un fiador judicial; no puede pedir la excusión de éste ni la del deudor.»

no es satisfactoria la única razón que se da en su abono; el respeto debido á la autoridad judicial por cuyo mandato se otorga la fianza, y la naturaleza de las deudas que garantiza, que no debe permitir el retardo consiguiente á la excusión.<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Domat, Lón civ. lib. 3, tít. 4, Lect. 2, núm. 2.

## LECCION SEPTIMA.

### DE LA PRENDA Y DE LA ANTICRESIS.

#### I

#### De la prenda en general.

La palabra *prenda* tiene tres acepciones, pues significa el contrato cuyo estudio vamos á hacer, el derecho que en virtud de él adquiere el acreedor y la cosa que se entrega en prenda.

Tomada en la primera acepción, la prenda es el contrato en virtud del cual recibe el acreedor una cosa mueble para la seguridad de su crédito.

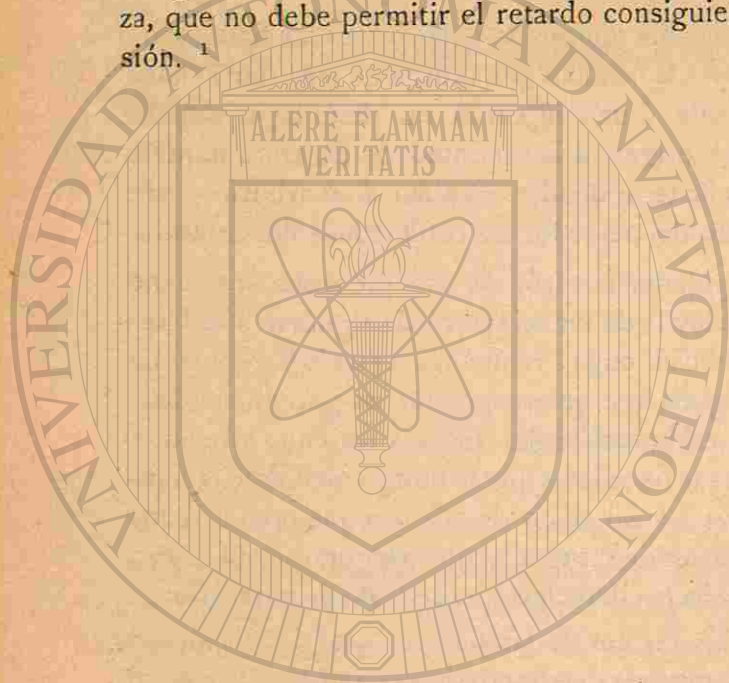
Tomada en la segunda acepción, la prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (Artículo 1,889, Código Civil).<sup>1</sup>

Estas definiciones nos demuestran que el contrato de prenda es accesorio, porque tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, de la misma manera que la fianza; pero con la diferencia de que ésta sólo ofrece una garantía puramente personal, mientras que la prenda otorga una seguridad real, más eficaz que la fianza.

En consecuencia: la prenda está regida por los mismos

<sup>1</sup> Artículo 1.773, Código Civil de 1884.

no es satisfactoria la única razón que se da en su abono; el respeto debido á la autoridad judicial por cuyo mandato se otorga la fianza, y la naturaleza de las deudas que garantiza, que no debe permitir el retardo consiguiente á la excusión.<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Domat, Lón civ. lib. 3, tít. 4, Lect. 2, núm. 2.

## LECCION SEPTIMA.

### DE LA PRENDA Y DE LA ANTICRESIS.

#### I

#### De la prenda en general.

La palabra *prenda* tiene tres acepciones, pues significa el contrato cuyo estudio vamos á hacer, el derecho que en virtud de él adquiere el acreedor y la cosa que se entrega en prenda.

Tomada en la primera acepción, la prenda es el contrato en virtud del cual recibe el acreedor una cosa mueble para la seguridad de su crédito.

Tomada en la segunda acepción, la prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (Artículo 1,889, Código Civil).<sup>1</sup>

Estas definiciones nos demuestran que el contrato de prenda es accesorio, porque tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, de la misma manera que la fianza; pero con la diferencia de que ésta sólo ofrece una garantía puramente personal, mientras que la prenda otorga una seguridad real, más eficaz que la fianza.

En consecuencia: la prenda está regida por los mismos

<sup>1</sup> Artículo 1.773, Código Civil de 1884.



principios generales que la fianza y los demás contratos accesorios, y su validez depende de la validez y eficacia de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza. Por este motivo, declara el artículo 1,890 del Código Civil, que la prenda no puede considerarse legítimamente constituida, si no sirve de garantía á una obligación válida.<sup>1</sup>

La prenda es también un contrato unilateral, porque el acreedor es la única persona que se obliga en virtud de él, supuesto que el deudor, ninguna obligación contrae por la entrega de la cosa para la seguridad del pago de su adeudo. Sin embargo, los autores lo refieren generalmente á la especie de los contratos que llaman intermedios ó sinaglamáticos imperfectos, porque el deudor puede resultar obligado con motivo de los gastos que el acreedor hubiere erogado en la conservación de la cosa dada en prenda.

Pero ya hemos dicho al principio de este tratado; que la división de los contratos en bilaterales perfectos é imperfectos no está sancionada por la ley, y carece de utilidad práctica, porque aunque es cierto que la segunda especie de estos contratos puede producir una obligación á cargo del contratante que al principio no quedó obligado; sin embargo, tales contratos no tienen por objeto producir esa obligación ni es un requisito esencial de su existencia, sino eventual y secundario.

En comprobación de este aserto nos basta recordar que la obligación del deudor de reembolsar al acreedor, resulta de los gastos erogados por éste en la conservación de la cosa, y no del contrato de prenda, que sólo obliga al acreedor á la restitución de ella.

De la definición que hemos dado del contrato de prenda, se infiere que pertenece á la especie de aquellos contratos que los jurisconsultos designan bajo la denominación de *reales*, es decir, de aquellos que aunque se perfeccionan sólo por

<sup>1</sup> Artículo 1,774, Código Civil de 1884.

el consentimiento, sin embargo, no producen efectos jurídicos sino hasta la entrega de la cosa sobre que recaen.

Antes de la entrega de la cosa prometida en prenda, no se producen los efectos jurídicos que la ley atribuye al contrato, por más que el acreedor tenga un derecho eficaz para exigir del deudor la entrega de dicha cosa; pues según el artículo 1,900 del Código civil, si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en prenda y no la hubiere entregado, sea por culpa suya ó sin ella, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación ó que ésta se rescinda.<sup>1</sup>

El ejercicio de este derecho es de tal manera amplio, que sólo tiene prohibición el acreedor de ponerlo en ejecución, cuando la cosa ha pasado á poder de un tercero en virtud de cualquier título legal, pues en tal caso no puede pretender que se le entregue la cosa, porque no es justo que repare las consecuencias de su negligencia á expensas del tercero, que de buena fe contrató con el deudor, llenando los requisitos legales. (Art. 1,901, Cód. civ.).<sup>2</sup>

En consecuencia: el contrato de prenda sólo puede producir sus efectos, por la entrega de la cosa empeñada y su permanencia en poder del acreedor; á no ser que éste la pierda sin culpa suya ó que la prenda consista en frutos (Art. 1892, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Este principio resulta de la naturaleza misma de las cosas, pues el acreedor no tendría ninguna garantía eficaz si careciera de la tenencia de la cosa, porque la persecución de los muebles no es posible; supuesto que su posesión hace en ellos las veces de título, según el sistema adoptado por el Código.

Pero de aquí no se infiere que la entrega de la cosa debe

<sup>1</sup> Artículo 1,783, Código civil de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,784, Código civil de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,776, Código civil de 1884.

ser necesariamente el acto previo del contrato; pues el consentimiento, que es la condición esencial de él, puede preceder á la tradición, que es la consecuencia del acuerdo de los contratantes. De manera, que celebrado el contrato por el consentimiento de éstos, se consuma por la entrega de la cosa.

Tampoco se puede inferir de la necesidad de la tradición que es nulo el contrato por el cual prometiera el deudor dar una prenda al acreedor; pues tal contrato sería perfectamente válido, y daría lugar para que éste pudiera pedir, en uso del derecho que otorga el artículo 1,900 ya citado, del Código civil, la entrega de la cosa, que se dé por vencido el plazo de la obligación, ó que se rescinda ésta, y en todo caso la indemnización de daños y perjuicios.

La tradición es, pues, de esencia en el contrato de prenda, porque sin la posesión no podría ejercer el acreedor uno de los derechos más importantes que la ley confiere, el derecho de retención.

Pero para que la tradición satisfaga las exigencias de la ley es necesario que sea real y verdadera y no simulada, y tal que no de lugar á ninguno de los fraudes que pudiera cometer el deudor, si tuviera posibilidad de aparentar que conserva la libre disposición de la cosa empeñada.

En una palabra: la tradición debe ser un hecho aparente y de notoriedad, que advierta á terceras personas que el deudor no conserva la tenencia de la cosa ni la libre disposición de ella.

Esto no quiere decir que es absolutamente necesario que la tradición sea verdadera, pues es bastante que sea ficta ó simbólica y *brevi manu*, para que se produzcan los efectos jurídicos que la ley le atribuye al contrato de prenda, supuesto que el objeto de ella, que es que la cosa no se encuentre en poder del deudor, sino del acreedor, queda satisfecho por esos medios.

Por ejemplo; la tradición revestiría los caracteres que son

indispensables para la existencia de la prenda, por la entrega de las llaves de la pieza en donde se encuentra encerrada la cosa empeñada, porque por este medio queda el deudor desapoderado de ella, á la vez que el acreedor la tiene á su disposición.

De la naturaleza misma del contrato de prenda se infiere, que desde el momento en que se consuma por la entrega de la cosa al acreedor, contrae éste la obligación ineludible de restituirla al deudor tan luego como cesa la causa por la cual la recibió, ó lo que es lo mismo, tan luego como el deudor le paga el importe de su crédito.

