

las persecuciones del acreedor. El art. 541 del Código de Comercio procura otra respuesta á la objeción: la remisión hecha al quebrado no descarga á los fiadores; éstos, obligados á pagar, tendrán, pues, un recurso contra el deudor; lo que prueba que la remisión concedida al deudor no es incompatible con la acción recursoria que corresponde al fiador contra el deudor. Esta acción contra el fiador, que el Código de Comercio reserva de pleno derecho al acreedor ¿por qué no había de poder reservarla por conversión cuando se trata de un tratado extra-judicial? Hay una sentencia de la Corte de Orléans en este sentido. (1)

La reserva, si se admite, debe ser expresa. El art. 1,285 lo exige para los codeudores solidarios y, con mayor razón debe ser lo mismo, respecto á los fiadores, supuesto que el texto de la ley no autoriza siquiera la reserva. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que la intervención de los codeudores y de los fiadores es el tratado que se hace entre el deudor y sus acreedores; no es suficiente para que éstos conserven sus derechos contra los fiadores y los codeudores; se necesita una manifestación de voluntad por parte de los acreedores, y debe ser expresa, supuesto que es una excepción al derecho común. (2)

372. "La remisión entregada al fiador no descarga al deudor principal," (art. 1,287). Se supone que dicha remisión no concierne sino á la caución. Toda renuncia debe interpretarse restrictivamente; muy bien puedo yo renunciar á la garantía que tengo para el pago de mi crédito sin renunciar á mi derecho contra el deudor. Luego si descarga al fiador, no renuncio más que á la acción que contra él hago en virtud de la fianza, pero quedan intactos mis derechos contra el deudor. ¿Quiere decir esto que la

1 Orléans, 6 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 224). En el mismo sentido, Rolland de Villargues, en la palabra *Remisión de deudas*, núm. 85, y una disertación de Bertauld (Daloz, 1868, 2, 97).

2 Casación, 12 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 483).

remisión hecha al fiador no pueda ser real? Ciertamente que nó, porque esto depende de la voluntad del acreedor; él puede renunciar de una manera absoluta á la deuda, aunque el convenio no se celebre sino entre él y el fiador. (1) Solo que, en este caso, se necesitará la aceptación del deudor, porque la remisión convencional no puede hacerse sino por concurso de voluntades.

373. "La remisión otorgada á uno de los fiadores no descarga á los demás" (art. 1,287). Esto no es más que una aplicación del mismo principio: cuando hay varios fiadores, el acreedor tiene tantas garantías como fiadores, y puede renunciar á una de las seguridades sin que de ahí pueda inferirse que quiera renunciar á todas, salvo que él, si tal es su intención, renuncie á la fianza de una manera absoluta: la remisión, personal en principio, puede volverse real si tal es la voluntad del acreedor.

Al decir que la remisión otorgada á uno de los fiadores no descarga á los demás, la ley no quiere decir que no les aproveche la remisión; no están descargados, quedan obligados á la deuda, pero el acreedor no puede ya proceder contra ellos sino deducida la parte que el fiador descargado hubiera debido reportar en la deuda. Así se resuelve por analogía del art. 1,285. Cuando la remisión concedida al deudor solidario es personal, los codeudores no quedan descargados, pero el acreedor no puede ya repetir la deuda sino después de deducir la parte de aquél á quien se concedió la remisión. Si los fiadores se han obligado solidariamente, pueden prevalerse del texto del artículo 1,285. Si no son solidarios, no pueden invocar su beneficio por argumento *á fortiori*. Los fiadores no se obligaron sino con la condición de un recurso; y hasta pueden exigir que

1 Marcadé, t. IV, pág. 611, núm. 5 del art. 1,287. Mourlon, t. II, pág. 751, núm. 1,435.

el acreedor divide su acción contra ellos, de suerte que cada uno no quede obligado sino por su parte y porción (arts. 1,033 y 2,026). Siguese de aquí que los fiadores nunca están obligados sino por una parte viril. Si el acreedor renuncia á demandar á uno de ellos, por este solo hecho renuncia al derecho que tiene para perseguir á los demás por el todo; como el fiador demandado puede oponer el beneficio de división, con mayor razón puede oponer el beneficio del art. 1,285, y conservaría este derecho aun cuando hubiese renunciado al beneficio de división; porque á todas horas es la verdad que es de la esencia de la fianza que cada fiador no esté obligado sino por su parte en la deuda. (1)

Se admite una excepción para el caso en que el fiador descargado no se haya comprometido sino después de los demás. Es verdad que, en este caso, los demás fiadores no han podido contar con un recurso contra ese fiador. No obstante, preferiríamos mantener el principio de que cada fiador no está obligado sino por su parte en la deuda. El acreedor, al hacer remisión á uno de ellos, no puede agravarla carga de los demás, sea cual fuere la época en que se hayan comprometido (art. 2,037). Sin embargo, la opinión contraria es la que generalmente se sigue, y tiene el apoyo de la autoridad de Pothier. (2)

