



CCIÓ

[REDACTED]

RECHC

VIL FRANCES

17

KM19

.F8

LB

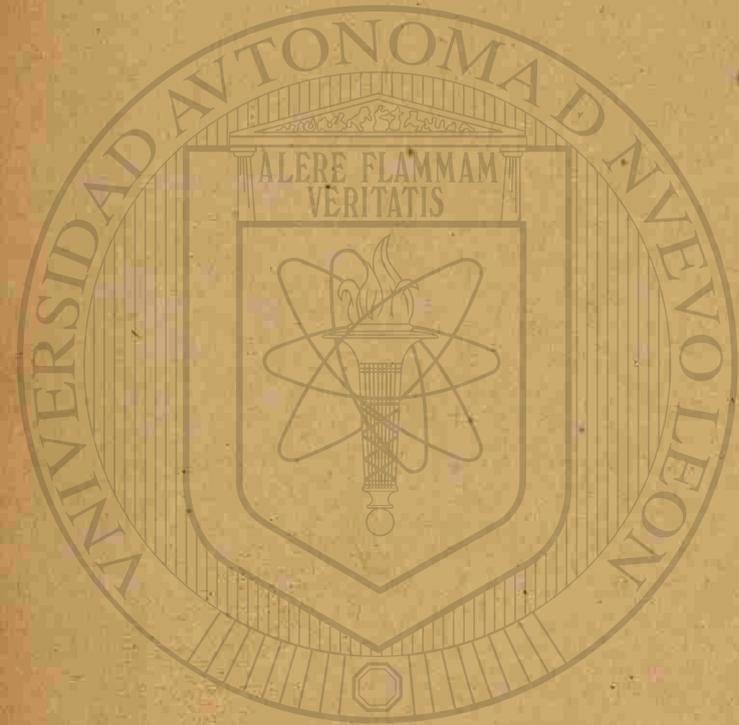
V.17

C.1

397(44)

6#3 6#59

FELIPE RITZARDI,  
BNCUA



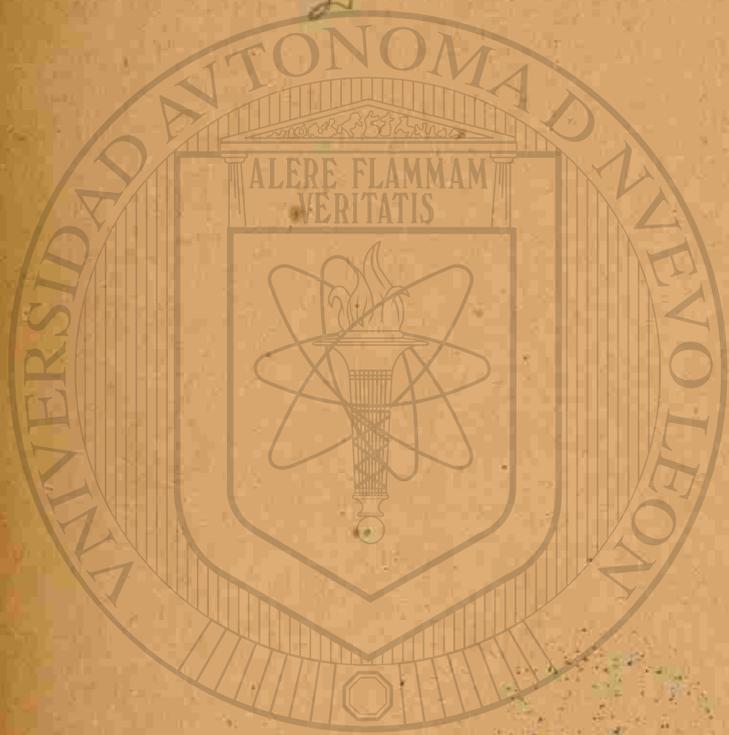
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



347 (44)



PRINCIPIOS

— DE —

# DERECHO CIVIL FRANCÉS

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENAL DE LAS CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS

U A N L



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Capilla Alfonso  
Biblioteca Universitaria

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS 54143

MEXICO—1897.

BARROSO HERMANO Y COMP. (SUCESTORES), EDITORES.

Puente de Monzón nm. 10.

Sucursal en Puebla: Morados núm. 11.—Apartado 4

23406



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA  
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN



## TITULO IV.

### DE LAS OBLIGACIONES.

(CONTINUACION).

### CAPITULO VI.

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES.

SECCION I.—De las obligaciones naturales. (1)

§ I.—DEFINICION.