La definición que la ley nos da de la prenda, nos demuestra que sólo pueden ser objeto del contrato cuyo estudio hacemos, las cosas muebles, como las alhajas, las mercancías, los animales y aun el dinero contante, como se verifica en algunos gabinetes de lectura en donde se permite sacar las obras mediante el depósito de una cantidad que asegure su restitución (Art. 1,893, Cód. civ).<sup>1</sup>

Pero es además necesario que las cosas inmuebles se hallen en el comercio, pues si no tuvieran esta cualidad no podrían llenar el objeto para el cual las recibe el acreedor; para garantizar el pago de la deuda, supuesto que no son vendibles, y por lo mismo, aquél no podría obtener el reembolso de su crédito.

De manera, que podemos establecer como regla general, que son susceptibles del contrato de prenda todas las cosas muebles que se hallan en el comercio, aun las incorporales, como los derechos y acciones, pues aun cuando no pueden ser el objeto de una tradición material, hay hechos que la representan, como la entrega del título justificativo de un crédito hecha al acreedor.

Sin embargo la constitución de la prenda sobre los muebles incorporales, ó más bien dicho, sobre los derechos y

<sup>1</sup> Artículo 1,777, Código civil de 1,884.

acciones está sujeta á los siguientes requisitos que prescriben los Artículos 1,895 y 1,896 del Código civil. <sup>1</sup>

1.º La notificación de la prenda al deudor originario:

2.º Que cuando la prenda sea un título de crédito que conste en escritura pública ó que esté constituido á favor de determinada persona, se inscriba en el protocolo ó matriz, sin cuyo requisito no podrá producir efecto el derecho de prenda contra tercero.

Estos requisitos se han establecido, como es fácil comprender, no para normar las relaciones jurídicas del acreedor y del deudor, sino para regir los derechos de aquél con relación á los de tercero, á fin de evitar los fraudes que pudieran cometerse.

En otros términos: los requisitos indicados sólo son necesarios cuando el acreedor reclama el privilegio en el pago sobre el valor de la prenda, en concurrencia con otros acreedores; pero no cuando se trata de las relaciones jurídicas que el contrato de prenda crea entre el acreedor y el deudor.

De aquí se infiere, que el deudor no puede alegar la falta de esos requisitos para pretender la restitución de los títulos que entregó en prenda para garantizar el pago de su crédito, supuesto que la ley sólo los exige para arreglar los derechos del acreedor en concurrencia con terceras personas.

El primero de los requisitos indicados, la notificación de la prenda al deudor, tiene por objeto completar la toma de

<sup>1</sup> Artículo 1,779, Código civil de 1,884.

El primero de los preceptos citados fué suprimido, y el segundo reformado en los términos siguientes:

«Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente deba constar en el registro público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda sino desde que se inscriba en el registro.»

La inconveniencia de la supresión y de la reforma queda demostrada por las explicaciones que hacemos en el texto de la lección á que se refiere esta nota; pero la de la última resalta más, teniendo presente que sólo están sujetos á inscripción en el registro público los créditos hipotecarios, y por lo mismo, resulta que en los meramente personales ni se hacen la notificación al deudor ni se pueden inscribir en el registro, quedando abierta la puerta á los fraudes, que se evitaban con las medidas decretadas por el precepto suprimido y el reformado.

posesión del crédito por el acreedor, respecto de tercero; pues por este acto se encuentra obligado el deudor originario respecto del acreedor de su acreedor y no puede hacer el pago con perjuicio ó detrimento del primero.

Este requisito se ha establecido á semejanza y con el mismo objeto, que se estableció respecto de la venta ó cesión de derechos y acciones, para evitar los fraudes por medio de la publicidad del contrato, haciendo saber al deudor originario que no puede hacer el pago del crédito con perjuicio del acreedor en cuyo beneficio se constituyó la prenda.

Por este medio se evita á la vez que el contratante que hizo esa constitución, enajene el crédito con perjuicio del acreedor, lo cual sería fácil, supuesto que ésta no le priva de la propiedad de él.

¿En qué tiempo y en qué forma debe llenarse el requisito de la notificación?

La ley nada dice á este respecto, por cuyo motivo creemos que, por razón de analogía, debe hacerse la notificación en la misma forma que para la cesión de acciones señala el artículo 1,745 del Código civil; y en cuanto al plazo, el interés del acreedor le obliga á llenar cuanto antes el requisito mencionado, porque sin él, puede el deudor enajenar el crédito dado en prenda, y el comprador adquiere un derecho preferente al de aquél <sup>1</sup>

Por razón de analogía creemos también, que son también aplicables á la prenda los principios que establecimos sobre la cesión de derechos y acciones, y por lo mismo, podemos decir, sin peligro de error, que la falta de la notificación produce el efecto de que no exista el derecho de prenda respecto de tercero, y que no puede llenarse ese requisito después de que éste adquirió un derecho sobre el crédito que se entregó en garantía al acreedor. <sup>2</sup>

El segundo requisito, la inscripción, tiene el mismo obje-

<sup>1</sup> Artículo 1,631, Código civil de 1,884. Véase la nota 1.ª pág. 328.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 466.

to que el primero; porque por medio de ella se fija con toda exactitud la fecha en que se constituye la prenda sobre el crédito, y por tanto, el momento en que nace el derecho privilegiado del acreedor, y si es ó no preferente al adquirido sobre el mismo crédito por otras personas.

Este requisito se llena haciendo la inscripción respectiva, ó lo que es lo mismo, haciendo la anotación correspondiente en el protocolo, al margen de la escritura en que conste la existencia del crédito, á semejanza de las anotaciones que se ponen en las escrituras de hipoteca y otras para hacer constar los pagos parciales que efectúa el deudor, ó las referencias necesarias á otras escrituras que modifican ó alteran la primera.

La necesidad de los requisitos indicados nos demuestra la de otro indispensable para la validez del contrato de prenda, la forma solemne de éste, sin la cual no puede hacerse la inscripción en el protocolo, ni puede producir efecto contra tercero.

Esta consecuencia que se deduce lógicamente y necesariamente de los principios que hemos establecido, ha encontrado la debida sanción legal en el artículo 1,905 del Código civil, que declara, que el derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surte efecto contra tercero, si no consta por instrumento público.<sup>1</sup>

La razón de este precepto, que está literalmente tomado del artículo 1,774 del Proyecto del Código Español, la da

<sup>1</sup> Artículo 1,788, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

«El derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero si no consta en la forma que previene el artículo anterior.»

El artículo 1,787 al cual se refiere éste, declara, que la prenda debe constituirse por escrito en todo caso, y en instrumento público siempre que el valor de la obligación pase de quinientos pesos.

Estas reformas se introdujeron porque parecía injusto que se otorgara escritura pública en todo caso, aun en aquellos en que el valor de la obligación fuera mucho menor que el costo de la escritura.

García Goyena en los términos siguientes, reproduciendo las palabras del Tribuno Gary, "Del contrato de prenda nace el privilegio, número 2 del artículo 1,926 (preferencia de pago sobre los bienes muebles), que puede ser opuesto á tercero; y para que éstos no sean perjudicados, es necesario que el contrato tenga una fecha cierta, que excluya hasta la posibilidad del fraude y colusión entre el acreedor, detentor de la prenda, y su propietario. Sin esta precaución, un deudor infiel, en el momento que viera que sus bienes muebles van á ser puestos bajo la mano de la ley, lograría á favor de inteligencias criminales sustraerlos á la acción de sus acreedores."

A primera vista puede aparecer que hay contradicción entre el precepto que sanciona el principio enunciado y el artículo 1,904 del Código, que ordena, que la prenda se constituya en instrumento público ó ante testigos, si el valor de la obligación pasa de trescientos pesos; pero el estudio comparativo de ambos preceptos demuestra que no hay tal contradicción, sino simplemente falta de unidad de sistema é inconsecuencia.<sup>1</sup>

En efecto: el artículo 1,904 faculta á los contratantes para que no otorguen documento alguno cuando el valor de la obligación no excede de trescientos pesos, y declara que, fuera de este caso están obligados á hacer constar el contrato en instrumento público ó ante tres testigos; y el 1,905 declara, que el derecho de prenda no produce efecto contra tercero, sea cual fuere la cuantía de la obligación principal, si no consta en instrumento público, lo cual quiere decir, que en todo caso hay necesidad de llenar este requisito.

¿A qué fin conduce la distinción que hace el primer precepto, si por el segundo se impone implícitamente la obligación de hacer constar el contrato de prenda por instrumento público en todo caso para que el derecho que por él adquiere el acreedor produzca efecto contra tercero?

<sup>1</sup> Artículo 1,787, Código civil de 1,884. Véase la nota precedente.

El objeto que tiene el otorgamiento del instrumento público es, según los comentaristas del artículo 2074 del Código Francés, de donde está tomado el primero de los preceptos que estudiamos, evitar los fraudes y garantir el derecho privilegiado del acreedor respecto de tercero, y por lo mismo, sostienen que tal requisito no es esencial para la validez del contrato de prenda y la eficacia de los derechos y obligaciones que engendra entre el acreedor y el deudor<sup>1</sup>

Si es así, se infiere rectamente que este precepto es del todo inútil, porque otorga á los contratantes la facultad de omitir el otorgamiento de la escritura pública, pero privando al acreedor del derecho de preferencia sobre el valor de la prenda, y que habría sido preferible la existencia sola del segundo precepto que exige aquel requisito en todo caso.

La verdad es que nuestros codificadores tomaron el artículo 1,094 del 2,074 del Código Francés; y el 1,075 del 1,774 del Proyecto del Español, que á su vez está tomado del artículo 858 del Portugués, é hicieron una mezcla de dos sistemas distintos, que produce confusión y un resultado muy criticable; porque faculta á los contratantes para omitir la formalidad del instrumento público, pero á expensas, ó mejor dicho, con pérdida del derecho de preferencia del acreedor respecto de terceras personas.

Habría sido de desear que el Código se hubiera limitado á establecer el segundo de los preceptos indicados, exigiendo en todo caso el otorgamiento de la escritura pública para evitar los fraudes, ó bien establecer que este requisito es indispensable en los casos en que, conforme á la ley, debe constar el contrato en escritura pública.

Volviendo al artículo 1,896 del Código, que exige la inscripción del contrato en el protocolo ó matriz en el cual conste la existencia del crédito, cuyo título se da en garantía de una obligación, debemos advertir que en su parte final de-

<sup>1</sup> Laurent, tom. XXVIII, núm. 416; Pont, tomo II, num. 1,093; Baudry Lacantinerie, tomo III, núm. 1008; etc, etc.

clara que, respecto del deudor del crédito empeñado, se debe observar lo dispuesto para los casos de subrogación.<sup>1</sup>

En vano hemos querido descubrir cuál ha sido la mente de los codificadores al sancionar ese principio, porque cualquiera que sea la interpretación que se le dé se obtiene un resultado antijurídico ó contrario á otros preceptos legales.