374. "Lo que el acreedor ha recibido de un fiador para descargarlo de su fianza, debe imputarse sobre la deuda y abonarse en descargo del deudor principal y de los demás fiadores" (art. 1,288). Esta disposición es universalmente criticada. Se aparta de la tradición y es contraria á los principios. Dumoulin decía muy bien que el convenio por el cual el acreedor descarga á uno de los fiadores, mediante el pago de una cierta suma, es un contrato aleatorio

1 Moulon, t. II, pág. 751, núm. 1,435 y todos los autores.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 618.

El acreedor toma sobre sí el riesgo de la insolvencia del deudor principal y de los otros fiadores, y por su parte, el fiador queda descargado de ese riesgo que lo obligaría á soportar toda la deuda. Así, pues, lo que el acreedor estipula del fiador descargado lo recibe á título oneroso; por lo tanto, no hay razón alguna para imputarlo sobre la deuda. Esto es arrebatarse al acreedor el beneficio de un contrato, á la vez que se deja á su cargo el riesgo de la insolvencia. (1) Con tales condiciones, el acreedor jamás concederá el descargo á un fiador.

¿Qué se contesta á estas objeciones? se dice que esto supone que la insolvencia del deudor principal era de temerse; pero ¿cómo probar que había riesgo de insolvencia? (2)

Contestamos que por el hecho mismo de que varios fiadores se obligaron por el deudor principal, la solvencia de éste debe ser más ó menos dudosa. Y hay que suponer que hay un riesgo cualquiera, porque de lo contrario no se concibe el tratado entre el fiador y el acreedor. Si absolutamente no hay ningún riesgo ¿en dónde está el fiador que consienta en pagar lo que fuere al acreedor para quedar descargado de su fianza?

El orador del Tribunado da otra respuesta á Dumoulin, la cual es singularmente candorosa. "Si el acreedor, dice, recibiese del fiador toda la deuda, ya nada habría que demandar á nadie; ¿por qué, pues, cuando recibe una parte, aun cuando sea en vista de la insolvencia aparente, no ha de tenerse igualmente en cuenta dicha parte?" (3) No tiene duda que el acreedor á quien se deben 10,000 francos y que los recibe de mano de los fiadores ya nada puede pedir á nadie, por la excelente razón de que la deu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 618, y la nota de Bugnet. Duranton, t. XII, pág. 484, núm. 379 y todos los autores.

2 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 159 (Loché, tomo VI, pág. 175).

3 Mouricault, Informe núm. 40 (Loché, t. VI, pág. 252).

da se ha extinguido con el pago. Pero si recibe 1,000 francos para descargar á uno de los fiadores, nada recibe sobre su deuda; los 1,000 francos que le da el fiador son una compensación del riesgo que éste corría y que pone á cuenta del acreedor.

§ II.—DE LA REMISION TÁCITA DE LOS ARTS. 1,282 Y 1,283.

375. La remisión tácita que resulta de los artículos 1,282 y 1,283 es real por esencia, y no podrá ser personal. Cuando el acreedor entrega su título al deudor ó á un coobligado, se haya en la absoluta imposibilidad de proceder, en el sentido de que no tiene ya prueba literal de su crédito. Ponerse en la imposibilidad de proceder, es manifestar la voluntad de no proceder, y de no proceder contra ninguno, supuesto que ya no se tiene prueba contra nadie. Luego la remisión de la deuda es absoluta ó real. Ni siquiera se concibe que sea personal. No podría serlo sino en virtud de una reserva; es decir, de una voluntad expresa y una manifestación de voluntad expresa excluye la remisión tácita.

376. El Código consagra una consecuencia de este principio en el art. 1,284. "La entrega del título original bajo firma privada ó del testimonio del título á uno de los deudores solidarios tiene el mismo efecto en provecho de sus codeudores." Al entregar su título á uno de los deudores solidarios, el acreedor se encuentra en la imposibilidad de perseguir, no solo al deudor á quien hizo aquella entrega, sino á todos sus codeudores; supuesto que por su voluntad pierde sus armas respectó de todos, su voluntad tiene que ser la de descargarlos á todos. Esto es lo que puede decirse para justificar la decisión de la ley. (1) ¿No hay que añadir una condición? La remisión tácita es un convenio tanto

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 439, núm. 233 bis II.

como lo expresa, al menos cuando constituye una liberación, y todo convenio exige un concurso de consentimiento. El deudor tiene que aceptar la oferta de liberación que le hace el acreedor; esta aceptación, lo mismo que la oferta, puede ser tácita.