1. El Código no definió la obligación natural, solo contiene una disposición que reconoce implícitamente la existencia y determina el efecto; ésta es el art. 1,235, en cuyos términos "la repetición no es admitida respecto de las obligaciones naturales que se han contraído voluntariamente." ¿En el silencio del Código debe recurrirse á la tradición? La tradición romana debe hacerse á un lado. Así se hizo ya en el antiguo derecho. Pothier dice que la obligación

1 Massot, *De la Obligación Natural en Derecho Romano y en Derecho Francés*. Paris, 1862, 2ª edición Vldal, *De las Obligaciones Naturales*. (Disertación premiada por la Escuela de Derecho de París).

deberes de conciencia, es decir, los deberes morales. Nosotros creemos que esto es un error, pero el error parece remontar hasta los autores mismos del Código Civil. Explicando el art. 1,235 que no admite la repetición respecto de las obligaciones naturales contraídas voluntariamente, Jauvert, el informante del Tribunalado, establece una distinción entre el dominio de las leyes civiles y el de la conciencia. Las leyes civiles, dice, sólo se hacen para las obligaciones civiles. En cuanto "al dominio de la conciencia," no es del resorte del legislador. ¿Es esto decir que debe admitirse la repetición en todos los casos en que se hace un pago sin que aquel que lo ha recibido haya podido exigirlo por una obligación civil? Jauvert responde que hay que remontarse al motivo que ha determinado el pago: si, colocado entre la "ley civil" y su "conciencia," el deudor se ha negado á valerse de recursos de los recursos de la ley civil, para obedecer á una ley más imperiosa, la de la "conciencia," el legislador no debe autorizar la repetición. ¡Apelar á la "conciencia" por oposición á la "ley civil," no es decir que las obligaciones naturales son los deberes que no tienen otra sanción que la conciencia, es decir, los deberes morales! No creemos que tal sea el sentido de las palabras de Jauvert. No habla de derechos morales, las obligaciones que cita con naturales, son obligaciones jurídicas, como son las obligaciones contraídas por una mujer casada ó por un menor, en las formas que exige la ley. Nosotros hacemos reservas en cuanto al ejemplo, él prueba sin embargo una cosa, y es, que el informante del Tribunalado, al hablar de las obligaciones de conciencia, no pensó en los deberes puramente morales. Jauvert no hizo una diferencia esencial entre la obligación natural y la obligación civil. El fundamento de toda obligación, dice, está en la conciencia del que la contrae. El derecho civil solo interviene en las formalidades. Pero las forma-

lidades no se refieren sino á la acción civil. La verdadera base de la obligación está siempre en la conciencia de los contratantes, si esta base existe, aunque falten las formalidades, el pago debe ser válido. Jauvert acaba por decir: "la obligación natural consiste en el lazo que se deriva de la equidad, á diferencia de la obligación civil, que se deriva únicamente del lazo de derecho" (1) Esto es muy vago, y bajo ciertos aspectos, esto es aun falso, como lo diremos más adelante. Las palabras de Jauvert llegan á confundir la obligación natural, y la obligación de conciencia, ó del deber moral, aunque tal no sea el pensamiento del informante del Tribunalado.

3. Esta confusión existe, muy grande, en los autores y la encontramos también en la jurisprudencia. Citarémos algunos testimonios que abundan. Durantón dice, que la obligación natural es la que debe cumplirse según las leyes de la "conciencia." Es también á la "conciencia" á la que Durantón remite al juez en el silencio de la ley: "descendiendo en su conciencia, el magistrado tendrá las reglas de su decisión, y raramente se equivocará tomando por vía la equidad." (2) Durantón no pronuncia las palabras "deber moral;" los autores más recientes lo hacen. M. Larombiere, comienza por establecer la distinción elemental de los deberes; llama á unos deberes de justicia y á otros deberes de moral. Los primeros son las obligaciones propiamente dichas, que producen un derecho y una acción en provecho del acreedor. Los deberes de moral, por el contrario, son despojados de toda sanción positiva: estas son las obligaciones naturales. Los ejemplos que el autor cita no dejan duda alguna sobre su pensamiento: estos son los deberes indicados por la "conciencia," por las leyes de la "delicadeza y honor," ó impuestos por los "lazos de la

1 Jauvert, Informe núm. 5 (Loaré, t. VI, pág. 206).

2 Durantón, t. X, pág. 21, núm. 34, pág. 23, núm. 36.

sangre," por la "piedad filial," por la fe debida á la "palabra dada," por los sentimientos de "gratitud" y de "bondad." "Estos no son sin duda más que deberes morales, dice M. Larombiere; nadie podría ser estrechado á cumplirlos, por una fuerza exterior, sin una tiranía mil veces peor que su falta de cumplimiento. Pero estos deberes menos parecen constituir obligaciones naturales, cuyo valor puede variar según las circunstancias, pero que producen no obstante por su cumplimiento voluntario, efectos civiles. (1)