Por ejemplo: ¿se toma ese principio literalmente en el sentido que indican las palabras con que está concebido? Pues entonces resulta, que cuando se constituye prenda sobre un crédito que consta en escritura pública se produce la subrogación y el acreedor adquiere los mismos derechos que tenía el otro contratante respecto del deudor del crédito empeñado, lo cual es contrario á los principios que rigen relativamente á la subrogación, y se halla en abierta pugna con el precepto contenido en el artículo 1,897 del Código Civil, que declara, que en el caso á que nos referimos, el acreedor á quien se dió en prenda un título de crédito nominativo, no tiene derecho, aun cuando se cumpla el plazo del crédito empeñado, para cobrarlo, ni para recibirlo, aunque voluntariamente se le ofrezca por el que lo debe; pero que puede exigir que el deudor del crédito entregue su importe y se deposite.<sup>2</sup>

Además de este resultado, que no podemos menos de censurar, el precepto enunciado se halla también en abierta contradicción con los principios que forman la teoría jurídica de la prenda, según los cuales el acreedor sólo adquiere derecho de preferencia en el pago sobre el valor de ella, y de hacer que se venda para conseguir el reembolso de su crédito.

<sup>1</sup> Artículo 1,779, Código Civil de 1884. Véase la Nota 1.ª pág 482

<sup>2</sup> Artículo 1,780, Código civil de 1884.

Reformado sólo en cuanto á la redacción, quedó concebido en los términos siguientes:

« El acreedor á quien se haya dado en prenda un título de crédito, no tiene derecho aun cuando se venza el plazo del crédito empeñado, para cobrarlo ni para recibirlo aunque voluntariamente se le ofrezca por el que lo debe; pero podrá en ambos casos, exigir que el deudor del crédito entregue su importe y se deposite. »

Por lo expuesto, creemos que el principio que criticamos contiene un gravísimo error, digno de severa censura.

También pueden darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado; pero en tal caso el propietario se considera como depositario de ellos (Arts. 1,893 y 1,894, Cód. civ).<sup>1</sup>

Al establecer este principio, nuestro Código ha seguido la teoría aceptada por la ley 2.<sup>a</sup> título 13, Partida 5.<sup>a</sup>, según la cual podían darse en prenda todas las cosas, aunque no tuvieran existencia de presente, como los productos de los ganados, los frutos de los árboles y de las heredades.

Tal teoría se fundaba en los principios del derecho Romano que declaraban, que todas las cosas susceptibles de enajenación pueden ser objeto del contrato de prenda, y que todas aquellas que no pueden venderse por hallarse fuera del comercio, tampoco pueden darse en prenda; y como podían venderse las cosas que tienen una existencia futura, es claro que también podían entregarse en prenda.<sup>2</sup>

Pero con ese principio ha establecido la ley una excepción de aquel que se deriva de la naturaleza misma del contrato de prenda, según el cual es absolutamente necesaria la existencia de la cosa, sobre la que éste recae, en poder del acreedor; porque no es posible que se llene semejante requisito respecto de los frutos.

Así es que, admitiendo que se ha hecho la tradición de ellos al acreedor y que, por no poder guardarlos personalmente, los ha entregado á su vez al deudor, la ley le ha dado á éste el carácter y le ha impuesto la obligación de depositario de ellos, á fin de evitar que cometa los abusos y fraudes

<sup>1</sup> Artículos 1,777 y 1,778, Código Civil de 1,884. Reformado el segundo de estos preceptos en los términos siguientes:

«Cuando la prenda consista en frutos de cosa raíz, sea que estén pendientes ó ya recogidos, el dueño de la finca será considerado como depositario, salvo en convenio en contrario.»

Esta reforma es á nuestro juicio innecesaria, supuesto que los contratantes son libres para renunciar los beneficios introducidos á su favor é imponerse las condiciones que estimaran convenientes.

<sup>2</sup> Leyes 1, párrafo 2, tít. 3, lib 20 y 9, párrafo 1, tít. 1, lib. 20. D.

á que pudieran dar motivo las facilidades que le presta su calidad de poseedor de la prenda, y de que ésta se haga ilusoria.

El Código nada establece expresamente, con relación á los frutos por nacer, pero algunos autores sostienen que no pueden ser objeto del contrato de prenda, porque siendo imposible su tradición, no se puede llenar ese requisito indispensable, según la ley,<sup>1</sup>

Esta circunstancia y la no menos atendible de que el artículo 1,893 del Código, que establece la excepción á que nos hemos referido, declara que pueden darse en prenda los frutos *pendientes* de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado, nos hacen creer que sólo están comprendidos en ella los nacidos y que aun no se hallan en estado de colectarse, pero no aquellos que no existen, que están por nacer.

Además, existe en apoyo de esta creencia nuestra la consideración de que la indicada excepción es derogatoria de los principios generales de la ley sobre los requisitos esenciales de la prenda, y por lo mismo, es de estricto derecho, como todas las excepciones de su especie, y no puede extenderse ó aplicarse á otros casos distintos de los expresamente designados por la ley.

La prenda importa la enajenación eventual del objeto sobre el cual se constituye. De donde se infiere que sólo pueden dar en prenda aquellas personas que tienen capacidad para disponer libremente de sus cosas, y en consecuencia, que carecen de tal facultad los menores de edad, los incapacitados y las mujeres casadas sin la autorización de su marido ó sin licencia judicial.

La prenda puede constituirse por el mismo propietario de la cosa ó por un mandatario en su nombre con poder especial que le otorgue tal facultad, y para garantizar una deu-

<sup>1</sup> Pont, tomo II, núm. 1,080; Cazelles, Du Gage, pág. 106.

da aún sin el consentimiento del deudor (Art. 1,891 y 1,902, Cód. civ.).<sup>1</sup>

Este principio se funda en la misma razón en que se apoya el que otorga la facultad de constituir una fianza sin el consentimiento del deudor y aun contra su voluntad, pues aun cuando la prenda es un contrato accesorio, crea una obligación nueva en la que sólo interviene una de las partes que celebró la obligación principal, y por lo mismo, no le causa ningún perjuicio al deudor, sino antes, por el contrario, un beneficio.

Del principio que exige capacidad en el contratante para poder dar una cosa en prenda, se infiere, que nadie puede constituir la en las cosas ajenas sin el consentimiento ó sin el mandato especial de su dueño, y por tanto, que éste puede vindicarlas del poder del acreedor; pero si se prueba debidamente que el dueño prestó su cosa á otro con el objeto de que la empeñara, vale la prenda como si la hubiera constituido el mismo dueño (Art. 1,902 y 1,903, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Como la fianza, puede constituirse la prenda para garantizar obligaciones futuras; pero en tal caso no produce ninguno de los efectos que le atribuye la ley, y por lo mismo, no puede venderse ni adjudicarse la cosa empeñada, sin que se pruebe que la obligación principal fué legalmente exigible, ó lo que es lo mismo, que existió esa obligación y que venció el plazo convenido para su cumplimiento (Art. 1,899, Cód. civ.).<sup>3</sup>

Siguiendo los principios del derecho Romano, sancionó la ley 22, tít. 13, Partida 5.<sup>a</sup>, aquel que facultaba al acreedor para retener la prenda hasta que se le hubiere satisfecho la deuda, así como la que con posterioridad á ella hubiere nuevamente contraído el deudor.<sup>4</sup>

Esta determinación tan gravosa de la ley tenía por fun-

1 Artículos 1,775 y 1,785, Código civil de 1,884.

2 Artículos 1,785 y 1,786, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,782, Código civil de 1,884.

4 Ley única, tít 27, lib. 8, C.

damento la presunción verosímil de que así lo quisieron y entendieron los contrayentes, y que si el acreedor se abstuvo de pedir una segunda prenda, fué por haber considerado bastante la primera para satisfacer los dos créditos.<sup>1</sup>

Nuestro Código se separó por completo de estos principios adoptando la teoría absolutamente contraria, pues en el artículo 1,916 declara, que la prenda no garantiza más obligación que aquella para cuya seguridad fué constituida, salvo convenio expreso en contrario.<sup>2</sup>

Esta teoría, que fué adoptada para evitar los abusos que se cometían con perjuicio de los deudores, es perfectamente justa, porque no hay ninguna razón que pueda demostrar que la fianza, obligación accesorio como la prenda, no puede existir sin el consentimiento expreso del fiador, ó lo que es lo mismo, que no se presume y no puede extenderse á otras obligaciones del deudor, y que sin embargo la prenda si puede garantizar otras distintas de aquellas para las cuales fué constituida, presumiendo la voluntad del deudor por el hecho de contraer una nueva deuda.

Siempre hemos creído que la existencia de las obligaciones no debe presumirse, sino demostrarse por la manifestación expresa de la voluntad de los contrayentes, tanto más cuanto que así se evitan los abusos consiguientes á la interpretación arbitraria y caprichosa de su consentimiento.

Así, pues, es indispensable el consentimiento expreso del deudor para la existencia del contrato de prenda, que jamás ni por ningún motivo se presume.

Podría suceder que el deudor, en virtud del derecho de dominio que conserva en la cosa que dió en prenda, la enajenare, ó concediere su uso ó posesión; pero en tal caso no puede el adquirente exigir su entrega sino pagando el importe de la obligación, con los intereses y gastos en sus respectivos casos. (Art. 1,912, Cód. civ.)<sup>3</sup>

1 García Goyena, Concordancias, artículo 1,779; Gutiérrez Fernández, tomo V. áz. 299.

2 Artículo 1,799, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,795, Código civil de 1,884.

La razón es, porque el deudor se desprende del uso y posesión de la cosa que da en prenda, que sólo recobra mediante el pago de la deuda, otorgando entre tanto un derecho privilegiado al acreedor, del cual no le puede privar por el solo efecto de su voluntad; y en consecuencia, el adquirente tiene un derecho subordinado al de aquél, que no puede poner en ejercicio sino pagando el importe de la deuda con sus accesorios legales, como lo haría el deudor para recobrar el uso y la tenencia de la cosa.