¿El deudor conjunto pero no solidario, podría invocar el beneficio del art. 1,284? Se admite la afirmativa porque hay la misma razón para decidir. Si los codeudores solidarios quedan liberados, no es porque sean solidarios, sino porque el acreedor se ha puesto en la imposibilidad de perseguirlos, y esta misma imposibilidad existe cuando los deudores son simplemente conjuntos. (1)

377. Por la misma razón, los fiadores quedan descargados cuando el acreedor entrega su título al deudor principal. La entrega convencional; es decir, expresa, es real respecto al fiador; con mayor razón debe ser real la entrega tácita.

Quando la entrega del título se hizo al fiador, el deudor principal queda descargado. Hemos dicho que la remisión expresa hecha al fiador, podía ser real si tal era la voluntad del acreedor. En el caso de que se trata, esa es necesariamente su voluntad, supuesto que voluntariamente se pone en la imposibilidad de perseguir al deudor principal, entregando su título al fiador. Si su intención fuera descargar únicamente al fiador, él haría un descargo expreso; al hacer una remisión tácita, todos los obligados deben aprovecharla, porque todos están al abrigo de las persecuciones del acreedor, en el sentido de que éste se ha despojado de su título respecto de todos. (2) Sin embargo, á nuestro juicio, se necesitaría la aceptación del deudor (núm. 376).

378. ¿El codeudor ó el fiador á quien se hace entrega del

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 207, nota 31, pfo. 323.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 440, núm. 233 bis III.

título tiene un recurso contra los codeudores ó el el deudor principal? Aquí reaparece la dificultad que antes hemos examinado (núms. 350 y siguientes). La entrega del título hace presumir la liberación, y ¿es ésta á consecuencia de un pago, ó es la liberación gratuita? En el último caso, no puede tratarse de un recurso, siendo así que el recurso es de derecho cuando el codeudor y el fiador han pagado. ¿Qué tiene que presumirse? ¿El pago ó la liberación? A nuestro juicio, ni una ni otra cosa. Al que pretende tener un recurso en virtud de un pago corresponde rendir la prueba, porque la ley no establece presunción en su favor. Acerca de este punto todos están de acuerdo. (1)

SECCION V.—*De la compensación.* (2)

§ I.—NOCIONES GENERALES.

379. La Exposición de motivos define la compensación en estos términos: *Es la liberación respectiva de dos personas que son deudoras una respecto de otra.* Yo debo 1,000 francos; tú vienes á ser mi deudor por la misma suma, así es que las deudas se extinguen por compensación desde el momento en que coexisten.

380. La Exposición de motivos va á decirnos cuál es la teoría del Código en materia de compensación y por qué la coloca entre los modos de extinción de las obligaciones. *“La liberación de dos personas que son deudoras una de la otra es de pleno derecho. Se opera por la fuerza sola de la ley, sin que se necesite un fallo, y hasta sin que los deudores lo sepan. Ellos no tienen más interés que el de verse respectivamente libres y de dispensarse de un circuito*

1 Colmet de Santerre. t. V, pág. 440, núm. 233 bis IV.

2 Lair, *De la compensación en el derecho romano y en el derecho francés* (Paris, 1862, 1 vol. en 8.º) Desjardins, *De la compensación en el derecho romano y en el derecho francés* (Paris, 1864, 1 vol. en 8.º)

de largos procedimientos inútiles y dispendiosos. Para conseguir tal objeto es por lo que se establece que las dos deudas se extingan recíprocamente en el momento mismo en que existen á la vez.” Así, pues, una de las deudas sirve para pagar la otra; en este sentido, la compensación es un pago que se hace en virtud de la ley.

Este modo de extinguir las deudas tiene además otra ventaja. Si uno de los deudores pudiera exigir el pago de lo que se le debe, sin que, por su parte, pagara lo que él debe, la condición de las partes sería desigual, y esta desigualdad podría llegar á ser muy perjudicial á la que hubiese pagado sin recibir lo que se le debe; en efecto, la otra parte puede llegar á la insolvencia y, en consecuencia, la que permanecería acreedora perdería su crédito, mientras que la otra habría percibido el suyo. La compensación previene semejante riesgo, porque asegura la igualdad de las partes, al extinguir sus créditos, en el instante mismo en que coexisten. (1)

Por último, la compensación es también de interés público en el concepto de que hace inútil la acción judicial que á falta de pago cada uno de los acreedores se vería obligado á intentar. Sígnese de aquí que es de interés público, porque al menos ahorra un litigio. En su origen, la compensación fué una victoria de la realeza y, por consiguiente, de la soberanía nacional sobre el feudalismo. El derecho feudal no admitía la compensación, mientras que el derecho romano la consagraba, y el derecho canónico se la había tomado. De aquí el viejo proverbio: *“una deuda impide la otra;”* es decir, que el que debe una suma está obligado á pagarla al acreedor que lo persigue, salvo á su turno, el perseguir al acreedor, pero ante el juez de este último. De aquí la necesidad de los testigos cuando ninguna de las deudas no era pagada voluntariamente. Singular jus-

1 Mourlon, t. II, pág. 754, núm. 1,439.