He ahí la confusión de pleno; deberes puramente morales, tales como el reconocimiento y la caridad, son transformados en obligaciones naturales, es decir, producen efectos jurídicos. ¿Cuáles efectos? No se sabe bien. Su "valor varía" según las circunstancias. Esto es una reminiscencia del derecho romano, y no hace más que aumentar la vaguedad de estas teorías inalienables, que no tienen fundamento alguno en los textos, ni en los principios. M. Demolombe reprodujo estos errores: la obligación natural, dice, es la que la ley no provee de una acción y cuyo cumplimiento no puede perseguirse ante el poder público, pero que obliga al "hombre honrado," en el "fuero interno," tanto como si el cumplimiento pudiese exigirse contra él en el fuero externo. Por otra parte, M. Demolombe rechaza resueltamente toda distinción entre la obligación natural y la obligación moral, dice que el legislador ha dado bastante prueba de experiencia y de sagacidad no definiendo la obligación natural y dejando enteramente á la conciencia individual de cada uno, bajo su responsabilidad moral, el cuidado de pronunciar este fallo. (2) La vaguedad en la doctrina lleva necesariamente á la arbitrariedad

1 Larombiere, *Teoría de las Obligaciones*, t. III, pág. 58, núm. 6 del art. 1,235 (Ed. B. t. II. pág. 141).

2 Demolombe, t. XXVII, pág. 26, núm. 34. Compárese número 42.

en la práctica. Lejos de apoyarse en lo vago debe rechazarse de nuestra ciencia, y cuando la cosa es imposible, reducirla al menos, á los límites más estrechos. Esto es lo que nosotros vamos á ensayar.

4. R-prochamos á los autores el confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas, el derecho y la moral. Podrían respondernos que nuestra acusación es temeraria; parece equivocarse, en efecto, el gran jurisconsulto que ha servido de guía al legislador francés. M. Demolombe no ha hecho más que parafrasear la definición que Pothier da de la obligación natural. "Se llama obligación natural, dice, la que en el fuero del honor y de la conciencia obliga al que la ha contraído, al cumplimiento de su contenido." ¿Las obligaciones que no tienen otra sanción que el "fuero del honor y de la conciencia," no son deberes morales? Para comprender la definición de Pothier, no debe aislarse de la definición que da de la obligación civil. La primera división de las obligaciones, dice Pothier, se saca de la naturaleza del lazo que producen. Se llama obligación "civil" la que forma un "lazo de derecho," y da, á aquel con quien se ha contratado, el derecho de exigir judicialmente lo que contiene. Por oposición á la obligación civil, la obligación natural no produce el lazo de derecho; el que se obliga no lo está sino en el fuero de la conciencia. ¿Es esto decir que todo deber al cual nos sometemos en el fuero interno sea una obligación natural? Hé ahí otra cuestión. Todo lo que Pothier dice al tratar de la división de las obligaciones civiles y naturales, es que las primeras dan una acción judicial, en tanto que las otras solo ligan al deudor en el fuero de la conciencia. Esto es lo que el art. 1,235 dice también y esto jamás se ha negado. Resta saber si todo deber que nos obliga en el fuero interno es una obligación natural. Pothier responde á esta

cuestión en las primeras líneas de su "Tratado de las obligaciones." El término de obligación, dice, tiene dos significados: en su sentido más amplio es sinónimo de "deber;" en su sentido más propio sólo comprende las obligaciones perfectas que se llaman también obligaciones personales, porque a aquel para quien nos hemos obligado tiene el derecho de exigirnos el cumplimiento. Por el contrario, los deberes son obligaciones imperfectas, porque nos sometemos á cumplirlas solamente ante Dios; tales son los deberes de caridad y de reconocimiento; el pobre á quien yo doy una limosna no es mi acreedor, y cuando yo presto un servicio á mi bienhechor, no pago una deuda porque no soy deudor; las obligaciones imperfectas no pertenecen al derecho. Pothier dice que no trata en su Tratado más que de las obligaciones perfectas. En cuanto á las obligaciones imperfectas solo son del dominio de la religión y de la moral. (1)

5. Se ha criticado la teoría de Pothier que da á los deberes morales el nombre de "obligaciones imperfectas," y parece creerse ó al menos se puede hacer creer que estas obligaciones, aunque imperfectas, pertenecen al derecho; de eso á confundir los derechos morales con las obligaciones naturales, no hay más que un paso. Desde luego el lenguaje de Pothier es incorrecto; los jurisconsultos romanos más rigurosos, jamás emplearon la palabra "obligación" para designar un deber de moral ó de piedad. Además, hay una laguna en la doctrina de Pothier; por una parte dice que no estamos sujetos á cumplir las obligaciones imperfectas sino ante Dios, y por otra parte dice que las obligaciones naturales nos obligan en el fuero del honor y de la conciencia. Las expresiones varían, pero la idea es la misma. Las obligaciones imperfectas y las obligaciones naturales están, pues, igualmente desprovistas

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 1,173 y 175.