La naturaleza esencialmente accesoria del contrato de prenda hace que esté subordinado á la existencia y validez de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, y por consiguiente, que extinguida ésta, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda (Art. 1,925, Cód. civ.) <sup>1</sup>

Los montes de piedad públicos ó privados, que prestan dinero sobre prenda con autorización, están sujetos á las leyes y reglamentos que les conciernen, en lo que no se oponen á los preceptos que establece el Código civil (Art. 1,926) <sup>2</sup>

## II

### Efectos del contrato de prenda.

#### Derechos y obligaciones del acreedor y del deudor.

El contrato de prenda produce efectos de dos especies, el derecho de prenda que se deriva de la naturaleza misma del contrato y que constituye la garantía del acreedor, y las obligaciones que nacen entre éste y el deudor.

El acreedor no adquiere, según hemos dicho, la propiedad de la prenda, que conserva el deudor, que sólo trasmite la posesión de ella, constituyendo la base del privilegio de aquél,

<sup>1</sup> Artículo 1,808, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,809, Código civil de 1,884.

pues no puede exigir su restitución mientras no paga la deuda.

El artículo 1,906 del Código civil declara, que el acreedor adquiere por el empeño: <sup>1</sup>

1.º El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece la ley:

2.º El de deducir todas las acciones posesorias y querrelarse contra quien le hubiere robado la cosa empeñada, aun cuando sea el mismo dueño:

3.º El de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada; á no ser que use de ella por convenio:

4.º El de exigir del deudor otra prenda, ó el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde ó se deteriora sin su culpa.

En este último caso, si el deudor ofrece otra prenda ó alguna caución, queda al arbitrio del acreedor aceptarlas ó rescindir el contrato (Art. 1,908, Cód. civ.) <sup>2</sup>

El primero de los derechos enunciados constituye el privilegio del acreedor, objeto esencial del contrato de prenda, como se deduce de la definición que de ésta da el artículo 1,889 del Código, diciendo que es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; cuyo privilegio está enumerado por el artículo 2,084 entre los que corresponden sobre determinados muebles.

Así, pues, el acreedor posee la prenda en virtud de un derecho real, que no sólo le garantiza el cumplimiento de la obligación, sino que le otorga la preferencia en el pago sobre el valor de ella, cuyo privilegio se patentiza ó se hace público mediante la posesión.

Pero ésta no reviste los caracteres que son indispensables para la prescripción, de manera que el acreedor jamás puede prescribir la propiedad, porque posee á título precario,

<sup>1</sup> Artículo 1,789, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,791, Código civil de 1,884.



La razón es, porque el deudor se desprende del uso y posesión de la cosa que da en prenda, que sólo recobra mediante el pago de la deuda, otorgando entre tanto un derecho privilegiado al acreedor, del cual no le puede privar por el solo efecto de su voluntad; y en consecuencia, el adquirente tiene un derecho subordinado al de aquél, que no puede poner en ejercicio sino pagando el importe de la deuda con sus accesorios legales, como lo haría el deudor para recobrar el uso y la tenencia de la cosa.

La naturaleza esencialmente accesoria del contrato de prenda hace que esté subordinado á la existencia y validez de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, y por consiguiente, que extinguida ésta, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda (Art. 1,925, Cód. civ.) <sup>1</sup>

Los montes de piedad públicos ó privados, que prestan dinero sobre prenda con autorización, están sujetos á las leyes y reglamentos que les conciernen, en lo que no se oponen á los preceptos que establece el Código civil (Art. 1,926) <sup>2</sup>

## II

### Efectos del contrato de prenda.

#### Derechos y obligaciones del acreedor y del deudor.

El contrato de prenda produce efectos de dos especies, el derecho de prenda que se deriva de la naturaleza misma del contrato y que constituye la garantía del acreedor, y las obligaciones que nacen entre éste y el deudor.

El acreedor no adquiere, según hemos dicho, la propiedad de la prenda, que conserva el deudor, que sólo trasmite la posesión de ella, constituyendo la base del privilegio de aquél,

<sup>1</sup> Artículo 1,808, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,809, Código civil de 1,884.

pues no puede exigir su restitución mientras no paga la deuda.

El artículo 1,906 del Código civil declara, que el acreedor adquiere por el empeño: <sup>1</sup>

1.º El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece la ley:

2.º El de deducir todas las acciones posesorias y querrelarse contra quien le hubiere robado la cosa empeñada, aun cuando sea el mismo dueño:

3.º El de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada; á no ser que use de ella por convenio:

4.º El de exigir del deudor otra prenda, ó el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde ó se deteriora sin su culpa.

En este último caso, si el deudor ofrece otra prenda ó alguna caución, queda al arbitrio del acreedor aceptarlas ó rescindir el contrato (Art. 1,908, Cód. civ.) <sup>2</sup>

El primero de los derechos enunciados constituye el privilegio del acreedor, objeto esencial del contrato de prenda, como se deduce de la definición que de ésta da el artículo 1,889 del Código, diciendo que es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; cuyo privilegio está enumerado por el artículo 2,084 entre los que corresponden sobre determinados muebles.

Así, pues, el acreedor posee la prenda en virtud de un derecho real, que no sólo le garantiza el cumplimiento de la obligación, sino que le otorga la preferencia en el pago sobre el valor de ella, cuyo privilegio se patentiza ó se hace público mediante la posesión.

Pero ésta no reviste los caracteres que son indispensables para la prescripción, de manera que el acreedor jamás puede prescribir la propiedad, porque posee á título precario,

<sup>1</sup> Artículo 1,789, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,791, Código civil de 1,884.

con obligación de restituirla, ó lo que es lo mismo, no posee en nombre propio, sino del deudor.

El segundo de los derechos que la ley otorga al acreedor, es una consecuencia necesaria del primero; pues si la posesión de la prenda es un requisito esencial para que produzca los efectos jurídicos que le son consiguientes, es natural que la ley le conceda también al acreedor los medios necesarios para que conserve y recobre su posesión.

Por este motivo le permite, á ejemplo del propietario, el ejercicio de la acción civil que nace de su derecho real para recobrar la posesión perdida, y la penal para la persecución y castigo del que le hubiere robado, destruído ó deteriorado la prenda, aunque fuere el mismo dueño de ella.

La sanción de ese derecho se encuentra en los artículos 368 y 498 del Código Penal.

Los derechos de indemnización y de exigir el pago de la deuda, cuando se pierde la cosa empeñada, son también consecuencia de la naturaleza del contrato de prenda; porque el acreedor no adquiere el dominio de la cosa, y es justo que el propietario de ella le reembolse de los gastos necesarios y útiles que eroga en su conservación, supuesto que á él le resulta el provecho; y porque el acreedor contrató con el deudor, en el concepto de que la obligación estaría suficientemente garantizada: de donde se infiere que, faltando esta circunstancia, no se llena un requisito esencial del contrato, y el acreedor tiene derecho para exigir en el acto el reembolso de su crédito.

De paso advertiremos, que la obligación que tiene el deudor de indemnizar al acreedor no es la única que la ley le impone, porque entregando la cosa empeñada para garantizar el cumplimiento del contrato, se impone implícitamente el deber de que aquél conserve el derecho de prenda sobre esa cosa; y por consiguiente es responsable de las perturbaciones que sufre en el ejercicio de ese derecho.

Por tal motivo declara el artículo 1,907 del Código civil,

que si el acreedor es turbado en la posesión de la prenda, debe avisarle al dueño para que lo defienda; y si el deudor no cumpliere con esta obligación, es responsable de todos los daños y perjuicios.<sup>1</sup>

El acreedor está obligado:

1.º A conservar la cosa empeñada como si fuera propia; y á responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa ó negligencia; y si la prenda fuere un crédito, á hacer todo lo que fuere necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que tal crédito representa (Arts. 1,909, fracción 1.ª y 1,898, Cód. civ).<sup>2</sup>

La obligación principal que contrae el acreedor al recibir la prenda como garantía de su crédito, es la de restituirla pagada que sea éste, ó lo que es lo mismo, extinguido que sea, por cualquiera de los medios que reconoce la ley, cuya obligación implica necesariamente la de conservarla para que pueda ser restituída en su oportunidad.

¿Cual es la extensión de ese deber?

La ley la ha fijado, alejando todo motivo de discusión, al declarar que el acreedor debe conservar la cosa empeñada como si fuera propia, esto es, como un buen padre de familia, como un administrador prudente y vigilante, exento de toda responsabilidad cuando la cosa perezca por fuerza, mayor ó caso fortuito, sin culpa ó negligencia de su parte.

2.º A restituir la prenda luego que estén íntegramente pagados la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y erogado los segundos. (Art. 1,909, fracción 2.ª Cód. civ.)<sup>3</sup>

Esta obligación se deriva también de la naturaleza misma del contrato de prenda; pues en virtud de él recibe la cosa el acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, y

1 Artículo 1,7090.

2 Artículo 1,772, fracción 1.ª, y 1,781, Código civil de 1,884:

El último precepto fué reformado, sustituyéndole la palabra *tenedor* por la de *acreedor*.

3 Artículo 1796, fracción 2.ª, Código civil de 1884.

deja de tener derecho de conservarla en su poder desde el instante en que aquella fué satisfecha; y está en el imprescindible deber de restituirla á su dueño.

De todo lo expuesto se infiere, que el contrato de prenda no transfiere al acreedor el dominio de la cosa sobre que recae y por tanto, que no puede usarla, alquilarla ni darle empleo alguno, porque ejecutaría tales actos sin derecho de ninguna especie, lo que constituiría un abuso; pues abusa el acreedor de la cosa empeñada, según el artículo 1,911 del Código, cuando usa de ella sin estar autorizado por convenio, ó cuando estándolo la deteriora, ó la aplica á objeto diverso de aquel á que está destinada.<sup>1</sup>

Tratando de reprimir semejante abuso, declara la ley que si el acreedor abusa de la cosa empeñada, puede exigir el deudor que ésta se deposite, ó que aquél dé fianza de restituirla en el estado en que la recibió; y así concilia perfectamente los intereses de uno y otro, pues á la vez que no priva al acreedor de la garantía que le procura la prenda, evita que por un abuso incalificable, la destruya ó le cause grave deterioro, con perjuicio del deudor (Art. 1,910, Código civil).<sup>2</sup>

Pero el acreedor está obligado á restituir, no sólo la cosa dada en prenda, sino también los frutos que haya producido, supuesto que le pertenecen al deudor, propietario de ella, en virtud del derecho de accesión.

Así, pues, los frutos de la cosa empeñada pertenecen al deudor; pero si por convenio los percibe el acreedor, su importe se debe imputar primero á los gastos que demande la conservación de la prenda, después á los intereses y el sobrante al capital (Art. 1,913, Cód. civ).<sup>3</sup>

Este orden es enteramente racional y justo, porque es

1 Artículo 1,793, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,794, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,796, Código civil de 1,884.

fuera de toda duda que merece preferencia el pago de aquellos gastos sin los cuales sería imposible la conservación de la cosa, y porque el pago de los intereses antes que el capital es conforme á la regla que, sobre imputación de pagos, hace el artículo 1,572 del Código civil, cuyos fundamentos explicamos en el artículo III, lección 3<sup>2</sup> de este tratado<sup>1</sup>

Usando de la amplia libertad que, para la celebración de contratos, otorga la ley á los contratantes, pueden estipular el deudor y el acreedor la compensación recíproca de intereses con los frutos de la cosa, ó lo que es lo mismo, que éste se aproveche de los frutos en compensación de los intereses de su crédito, de manera que no tenga que darle cuenta de ellos; pero si no celebran tal convenio, la compensación se hace por determinación de la ley hasta la cantidad concurrente; y el exceso que hubiere de los frutos, se debe imputar al capital (Arts. 1,914 y 1,915, Código civil).<sup>2</sup>

El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, á no ser que estipulen otra cosa los interesados: es decir, que la prenda es indivisible tanto activa como pasivamente, y el acreedor tiene derecho de conservar la cosa empeñada en su poder aunque se le adeude sólo una mínima parte del crédito, y el deudor no puede pretender su restitución mientras éste no esté satisfecho en su totalidad, pues la prenda garantiza todas y cada una de las partes de la deuda (Art. 1,924, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Por este motivo, si el deudor paga el importe de la deuda y sus intereses, no puede pedir la restitución de la prenda si no satisface el de los gastos que el acreedor hubiere erogado en la conservación de ella.

De la misma manera, cuando fallece el deudor dejando varios herederos, la deuda se divide de pleno derecho entre ellos, de modo que cada uno está obligado á pagar una par-

1 Artículo 1,456, Código civil de 1,874.

2 Artículo 1,797 y 1,798, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,807, Código Civil de 1,884.

te proporcional á la porción hereditaria que le corresponde. Sin embargo, si alguno satisface la que le corresponde, no puede pretender que se le entregue la porción que le toca de la prenda, si los demás herederos, ó uno solo, no han pagado el resto de la deuda.

Finalmente: cuando fallece el acreedor dejando varios herederos, se divide entre ellos el importe del crédito; y si uno ó más reciben la parte que les corresponde, se extingue su derecho. Sin embargo, subsiste la prenda, y el deudor no puede pretender la restitución de ella mientras no esté pagada la deuda en su totalidad.

La indivisibilidad es una circunstancia natural del contrato, ó lo que es lo mismo, no es de esencia de él que el derecho y la obligación que produce sean indivisibles, y por tanto está al arbitrio de los contrayentes estipular lo contrario, sin que por esto se vicie el contrato; y así lo establece de una manera expresa el artículo 1,924 del Código, declarando que los interesados pueden estipular que la prenda sea divisible activa ó pasivamente.

La razón es, porque la indivisibilidad tiene por objeto garantizar de una manera completa los intereses del deudor, pero como la ley permite á los contratantes arreglar sus intereses como mejor les parezca, y aun renunciar los beneficios que establece en su favor, pueden, por lo mismo, consentir en la divisibilidad de la prenda.

Ya hemos dicho que el contrato de prenda otorga al acreedor el derecho de conservar en su poder la cosa empeñada hasta que obtiene la solución de su crédito, el cual garantiza. Pues bien, tal derecho constituye un medio coercitivo indirecto para estrechar al deudor al pago, que si por lo común es eficaz, en muchas ocasiones es insuficiente para que el acreedor obtenga el reembolso de su crédito.

Para evitar este mal, la ley otorga otro medio más eficaz,

1 Artículos 1,807, Código Civil de 1,884.

la realización de la garantía que le presta la prenda, haciendo que se venda para que se pague su crédito con el precio que por ella se obtenga, si el deudor no le reembolsa en el plazo estipulado y cuando fuere requerido para ello.

Pero en tal caso no puede hacer el acreedor la venta de propia autoridad, sino que tiene que ocurrir al juez, y éste debe decretar la venta de la cosa empeñada en almoneda pública y previa citación del deudor; y tiene también derecho de que se le adjudique la cosa en las dos terceras partes del precio que le hubieren dado los peritos, si no pudiere venderse en los términos que estableció el Código de Procedimientos (Artículos 1,917 y 1,918, Código civil).<sup>1</sup>

Resulta, pues, que el acreedor que no obtiene el pago á su debido tiempo, puede pedir y obtener de la autoridad judicial la venta de la prenda en subasta pública, con citación del deudor, y previo valuo hecho por peritos; y en caso de que no hubiere postores, que se le adjudique, en pago de su crédito, en las dos terceras partes del precio que aquellos le hubieren fijado.

Pero no puede quedarse con la prenda en pago de la deuda, si no es que así lo hubiere pactado expresamente con el deudor; y aun así, sólo tiene derecho para adjudicársela en las dos terceras partes del precio que le hubieren dado los peritos, si no pudiere rematarse en los términos que para las ventas judiciales establece el Código de Procedimientos (Art. 1,919, Cód. civ).<sup>2</sup>

Pudiera parecer extraña esta determinación de la ley, que viene á coartar la voluntad de los contrayentes, manifestada de una manera libre y espontánea, pero se funda en una consideración de justicia y tiene un objeto eminentemente moral, pues tiende á evitar graves abusos que se cometerían á pretexto del consentimiento arrancado al deudor, apremiado por una situación afflictiva.

1 Artículos 1,800, y 1,801 Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,892, Código civil de 1,884

En efecto: la prenda supera comunmente en valor al importe de la deuda, y por lo mismo, habría un gran peligro para el deudor si se quedare el acreedor con ella en pago de su crédito, porque la imposibilidad de aquél para pagarle autorizaría á éste para apropiarse un objeto valioso por una deuda relativamente pequeña; y esto cuando el consentimiento para autorizar ese lucro indebido se obtuvo abusando de la estremada necesidad del deudor, que se ha encontrado en la dura alternativa de no salvar su apurada situación, ó de tener que consentir en el otorgamiento al acreedor de una facultad abusiva.

Pueden también convenir los interesados en que la venta se haga extrajudicialmente; pero en tal caso, así como en los dos antes mencionados, tiene derecho el deudor de hacer suspender la venta, siempre que pague dentro de veinticuatro horas contadas desde la suspensión (Arts. 1,920 y 1,921, Cód. civ.)<sup>1</sup>

En otros términos, el deudor puede impedir que se consume la venta, pagando el importe de la deuda, sus intereses, si fueron estipulados ó proceden conforme á la ley, y los gastos que hubiere sido preciso erogar en la conservación de la prenda; porque obrando así ningún detrimento sufre el derecho del acreedor, toda vez que obtiene el mismo resultado que si se hubiera llevado hasta su término la venta, el pago de su crédito; y sí resulta al deudor el beneficio de conservar la cosa empeñada, evitándole un perjuicio casi seguro en sus intereses.

Si el producto de la venta no cubre todo el crédito, tiene derecho el acreedor de demandar al deudor por lo que falte; pero si excede al monto de la deuda, se debe entregar el exceso á éste; pues siendo el objeto de la prenda garantizar el cumplimiento del contrato y procurar al acreedor el pago cuando no se hace en su oportunidad, deja de tener

1 Artículos 1,803 y 1,804 Código civil de 1,884.

derecho sobre el valor de la prenda cuando ha logrado el reembolso de su crédito, y debe, por lo mismo, entregarse al dueño de ésta (Art. 1,922, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Nuestro Código declara expresamente que el acreedor no responde por la evicción de la prenda vendida, á no ser que intervenga dolo de su parte, ó que se hubiera sujetado á esa responsabilidad de una manera expresa; y creemos que tal declaración es innecesaria porque es una repetición de los principios generales que el mismo ordenamiento ha establecido sobre la responsabilidad civil (Art. 1,923 Cód. civ.)<sup>2</sup>

Esta declaración es, sin embargo, justa, porque el acreedor no es quien tiene el dominio de la cosa empeñada, sino el deudor en cuyo nombre se hace la venta, y por lo mismo, éste está obligado, como todo vendedor, á la evicción, según dispone el artículo 1,737 del Código de Procedimientos de 1,872 y el 1,640 del de 1,880,<sup>3</sup>

El derecho que tiene el acreedor de hacer que se venda la prenda por falta de pago de la deuda es meramente facultativo; es decir, que el deudor no puede estrecharle á la venta de la prenda si no la solicita.

La razón es clara, porque el acreedor tiene el derecho de retener la cosa en su poder hasta que se le pague el total de su crédito, y mientras el deudor no le pague no puede pretender que haga aquello que no convenga á su interés, tanto más cuanto que puede él mismo vender la prenda y satisfacer con su valor el importe de su obligación.

Laurent, que sostiene esta teoría, juzga que en el caso propuesto existe un conflicto de derechos y de intereses del deudor y del acreedor, cuya solución no establece la ley y da motivo para resolverla en el sentido indicado, riguroso para el primero, porque perpetúa la prenda si se halla en la imposibilidad de pagar al segundo.<sup>4</sup>

1 Artículo 1,805. Código Civil de 1,884.

2 Artículo 1,806. Código civil de 1,884.

3 Artículo 838. Código de Procedimientos de 1,884.

4 Tomo XXVIII, núm. 516.

## III

## De la anticresis.

Se llama anticresis el contrato en virtud del cual entrega el deudor una cosa inmueble que le pertenece para seguridad de su deudor, quedando el acreedor con derecho de disfrutarlo por cuenta de los intereses debidos ó del capital, si no se deben intereses. (Art. 1,927, Cód. civ.)<sup>1</sup>

La palabra *anticresis* es de origen griego, y significa *goce ó uso contrario*, según la opinión común de los autores, que la creen perfectamente aplicada para designar el contrato cuyo estudio hacemos, porque en virtud de él goza el acreedor del inmueble del deudor, mientras que éste disfruta del dinero de aquél.