de sanción, unas y otras no nos obligan más que en el fuero interno. ¿Es esto decir que las obligaciones imperfectas y las obligaciones naturales se confunden? Se ha sacado esta consecuencia, pero el error es palpable. Los deberes morales difieren, por su esencia, de las obligaciones jurídicas, civiles ó naturales. Lo que caracteriza la obligación jurídica es que sea susceptible de cumplimiento forzado, en tanto que los deberes morales no suponen la intervención de la justicia y de la fuerza pública para extorcarnos á cumplirlos. Esto es elemental. ¿Se nos obligará á cumplir nuestros deberes religiosos haciéndonos entrar á la Iglesia por los gendarmes? ¿Se nos embargarían nuestros bienes para que cubriéramos una deuda de agradecimiento? ¿Los secretarios harían limosnas con el producto de la renta? Nó, ciertamente; y la razón es clara, y es que el cumplimiento de un deber religioso ó moral exige la libertad, y si se quisiera hacerlo una obligación civil, se la desmoralizaría; esto no es amar á Dios y á su prójimo, sino hacerlo para apremio. Así, pues, la esencia de un deber moral, es la libertad que tenemos para cumplirlo ó no cumplirlo, en tanto que la obligación jurídica es que podemos ser obligados á cumplirla. Así, la posibilidad del cumplimiento forzado, es el carácter distintivo de la obligación jurídica. Es cierto que la obligación natural no puede ser cumplida por la fuerza, puesto que no produce una acción. Pero esto importa poco cuando se la compare con el deber moral; no es menos susceptible de un cumplimiento forzado, lo que basta para que sea una obligación. El legislador hubiera podido concederle una acción y hacerla una obligación civil, en tanto que no hubiera podido hacerlo tratándose de un deber religioso ó moral. (1)

1 Compárese en este sentido Aubry y Rau, t. IV, pág. 4, nota 3. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. III, pág. 345, nota 1. De

6. Si la obligación natural difiere por la esencia del deber moral, por oposición, es idéntica en el fondo con la obligación civil; no difiere de ésta más que bajo un aspecto, y es que no produce una acción. Esto resulta del texto que nosotros tenemos concerniente á las obligaciones naturales y del nombre mismo de "obligación," que la ley da á la obligación natural. Para que haya obligación debe haber un lazo de derecho entre dos personas, de las cuales una, el deudor, está obligado á dar ó á hacer alguna cosa en provecho de la otra, que es el acreedor. Debe haber un deudor y un acreedor, y una cosa debida, pues si nó, no se concibe la obligación; pero en la obligación natural, el lazo de derecho que existe entre las partes es imperfecto, el acreedor no tiene acción contra el deudor. ¿Por qué la ley no ha dado una acción al acreedor natural? La obligación natural presenta todos los caracteres de una obligación civil, no se vé porque el legislador niega reconocerla, negando una acción al acreedor. Toullier dice que todas las obligaciones han comenzado por ser naturales; antes de existir las leyes civiles y los tribunales, el hombre tuvo deberes que cumplir para con sus semejantes; la ley quiso suprimir su origen estableciendo tribunales y poniendo la fuerza pública á su servicio. Pero la ley no suprimió su fuerza á todas las obligaciones naturales; razones políticas ó de orden público hicieron aceptar algunas que quedaron tales como eran antes del estado civil, es decir, sin acción. (1) La explicación es poco satisfactoria. Supone un estado natural anterior al estado civil; teoría falsa á la cual Rousseau prestó inútilmente el prestigio de su talento; actualmente se haya abandonado. Sería más cierto decir que todas las obliga-

Folleville, *Noción del Derecho y de la Obligación* (1873) pág. 65, número 51.

1 Toullier, t. III, 2, pág. 241, núms. 377 y 378.

ciones han comenzado por ser civiles, y que sólo por excepción es por lo que el legislador retiró su apoyo á algunas de estas obligaciones, por motivos particulares que varían naturalmente de un caso á otro. El art. 204 nos ofrece un ejemplo: dice que el hijo no tiene acción contra sus padres para ser establecido por matrimonio, ó de otro modo. Esta es una derogación al derecho romano que dió una acción al hijo; he ahí una obligación que ha sido civil y llega á ser natural. Dirémos más adelante, enumerando las obligaciones naturales, cuáles son las razones por las que ciertos deberes jurídicos no han sido dotados de una acción.

Se puede, pues, definir la obligación natural con Zachariæ, los deberes jurídicos susceptibles por su naturaleza como tales, de cumplimiento forzado; pero que el legislador niega reconocer, privando de acción al acreedor. (1) Dos condiciones se requieren para que haya obligación natural. Desde luego debe haber un lazo jurídico existente entre dos personas, y es necesario que este lazo no sea reconocido por la ley. El primer carácter distingue la obligación natural del deber moral; el segundo la distingue de la obligación civil. El primer carácter es el más interesante y el más difícil. ¿Cómo puede saberse si una relación es moral ó jurídica? Los principios generales de derecho nos dan á conocer si un deber es susceptible de cumplimiento forzado, y en este caso es una obligación jurídica, y toda obligación jurídica es una obligación civil, á menos que un texto formal prive de acción al acreedor. El texto de la ley viene, pues, en nuestra ayuda, en esta difícil materia. Cuando el legislador niega la acción á una obligación, se puede deducir que esta obligación es natural. Es cierto que los deberes morales también carecen de acción; pero para negarles toda acción judicial, no

1 Aubry y Rau, pfo. 297 (t. IV, pág. 4 de la 4ª edición.)

es necesario que el legislador intervenga, pues no puede haber acción judicial ahí donde el cumplimiento forzado es imposible, puesto que sólo se recurre á los tribunales para obtener la intervención de la fuerza pública.