Este contrato estaba reprobado por el derecho canónico como usurario, y aunque, en nuestra antigua legislación no había ley que expresamente lo prohibiera, muchos autores, fundados en las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tít. 13, Partida 5.<sup>a</sup>, sostuvieron contra la opinión de otros, dando lugar á una grave controversia, que estaba prohibido.

El Código civil lo reconoce como un contrato perfectamente lícito, porque además de que cada uno es libre para exigir el interés que estime conveniente como el producto legítimo de su dinero, tiende á facilitar los contratos y aumenta los medios de liberación de los deudores. De manera que es útil para los acreedores porque les proporciona un modo fácil de garantizar sus créditos, y para los deudores porque les proporciona el medio de pagar sus adeudos, entre-

<sup>1</sup> Artículo 1,810, Código civil de 1,884.

gando sus inmuebles para que sus productos se apliquen á tal objeto.

La comparación de las definiciones de los contratos de prenda y de anticresis basta por sí sola para indicarnos las diferencias que entre ellos existen, y los puntos de atinencia que tienen.

En efecto: la prenda otorga al acreedor el derecho de preferencia respecto de terceras personas para hacerse pagar sobre el valor de la cosa empeñada; mientras que la anticresis no le confiere al acreedor privilegio alguno, pues sólo le da derecho de percibir los frutos de la cosa que recibe para aplicarlo por cuenta de los intereses de su crédito, y si éste no los causa, por cuenta del capital.

También difiere la anticresis de la prenda, en la facultad que tiene el acreedor de usar de la cosa y de percibir sus frutos, que constituye una circunstancia esencial de este contrato, de la cual carece respecto de la cosa empeñada.

Pero como la prenda, es un contrato accesorio, cuya validez depende de la eficacia y existencia de la obligación principal, pues como aquella, tiene por objeto garantizar el cumplimiento de ella, y no se consuma sino por la tradición de la cosa, pues mientras no se halla en poder del acreedor, ni le presta la garantía ofrecida, ni la posibilidad de que éste perciba los frutos de ella; y por último, es unilateral, porque el acreedor es el único que queda obligado por él á la restitución de la cosa, pues el deudor se obliga solamente de una manera accidental, cuando el acreedor hace gastos necesarios para la conservación de la cosa.

La anticresis importa una delegación del goce de la cosa, hecha por el deudor en provecho del acreedor; y por lo mismo no puede constituirse sino por aquellas personas que tienen el dominio ó el usufructo de las cosas materia del contrato y la libre disposición de sus bienes, ya por sí mismas, ya por medio de mandatario con poder especial.

De aquí se infiere, que nadie puede dar en anticresis las

cosas ajenas sin poder especial de su dueño. Pero si se prueba cumplidamente que el dueño prestó su cosa con el objeto de que se constituyera la anticresis, valdrá ésta como si la hubiera constituido el mismo dueño (Arts. 1,939, 1,902 y 1,903, Cód. civ.)<sup>1</sup>.

Decimos que el usufructuario puede constituir la anticresis sobre los inmuebles usufructuados, porque el artículo 982 del Código Civil le faculta expresamente para gravar el ejercicio de su derecho de usar y disfrutar de las cosas sobre las cuales, recae pero limitando la duración del gravamen á la del usufructo.<sup>2</sup>

Sin embargo, nada impide que un tercero enteramente extraño á la obligación principal, constituya, para garantizar su cumplimiento, la anticresis en inmuebles de su exclusiva propiedad; porque ni su conducta constituye un acto inmoral, ni lo repugna el derecho, que siempre ha tenido como la suprema ley de los contratos la voluntad de los contrayentes, si no es contraria á la moral y las buenas costumbres.

De la definición que hemos dado de la anticresis, se infiere necesariamente que sólo pueden ser objeto de ella las cosas fructíferas, supuesto que debe aprovechar sus productos el acreedor y aplicarlos por cuenta de los intereses y del capital adeudados, y por tanto, que no puede constituirse sobre la nuda propiedad.

El contrato de anticresis debe constar precisamente, bajo la pena de nulidad, en escritura pública, en la cual se debe declarar si el capital causa intereses y fijar los términos en que el acreedor ha de administrar la finca. En el caso de que no se precisen estos puntos importantes, se entiende que no hay intereses y que el acreedor debe administrar de la misma manera que el mandatario general; es decir, que no puede ejecutar más que los actos de mera administración (Arts. 1,928 y 1,929, Cód. civil.)<sup>3</sup>

Artículos 1,822, 1,785 y 1,786. Código civil de 1,884.

Artículo 882. Código civil de 1,884.

Artículos 1,811 y 1,812 Código civil de 1,884.

Estos requisitos son necesarios para acreditar la existencia del contrato y la extensión de los derechos del acreedor, á fin de evitar entre él y el deudor todo género de discusiones y los abusos y los fraudes que pudieran cometerse, ya con perjuicio de éste, ya respecto de terceras personas. Y la ley ha sido tan exigente en este punto, que no ha querido que tales requisitos revistan el carácter de una formalidad extrínseca, sino que los estima como esenciales para la validez del contrato, al cual le niega todo valor, si falta el otorgamiento de la escritura respectiva, y lo somete á condiciones enteramente favorables para el deudor y severas para el acreedor.

Este, en su calidad de administrador de la cosa, puede celebrar respecto de ella, válidamente, los contratos que estime favorables á sus intereses; pero no puede extenderse, salvo convenio expreso en contrario, á mayor tiempo que el que debe durar la anticresis; por que su derecho para disfrutar la cosa está limitado al pago del capital y sus intereses, y por lo mismo, se extingue cuando ha obtenido éste (Art. 1,930, Cód. civ.)<sup>1</sup>

La anticresis es indivisible en sus efectos activa y pasivamente; y así es que aun cuando fallezca el deudor y se divida la deuda entre los herederos, y alguno ó algunos de ellos paguen la porción que de ella les toque no tienen derecho para reclamar la parte que les corresponda de la cosa. De la misma manera, aunque por la muerte del acreedor se divida el crédito entre sus herederos y alguno perciba la parte que le corresponda no puede restituir la cosa con perjuicio de sus coherederos, que tienen derecho de retenerla hasta que sean totalmente pagados.

<sup>1</sup> Artículo 1,813 Código civil de 1,884.

Referencia para darle mayor claridad, quedó concebido en estos términos:

«Los contratos que el acreedor celebre como administrador de la cosa, son válidos pero no pueden extenderse á mayor tiempo que el que debe durar la anticresis, si el pacto expreso en contrario entre el acreedor y el deudor.»

Por la misma razón, si la deuda ha sido satisfecha sólo en parte, conserva el acreedor el derecho de retener íntegra la cosa en su poder hasta que aquella le sea totalmente pagada, á no ser que medie pacto en contrario,

La anticresis confiere al acreedor los siguientes derechos según el artículo 1,931 del Código civil: <sup>1</sup>

1.º De retener el inmueble hasta que la deuda sea pagada íntegramente, salvo el derecho especial adquirido sobre un tercero sobre el inmueble por efecto de hipoteca anteriormente registrada.

Este derecho es una consecuencia necesaria de la naturaleza del contrato de anticresis, que tiene por objeto garantizar el pago de una deuda, y por lo mismo, así como el acreedor no puede ser obligado á restituir la prenda mientras no se le paga su crédito, tampoco se le puede obligar á que abandone el goce de la cosa que recibió en anticresis antes de que obtenga el reembolso de la cantidad que se le adeuda.

En consecuencia, resulta que aun cuando la anticresis no produzca un derecho de la importancia de la hipoteca, sin embargo le confiere al acreedor el de retención, que es de suma entidad, y del cual no puede ser privado, si no es en el caso de que exista un acreedor hipotecario anterior á la celebración de la anticresis, cuyo título haya sido debidamente inscrito en el registro público, y que haya hecho valer judicialmente su derecho promoviendo el juicio hipotecario respectivo.

Esto no quiere decir que la anticresis produzca un derecho real que afecte la cosa como la hipoteca, que la sigue y se puede ejercer contra cualquier poseedor, sino que produce simplemente el derecho de retención, que perece en el momento en que el acreedor es desapoderado de la cosa; y esta es la razón por la cual otorga la hipoteca al acreedor

<sup>1</sup> Artículo 1,814, Código civil de 1,884.

una acción para perseguir la garantía de su crédito, mientras que la anticresis, por el contrario, le produce una excepción para defender la tenencia de la cosa.

Se hace aún más perceptible el principio establecido, considerando los efectos jurídicos de la anticresis bajo otro aspecto.

Supongamos que el acreedor pretende la venta del inmueble por falta de pago de su crédito, y que llega á realizarla. Pues bien, en tal caso pierde el acreedor el derecho de retención, supuesto que es imposible retener y vender la cosa á la vez, y no goza de ningún privilegio para ser pagado preferentemente á otros acreedores: de manera que en concurrencia con hipotecarios tiene que ser pospuesto á ellos, cualesquiera que sean las fechas de sus créditos, y debe ser pagado á prorata con los acreedores personales.

Este efecto marca perfectamente la diferencia que existe entre la prenda y la anticresis, porque el acreedor puede obtener la venta en virtud del primer contrato para que se le pague su crédito con el precio, con preferencia á los demás acreedores, mientras que en virtud del segundo sólo puede retener el inmueble para disfrutarlo hasta que se le pague su crédito, pues su garantía consiste en el goce de él.

2.º De transferir á otro bajo su responsabilidad, el usufructo y administración de la cosa, si no hubiere estipulación en contrario; porque todo hombre es libre para hacer uso de los derechos que le corresponden por sí mismo ó por otro en su nombre y representación: ®

3.º De defender sus derechos con las acciones posesorias, pues inútil sería la concesión de ellos si careciera de los medios legales para conservarlos y defenderlos.

En consecuencia, tiene acción para conservar y recobrar la tenencia del inmueble cuando se le hubiere desapoderado de él, sea por el deudor, sea por otra persona, supuesto que el contrato le otorga el derecho de retención y de apro-



vechase de los productos, que constituye la garantía de su crédito.