7. En nuestra opinión, los deberes morales no producen efecto alguno en derecho, pues la ley reconoce la beneficencia y la gratitud como una causa jurídica de donaciones. En la teoría del Código debe haber una causa para la existencia de todo contrato, es decir, un motivo jurídico por el cual el legislador lo reconoce y le concede el apoyo de la autoridad pública; considera como una causa bastante de donaciones, la voluntad de hacer un beneficio. El móvil de esta voluntad puede ser un deber moral, la beneficencia, la caridad. En este sentido, un deber moral llega á ser la causa de una obligación civil. (1) La violación de un deber moral es alguna vez considerada por el legislador, de donde resulta una especie de pena. Así es en materia de donaciones; pueden ser revocadas por causa de ingratitud.

Es solo por excepción por lo que los deberes naturales producen efectos jurídicos, y la excepción solo existe en virtud de un texto que la establezca. Debe, pues, establecerse como regla general que los deberes morales no tienen efecto alguno jurídico. Este principio se desprende de la separación que existe entre la moral y el derecho; la moral y los deberes que de ella se derivan pertenecen al fuero de la conciencia, en tanto que el derecho está en el dominio del fuero externo. Este principio siempre está lejos de ser universalmente admitido. La jurisprudencia, como nosotros vamos á decirlo, confundiendo los deberes morales y las obligaciones naturales, da por esto mismo, efectos jurídicos á los deberes morales. La doctrina se ha dejado llevar, en esta materia, de un sentimiento

1 Véase el tomo XV de estos *Principios*, pág. 155, núm. 111

moral muy honorable, pero que á nuestra vista introdujo en nuestra ciencia una confusión que importa esclarecer. Cada ciencia en su dominio; el dominio del derecho no es el de la moral, y debe sostenerse la separación, pues si no todo es confusión.

8. Se enseña que el deber moral, lo mismo que la obligación natural, puede servir de "punto de partida á una obligación civil." (1) La expresión no es jurídica, y, á nuestra vista, la teoría no lo es tampoco. Es dudoso que la obligación natural pueda transformarse en obligación civil. Volveremos sobre este punto. En cuanto al deber moral, puede ser la causa de una donación, pero no puede serlo de un contrato á título oneroso, porque es la esencia de los contratos el ser interesados, y este interés es un interés pecuniario, y el deber moral no supone especulación; estas son ideas inalienables. Se citan como ejemplo de un deber moral, que llega á ser el principio de una obligación civil, las rentas creadas en provecho de un hospicio ó de un establecimiento de beneficencia. El ejemplo está mal tomado, porque estas rentas son donaciones, y la donación puede muy bien tener por causa un deber moral.

Se admite también que el cumplimiento de un deber moral no admite la repetición. Es evidente que la limosna no puede ser repetida. Pero ¿cuál es la razón? Es que la limosna es una donación que se hace de mano á mano, y esta donación, perfecta por la tradición, no puede, ciertamente repetirse, y es tan irrevocable como una donación hecha ante notario. En apoyo de la opinión contraria se invocan los arts. 1,965 y 1,967. En los términos del art. 1,965, la ley no concede acción por una deuda de juego ó por el pago de una apuesta. Nunca, según el artículo 1,967, el que pierde puede repetir lo que voluntariamente ha pagado, á menos que haya habido por parte del

1 De Folleville, *Noción del Derecho y de la Obligación*, pág. 78.

que ha ganado, dolo, trampa ó estafa. La dificultad está en saber si el art. 1,967 es la aplicación del art. 1,965; es decir, si las deudas de juego son obligaciones naturales. A nuestra vista, sí. Volveremos á instar sobre la cuestión. En principio, es cierto que una deuda de juego es más que un deber moral, pero que resulta de un convenio que en teoría es perfectamente válida. Debe, pues, desecharse el art. 1,967 como establecido sobre un caso particular.

§ II.—ENUMERACIÓN DE LAS DEUDAS NATURALES.

9. El Código no define las deudas naturales, ni las enumera. De donde se sigue que los jueces tienen un poder discrecional en esta materia, en el sentido de que su decisión no podría ser casada puesto que no hay ley violada. (1) ¿No es esto demasiado absoluto? La ley no define solamente la obligación civil; y es esto decir que un tribunal puede decidir que un deber moral es una obligación civil? No podría dar á un deber moral los efectos de una obligación natural. La cuestión se ha presentado en un caso notable. Durante la emigración de M. de la Rochefoucauld, su mujer hizo pronunciar su divorcio. A su vuelta á Francia, los esposos divorciados procedieron á la liquidación de sus derechos; el acto atribuyó á la duquesa una suma de 1.651,400 francos; para librarse, el duque le cedió muchos terrenos de un valor de 1.50,000 francos. El mismo día las partes hicieron una escritura bajo forma privada, por la cual la duquesa devolvió al duque los terrenos de Liancourt y de Estissac; la devolución fué fundada en las pérdidas que M. de la Rochefoucauld sufrió durante la revolución, especialmente por efecto de la depreciación de los inmuebles. Esta escritura fué calificada de transacción de familia, y fué sometida por el fisco á un

1 Esta es la opinión general. Véanse los testimonios en Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,058.

derecho de donación entre los esposos. Se suscitaron dificultades entre los hijos sobre la naturaleza de la devolución. ¿Esta fué una donación que debía imponerse sobre el haber de la donadora, ó fué el pago de una deuda natural? La Corte de París juzgó que fué un acto de justicia y de conciencia y no de donación. Sobre la demanda, la decisión fué casada. La Corte hizo homenaje á los motivos generales que habían obligado á la duquesa á renunciar sus derechos; no estuvo obligada por lazo alguno de derecho, ni hubo, por su parte, obligación alguna de justicia y de conciencia á hacerlo, puesto que no fué causa de las pérdidas que M. de la Rochefoucauld había sufrido durante la revolución, ni de la depreciación de sus inmuebles. De ahí se sigue, dijo la Corte, que el abandono hecho por ella, debe verse como un acto de pura liberalidad. La Corte casó, pues, una sentencia que juzgó en hecho, y que tuvo obligación de conciencia y de justicia; es decir, obligación natural, en tanto que no hubo más que un deber moral de delicadeza. (1)

*Núm. 1. De las deudas civiles llamadas impropia-  
mente obligaciones naturales.*

10. Pothier pone entre las obligaciones naturales las que son contraídas por personas que tienen discernimiento y criterio bastantes para obligarse, pero que la ley civil declara incapaces de contratar: tal es la obligación de una mujer que está bajo la potestad del marido, que ha contratado sin ser autorizada. (2) Esta doctrina es también la de los autores del Código Civil. El orador del Gobierno cita como ejemplo de obligaciones naturales las que se

1 Casación, 5 de Mayo de 1835 (Dalloz, palabra *Disposiciones* número 764.)

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 192.

han contraído por personas á las que la ley no permite contratar. Jauber desarrolla la misma opinión en su informe al Tribuñado. La mujer casada, dice, no puede obligarse civilmente sin autorización de su marido ó del juez; es, por tanto, responsable para con su conciencia de la falta de cumplimiento de sus obligaciones. No podría, aún después de la disolución del matrimonio, ser perseguida civilmente, ó por lo ménos, podría defenderse con la excepción tomada de la nulidad de la obligación; pero si llega á ser libre y paga voluntariamente, podría repetir lo que ha pagado? Nó, sin duda; hubiera podido garantizarse contra la acción, pero ha renunciado á la excepción. Si, pues, un arrebatamiento inmoral la llevó á querer repetir, bajo pretexto de que civilmente no hubiera podido ser estrechada, el magistrado la rechazaría porque había cumplido con una obligación natural. Lo mismo sería de la obligación contraída por un menor sin las formas exigidas por la ley, y que voluntariamente hubiera pagado al tiempo de su mayor edad. (1)

Esta opinión es seguida generalmente por los autores (2) y consagrada por la jurisprudencia. No insistiremos en decir que este es un error. Bajo el punto de vista de los principios, esto es evidente. Una obligación es natural cuando la ley no la reconoce, cuando rehúsa una acción al acreedor. ¿Quiere esto decir que el acreedor de una mujer casada ó de un menor no puede obrar contra su deudor? Hay, ciertamente, una acción cuando la deuda es más que natural, es civil; solamente que está plagada de un vicio que permite al deudor demandar la nulidad, mas es conveniente que la demande; en tanto que la nulidad no sea pronun-

1 Bigot-Prámenou, Exposición de Motivos, núm. 113 (Loché, tomo VI, pág. 168). Jaubert, Informe núm. 5 (Loché, t. VI, pág. 206.)

2 Toullier, t. III, 2. pág. 251, núm. 385. Durantón, t. X, pág. 24, núm. 38. Colmet de Santerre, t. V, pág. 306, núm. 174 bis, IV. Demolombe, t. XXVII, pág. 28, núms. 36 y 37.

ciada, la obligación subsiste y produce todos los efectos de una obligación civil. Hay más: la nulidad debe ser demandada en el plazo de diez años; si el deudor deja pasar este plazo sin obrar, la obligación es confirmada tácitamente, es decir, que es purgada de un vicio que la infectaba y es considerada como si nunca hubiera estado viciada: esto es lo que siempre ha sido una obligación civil (artículo 1,304). La confirmación puede hacerse, también, por el cumplimiento voluntario de la obligación (art. 1,338); en este caso, también la obligación contratada por el incapaz es puramente civil. Es, sin embargo, este cumplimiento lo que ha engañado á los autores: han creído que la ley aplica al pago de una deuda contraída por un incapaz, el principio establecido por el art. 1,235 para las deudas naturales; lo que ha sido pagado en cumplimiento de la obligación de un incapaz no puede repetirse, lo mismo que no puede repetirse lo que ha sido pagado en virtud de una deuda natural. Mas la analogía solo es aparente. El pago que el incapaz hace en tiempo de capacidad es más que un cumplimiento de la obligación, es una confirmación, y la confirmación es una renuncia al derecho que el deudor tuvo de demandar la nulidad del acto. Cuando se trata de una deuda natural es de otra manera; el pago no es una confirmación, no confirma una deuda natural según diremos más adelante. Después como antes del pago, la deuda permanece una deuda natural, no se vuelve jamás una deuda civil.