El acreedor anticrético tiene las mismas obligaciones que el acreedor de prenda, y por lo mismo, está obligado (Art. 1,932, Cód. civ.):<sup>1</sup>

1.º A conservar la cosa dada en anticresis como si fuera propia, y á responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa y negligencia:

2.º A restituir la cosa luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de aquella, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos.

El acreedor tiene también obligación de dar cuenta de los productos de la cosa, y por tanto, responde (Art. 1,932, Cód. civ.):<sup>2</sup>

1.º Por los frutos y rendimientos que se perdieren por su culpa:

2.º Por las contribuciones y demás cargas prediales, pero con el derecho de deducirlas de los rendimientos.

La anticresis otorga al acreedor, según hemos dicho, el derecho de percibir los frutos de la cosa por cuenta de los intereses debidos, ó del capital, si estos no se causan, ó hay un excedente pagados que sean. Por consiguiente, la percepción de los frutos importa un derecho á la vez que una obligación, porque se hace por el interés mutuo de ambos contratantes; para el pago de los intereses ó del capital del acreedor y para que el deudor se liberte de la obligación, mediante el abandono de los frutos de la cosa.

Por tanto, el acreedor está obligado á percibir los frutos; y si falta al cumplimiento de este deber por negligencia ú omisión, es responsable de los perjuicios que por ella se le sigan al deudor.

El acreedor está obligado al pago de las contribuciones y

<sup>1</sup> Artículo 1,815, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,815, Código civil de 1,884.

demás cargas prediales, porque tiene el goce del inmueble y percibe todos sus frutos, y es justo que satisfaga los gravámenes sin los cuales no podría disfrutarlo el mismo deudor.

Pero el pago de las contribuciones y demás cargas prediales no lo hace el acreedor en nombre propio, sino en el del deudor, en virtud de la administración que tiene de la cosa, y por lo mismo, si la cantidad pagada supera al importe de los frutos, tiene derecho para exigir el reembolso, porque no puede sufrir pérdida alguna, supuesto que sólo recibe los frutos para pagarse su crédito, y que la anticresis tiene por objeto garantizar éste, pero no imponerle una obligación.

El acreedor está igualmente obligado á hacer los gastos necesarios para la conservación de la cosa, deduciéndolos del importe de los frutos, porque debe emplearlos como lo haría el propietario. Esto es, siendo un administrador del inmueble, su administración debe ser exactamente la de un buen padre de familia, que emplea de preferencia los frutos en la conservación de la cosa y el reembolso de los gastos erogados en su producción (Art. 1,833, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Además, hay dos motivos que por sí solos demuestran la justicia del derecho que el acreedor tiene para deducir de los frutos los gastos de conservación y las contribuciones: el principio según el cual se llama frutos á lo que queda deducidos los gastos, y la consideración de que teniendo por objeto el contrato de anticresis proporcionar al acreedor el medio de pagarse su crédito mediante la percepción sucesiva de los frutos, es evidente que no se le puede imputar más que el producto neto de ellos, que es lo que percibe en realidad.

Las obligaciones que acabamos de indicar y la circunstancia posible de que los frutos de la cosa no sean suficientes para satisfacer las contribuciones y las demás cargas pre-

<sup>1</sup> Artículo 1,816, Código civil de 1,884.

diales, los gastos de conservación y los intereses que causa la deuda, hacen que por el contrato de anticresis se impongan los contrayentes la obligación ineludible de una cuenta que arregle el monto que tiene periódicamente el crédito y el de los abonos que mediante el abandono de los frutos al acreedor hace el deudor.

A este fin, y para proporcionar un punto cierto de partida para la formación de la cuenta, ordena el artículo 1,934 del Código civil, que cuando por cualquiera causa no puedan ser exactamente conocidos los frutos, se regulen por peritos, como si el inmueble estuviera arrendado.<sup>1</sup>

Suponemos que en el caso remoto y poco presumible á que se refiere este precepto, deben hacer los peritos la estimación de los frutos, calculando la cantidad que produciría la finca si se diera en arrendamiento; para lo cual deben tener en cuenta el valor de ella, su proximidad á los grandes centros de consumo, la clase de frutos que produce, la mayor ó menor eventualidad de ellos y otras muchas circunstancias, que deben servir de base para estimar el importe aproximado de los productos.

Hacemos esta suposición, á nuestro juicio fundada, porque la redacción del precepto aludido no es suficientemente clara, de manera que no necesite interpretación, y porque la única que puede hacerse de él es la expuesta.

El término dentro del cual debe cumplir el acreedor la obligación de presentar sus cuentas al deudor debe fijarse por la voluntad de ambos; pero en el caso en que no conviniere nada á este respecto, haciéndolo constar en la escritura respectiva, el acreedor debe rendirla cada año (Art. 1,935 Cód. civ.)<sup>2</sup>

Al señalar la ley este plazo ha querido suplir las omisiones en que incurrieren los contratantes, para evitar que se eluda, á pretexto de ellas, el cumplimiento de esa importan-

<sup>1</sup> Artículo 1,817, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,818, Código civil de 1,884.

te obligación; y como será inútil el señalamiento del plazo indicado si no hubiera un medio coercitivo eficaz que sirviera para estrechar al acreedor á rendir sus cuentas dentro de él, declara el artículo 1,937 del Código civil, que si no cumple con ese deber tres meses después del año que tiene señalado para llenarlo, puede ponerse un interventor á su costa, si así lo pretende el deudor; y el artículo 1,936 declara también, que si el acreedor hubiere conservado en su poder la cosa dada en anticresis más de diez años sin dar cuentas, se presumen pagados el capital y los intereses, salvo prueba en contrario.<sup>1</sup>

Así, pues, la ley establece dos penas para hacer que el acreedor cumpla con el deber de rendir sus cuentas anuales, el derecho que concede al deudor de nombrar una persona que intervenga judicialmente en la administración del inmueble á expensas del acreedor; y la presunción de pago contraria á éste cuando por más de diez años deja de llenar aquel deber, la cual se tiene como verdad mientras no se pruebe lo contrario, y por lo mismo, le impone la obligación de acreditar que los productos que ha percibido durante el tiempo indicado han sido insuficientes para pagar el capital y sus intereses, si acaso fueron estipulados.

Esta sanción de la ley tiene por objeto hacer eficaz la obligación del acreedor de rendir sus cuentas, la que, como ya hemos dicho, tiene un fin eminentemente moral, evitar los abusos á que se presta la anticresis por su naturaleza especial y por la eventualidad á que por lo general están sujetos los frutos de la cosa sobre que se constituye.

La falta de pago no autoriza al acreedor para quedarse con la cosa, pues no nos cansaremos de repetir que el contrato solamente le da derecho de retenerla y percibir sus frutos. Sin embargo, tiene, como el acreedor que recibe una prenda para la garantía de su crédito, facultad para pedir y

<sup>1</sup> Artículos 1,820 y 1,819, Código Civil de 1,884.

obtener la venta del inmueble en subasta y con los mismos requisitos y condiciones que para la prenda establece la ley. (Art. 1,938, Cód. civ.).<sup>1</sup>

De manera que en ningún caso, ni aun en aquel en que el deudor hubiere convenido en que el acreedor se aplique en pago la cosa, puede quedarse éste con ella, sino que debe sacarse á remate, previo valúo hecho por peritos; y sólo que no hubiere postores puede pedir que se le adjudique en las dos terceras partes de su valor.

Pero como hemos dicho antes, el acreedor de anticresis no tiene constituido ningún privilegio, sino simplemente el derecho de retener la cosa y percibir sus frutos, el cual pierde el hecho de sacarla á subasta; y por tanto, realizada la venta, no goza de prelación para el pago respecto de otros acreedores, sino que es postpuesto á los hipotecarios y entra á prorata con los meramente personales.

La ley no lo dice, pero es evidente que el acreedor puede renunciar la anticresis y devolver la cosa al deudor si no le conviene conservarla; porque siendo una garantía de su crédito es un derecho constituido, del cual puede prescindir en virtud del principio según el cual cada uno es libre para renunciar el beneficio constituido á su favor.

Además, sería perfectamente absurdo que teniendo la anticresis por objeto que el acreedor se pague con los frutos de la cosa, éste estuviera obligado á conservarla, aunque sus productos fueran insuficientes para cubrir los gastos que ella demanda y para pagar la contribución y demás gastos que causa, ó cuando su administración es de tal manera molesta que se convierte en una carga verdaderamente onerosa.

En consecuencia, debemos admitir que el acreedor anticrético, lo mismo que el prendario, tienen derecho para renunciar las garantías que adquieren por virtud de sus respectivos contratos

FIN DEL TOMO TERCERO.

<sup>1</sup> Artículo 1,821, Código Civil de 1884.

## INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Arts.	Pgs.
LECCION PRIMERA.	
De los contratos en general.....	3
I. Preliminares.....	3
II. De la capacidad de los contrayentes.....	22
III. Del consentimiento mutuo.....	27
IV. Del objeto de los contratos.....	48
V. De las renunciaciones y cláusulas que pueden contener los contratos.....	53
VI. De la forma externa de los contratos.....	66
VII. De la interpretación de los contratos.....	69
LECCION SEGUNDA.	
De las diferentes especies de obligaciones.....	74
I. Preliminares.....	74
II. De las obligaciones personales y reales.....	75
III. De las obligaciones puras y condicionales.....	76
IV. De las obligaciones á plazo.....	108
V. De las obligaciones conjuntivas y alternativas.....	118
VI. De la mancomunidad.....	131
VII. De la mancomunidad activa.....	138
VIII. De la mancomunidad pasiva.....	142
IX. De la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles.....	159

obtener la venta del inmueble en subasta y con los mismos requisitos y condiciones que para la prenda establece la ley. (Art. 1,938, Cód. civ.).<sup>1</sup>

De manera que en ningún caso, ni aun en aquel en que el deudor hubiere convenido en que el acreedor se aplique en pago la cosa, puede quedarse éste con ella, sino que debe sacarse á remate, previo valúo hecho por peritos; y sólo que no hubiere postores puede pedir que se le adjudique en las dos terceras partes de su valor.