Se alega que el deudor incapaz tiene una excepción perentoria contra la acción que el acreedor pudiera intentar contra él; esta excepción desecharía la acción; se debe, pues, decir que el acreedor no tiene ninguna acción, lo que le iguala al acreedor de una deuda natural. Ya hemos respondido anticipadamente la objeción. No es exacto que el acreedor, á quien se puede oponer una excepción

perentoria, no tenga acción; lo que prueba que hay una acción, es que su demanda no puede ser rechazada más que por una excepción, y esta excepción debe ser opuesta en diez años; mientras que el acreedor de una deuda natural no tiene ninguna acción, y su demanda puede ser siempre rechazada; su deuda es una obligación natural, y no puede jamás volverse una obligación civil por cualquiera confirmación. (1)

La cuestión presenta aún otro aspecto. La obligación contratada por un incapaz, es nula. ¿Es que la obligación conserva, á pesar de su anulación, la fuerza de una obligación natural? Se enseña la afirmativa; (2) pero nos parece muy dudosa en teoría. Sin duda, la obligación tiene en sí misma todos los elementos necesarios para su validez, porque se supone que la mujer, aunque no autorizada, tuvo una justa causa de obligarse. Mas esta liga es viciada por la incapacidad civil de la mujer casada; y puede admitirse que cuando el juez, sobre la demanda del deudor, ha anulado la obligación por un motivo de orden público, esta obligación condena, sin embargo, alguna fuerza? No insistiremos, porque la cuestión es de pura teoría. Si el deudor paga apesar de la nulidad de la obligación, no puede repetir; renuncia al beneficio del fallo, y esta renuncia, como lo diremos más adelante, es muy válida.

Se ha juzgado que el simple reconocimiento de una deuda contraída por un pródigo mientras ha estado bajo consejo, debe ser considerada como una obligación natural, el reconocimiento no presenta las condiciones requeridas para la ratificación. (3) La redacción es bastante mala; el reconocimiento de una deuda no puede producir una deuda natural, esto es ó un consentimiento ó una confirma-

1 Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 91, nota 3. Marcadé sobre el art. 1,272 núm. 3 (t. IV, pág. 573).

2 Aubry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 5 (4ª edición).

3 Riom, 10 de Enero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 6).

ción, y por consiguiente, se aplican los principios que rigen la confirmación y el consentimiento. En el caso, hubo una deuda civil, pero imperfecta por razón de la incapacidad del deudor. De ahí resultó un vicio que hizo nula ó anulable la obligación. Esto no impide que la deuda sea civil, pudiendo oponer el deudor la excepción de nulidad. ¿Pudo también oponerla después de haber reconocido la deuda? Sí, puesto que la sentencia atestiguó que el reconocimiento no presentó los caracteres de una confirmación verdadera.

11. Si se admite que las obligaciones de los incapaces son obligaciones naturales, debe extenderse esta decisión á todos los casos en que la acción del acreedor puede ser rechazada por una excepción perentoria. Esta es la idea de M. Colmet de Santerre, el ingenioso sucesor de Demante. El acreedor, dice, no puede exigir el pago de deudas nulas, pero el deudor puede ratificar, y el cumplimiento voluntario, que equivale á la ratificación, no es otra cosa que el cumplimiento de una obligación natural por una persona que se reconoce ligada apesar del medio de nulidad que la ley le ofrece. (1) No admitimos el principio, ni la semejanza que se deduce por vía de consecuencia. No es exacto decir que el acreedor de una deuda anulable carece de acción, pues puede obrar quedando á salvo al deudor oponerle la excepción de nulidad; si en lugar de valerse de la nulidad, cumple la obligación, no paga una deuda natural, confirma una obligación civil, pues el cumplimiento hace que siempre haya una obligación civil, y que el vicio que contenía, desaparezca por la confirmación. Con mayor razón no puede ser cuestión de una obligación natural, si la nulidad es pronunciada por el juez, por un vicio cualquiera de consentimiento. Un acto anulado es

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 307, pág. 174 bis V seguido por Demolombe, t. XXVII, pág. 29, núm. 35.

como si jamás hubiese existido, y la nada no puede producir efecto alguno jurídico; por otra parte, cuando hay un vicio que hace nula la obligación, tal como un vicio de consentimiento, no puede haber obligación natural, pues la obligación natural exige lo mismo que la obligación civil, un consentimiento perfecto. (1)