Pero como hemos dicho antes, el acreedor de anticresis no tiene constituido ningún privilegio, sino simplemente el derecho de retener la cosa y percibir sus frutos, el cual pierde el hecho de sacarla á subasta; y por tanto, realizada la venta, no goza de prelación para el pago respecto de otros acreedores, sino que es postpuesto á los hipotecarios y entra á prorata con los meramente personales.

La ley no lo dice, pero es evidente que el acreedor puede renunciar la anticresis y devolver la cosa al deudor si no le conviene conservarla; porque siendo una garantía de su crédito es un derecho constituido, del cual puede prescindir en virtud del principio según el cual cada uno es libre para renunciar el beneficio constituido á su favor.

Además, sería perfectamente absurdo que teniendo la anticresis por objeto que el acreedor se pague con los frutos de la cosa, éste estuviera obligado á conservarla, aunque sus productos fueran insuficientes para cubrir los gastos que ella demanda y para pagar la contribución y demás gastos que causa, ó cuando su administración es de tal manera molesta que se convierte en una carga verdaderamente onerosa.

En consecuencia, debemos admitir que el acreedor anticrético, lo mismo que el prendario, tienen derecho para renunciar las garantías que adquieren por virtud de sus respectivos contratos

FIN DEL TOMO TERCERO.

<sup>1</sup> Artículo 1,821, Código Civil de 1884.

## INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Arts.	Pgs.
LECCION PRIMERA.	
De los contratos en general.....	3
I. Preliminares.....	3
II. De la capacidad de los contrayentes.....	22
III. Del consentimiento mutuo.....	27
IV. Del objeto de los contratos.....	48
V. De las renunciaciones y cláusulas que pueden contener los contratos.....	53
VI. De la forma externa de los contratos.....	66
VII. De la interpretación de los contratos.....	69
LECCION SEGUNDA.	
De las diferentes especies de obligaciones.....	74
I. Preliminares.....	74
II. De las obligaciones personales y reales.....	75
III. De las obligaciones puras y condicionales.....	76
IV. De las obligaciones á plazo.....	108
V. De las obligaciones conjuntivas y alternativas.....	118
VI. De la mancomunidad.....	131
VII. De la mancomunidad activa.....	138
VIII. De la mancomunidad pasiva.....	142
IX. De la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles.....	159

## II

Arts.

Pgs.

## LECCION TERCERA.

	De la ejecución de los contratos.....	167
I.	Preliminares.....	167
II.	De la presentación de hechos.....	173
III.	De la presentación de cosas.....	177
IV.	De la responsabilidad civil.....	199
V.	De la evicción y saneamiento.....	220

## LECCION CUARTA.

	De la extinción de las obligaciones.....	234
I.	Preliminares.....	234
II.	Del pago y sus varias especies y del tiempo y lugar en donde debe hacerse.....	236
III.	De las personas que pueden hacer el pago y de aquellas á quienes debe ser hecho.....	243
IV.	Del pago indebido.....	250
V.	Del ofrecimiento del pago y de la consignación.....	257
VI.	De la compensación.....	262
VII.	De la subrogación.....	276
VIII.	De la confusión de derechos.....	302
IX.	De la novación.....	310
X.	De la cesión de acciones.....	323
XI.	De la remisión de la deuda.....	347
XII.	De la prescripción de las obligaciones.....	352

## LECCION QUINTA.

	De la rescisión y nulidad de las obligaciones.....	354
I.	Preliminares.....	354
II.	De la rescisión de las obligaciones.....	359
III.	De la enajenación hecha en fraude de los acreedores.....	362
IV.	De la nulidad de las obligaciones.....	383

## III

Arts.

Pgs.

## LECCION SEXTA.

	De la fianza.....	404
I.	Preliminares.....	404
II.	De la fianza en general.....	405
III.	De los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador.....	427
IV.	De los efectos de la prenda con relación al deudor y al fiador.....	449
V.	De los efectos de la fianza con relación á los fiadores entre sí.....	463
VI.	De la extinción de la fianza.....	467
VII.	De la fianza legal ó judicial.....	474

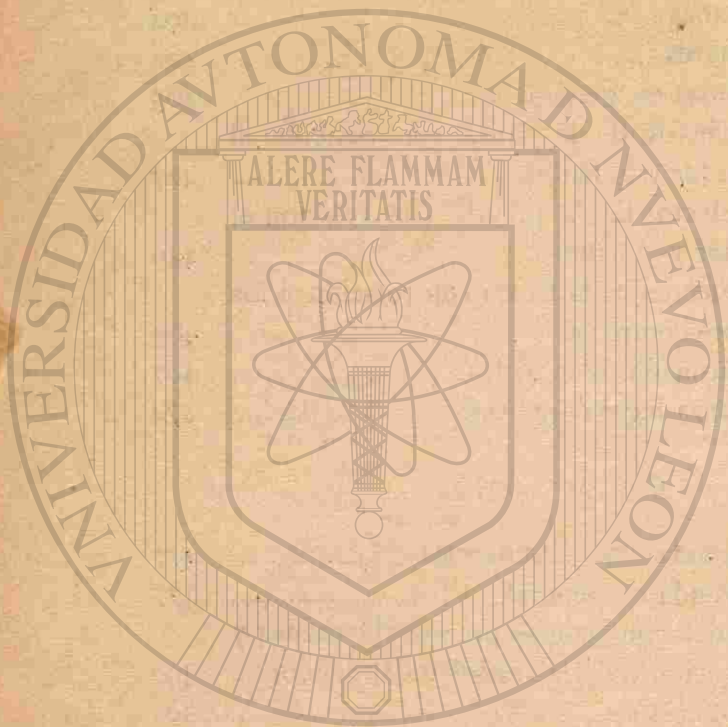
## LECCION SEPTIMA.

	De la prenda y de la anticresis.....	477
I.	De la prenda en general.....	477
II.	Efectos del contrato de prenda. Derechos y obligaciones del acreedor y del deudor.....	492
III.	De la anticresis.....	502

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



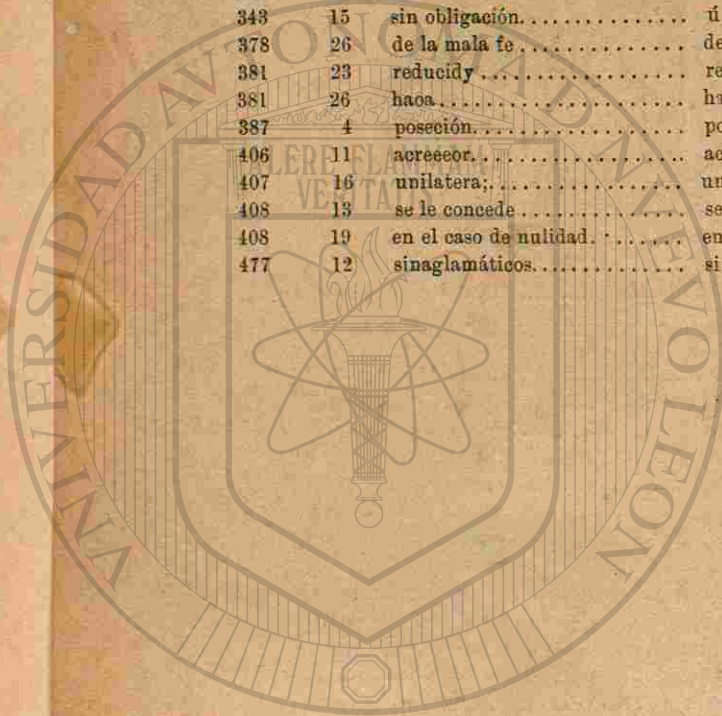
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

## FÉ DE ERRATAS.

PAGS.	LINEAS.	DICE	DEBE DECIR.
4	8	de.....	del.
5	27	define.....	define.
"	32	extinción.....	extinción.
7	6	Reales y censuales.....	Reales y consensuales.
12	21	nominado.....	innominado.
"	22	unido.....	nudo.
25	2	juntamente.....	juntamente.
31	21	libre del proponente.....	libre el proponente.
"	29	nueva propuesta.....	primera propuesta.
39	3	del contrato.....	de éste.
44	4	<i>constantissimo</i> .....	<i>constantissimo</i> .
58	6	sería.....	seria.
68	1 y 2	cantirad.....	cantidad.
72	26	tratamientos.....	testamentos.
79	7	que hay dos especies.....	que no hay dos especies.
"	14	las que se celebrarán.....	las que se celebran.
83	18	<i>si vuluero, si vulueris</i> .....	<i>si voluero, si volueris</i> .
85	7	dos contrayentes.....	los contrayentes.
91	31 y 32	<i>lestipulatione</i> .....	<i>stipulatione</i> .
92	13	averación.....	aseveración.
94	29	menos-cabo.....	menoscabo.
96	4	estable.....	establece.
98	8	1,451, Cód. civ.....	artículo 1,451, Cód. civ
103	21	liberalmente.....	literalmente.
131	12	la siguiente.....	II de la siguiente.
143	20	cada uno por sí.....	por sí.
146	19	indemnizatio.....	indemnizado.
150	3	de todo valor.....	de todo el valor.
164	18	leimentales.....	elementales.
169	28	pretendieron.....	pretenderían.
182	29	cosas inmuebles.....	cosas muebles.
189	4	puede xigir.....	puede exigir.
197	23	dispendios.....	dispendioso.
202	10	<i>defimus</i> .....	<i>definimus</i> .
206	32	antonces.....	entonces.
221	11	y anula la demanda.....	y aun la demanda.
233	8	de que.....	del que.
308	6	imposibilidad.....	imposiblidad.
311	11	comoenlas.....	como en las.

PAGS.	LINEAS.	DICE	DEBE DEBER.
320	28	reseserva.....	reserva.
341	9	ó preferido.....	ó preterido
342	25	fecto.....	efecto.
343	15	sin obligación.....	ú obligación.
378	26	de la mala fe.....	de mala fe.
381	23	reducid y.....	reducido.
381	26	haca.....	haya.
387	4	posesión.....	posesión.
406	11	acreedor.....	acreedor.
407	16	unilatera;.....	unilateral.
408	13	se le concede.....	se la concede.
408	19	en el caso de nulidad.....	en el caso de que la nulidad.
477	12	sinagmáticos.....	sinagmáticos.



U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



K11  
M  
V.