12. Pothier dice que una obligación civil, cuando el deudor ha adquirido contra la acción que resulta, que sea rechazada por la autoridad, de la cosa juzgada, ó de la protesta decisiva, ó por el lapso de tiempo requerido para la prescripción, puede también quedar como obligación puramente natural, que mientras no es rechazada, subsiste por no estar cubierta. (2) El orador del Gobierno reprodujo en este punto, lo mismo que para la incapacidad, la doctrina de Pothier: coloca entre las obligaciones naturales "aun las obligaciones civiles, cuando la autoridad de la cosa juzgada, la protesta, la prescripción, ó cualquiera otra excepción perentoria, deja sin efecto la acción del acreedor." (3) Esta opinión es generalmente seguida. (4) Es cierto que las partes interesadas, pueden renunciar al beneficio de la prescripción, de la cosa juzgada ó de la protesta prestada. El Código lo dice así, de la prescripción (art. 2,220) y hay la misma razón para decidirlo de la cosa juzgada y de la protesta. Se renuncia cumpliendo la obligación. ¿Cuál será el efecto de esta renuncia? Renunciar el beneficio de la excepción perentoria que el demandado pudo oponer al demandante, y por consiguiente, la acción seguirá su curso. Se sigue de ahí, que la obligación

1 Compárese Anbry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 5, nota 5.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 196.

3 Pigot-Prámenen, Exposición de Motivos, núm. 113 (Loché, tomo VI, pág. 168).

4 Colmet de Santerre, t. V, pág. 306, núm. 174 bis, IV. Anbry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 5, notas 11 y 12. Demolombe, t. XXVII, pág. 29, núm. 39. Sentencia de Casación de la Sala de Casación de la Corte de Bruselas, 7 de Febrero de 1829 *Pasicrisia*, 1829, pág. 48.

es más que natural, pues queda como fué, civil; ante la renuncia, la obligación fué ineficaz, pues civilmente fué extinguida; la renuncia le da su primera eficacia, y por tanto, su naturaleza de obligación civil. La doctrina tiene, pues, razón para decir que el que cumple la obligación civilmente extinguida, no puede repetir, pero esto no es bastante, debe deducirse del cumplimiento voluntario la renuncia tácita de la excepción, y concluirse, que la obligación civil revive con todos los efectos que la ley le da. (1)

13. Toullier después de haber notado que el derecho francés no distingue los pactos simples de los contratos dice que tenemos sin embargo, convenio que no estando como los pactos desprovistos de acción sino por la omisión de ciertas formalidades prescriptas por la "ley civil," producen una obligación "natural:" tales son las donaciones nulas en la forma. Por otra parte Toullier enseña que si el donador cumple el acto, este cumplimiento vale como confirmación, y queda plenamente obligatorio; lo que ciertamente quiere decir que la donación llega á ser una obligación civil. (2) Esto es contradictorio; una misma obligación no puede ser al mismo tiempo civil y simplemente natural. Las dos opiniones de Toullier son igualmente erróneas, cuando la donación es nula en la forma es inexistente; el art. 1,339 en los términos más enérgicos, y la nada no puede engendrar lazo alguno, ni de una obligación natural, ni de una civil. (3)

Qué debe decirse del cumplimiento voluntario por los herederos, de la donación nula en cuanto á la forma? La ley exige una confirmación; (art. 1,340) permite pues á los herederos confirmar. Esto es porque respecto de ellos exis-

1 Compárese Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 93, nota.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 246, núm. 380 y t. III, 1, pág. 121, número 189).

3 Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 307, núm. 174 bis, IV.

te una obligación natural? Así se pretende; volveremos sobre la cuestión al tratar de la confirmación.

14. Se admite también que hay una obligación natural para el heredero, de cumplir los legados hechos en un testamento irregular. Se agregan sin embargo, restricciones y condiciones, sin decir que estas disposiciones de suyo no deben destruir la reserva de los descendientes y de los ascendientes. Además, dice Durantón, debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares de la causa, tales como la importancia más ó menos grande del legado, relativamente á la fortuna del difunto, las relaciones que ligaban á este último con el legatario, los servicios que este le prestó, la cualidad y el número de los herederos. Nos es imposible admitir esta doctrina, esto es la arbitrariedad más absoluta, y esto es también disponer en nombre del difunto. En efecto, el testamento nulo en cuanto á la forma, es inexistente, y por tanto, no hay acto de última voluntad: acaso la nada puede producir alguna obligación? (1) Se invoca el art. 1,340 que permite á los herederos confirmar una donación nula en cuanto á la forma, cumpliéndola. Hemos dicho en otra parte que esta disposición, esencialmente excepcional, no puede extenderse al testamento. (2)

La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina; los tribunales usan extensamente del poder discrecional que se les reconoce. Cuando hay un testamento nulo por cualquier vicio de forma, hay conflicto entre el derecho civil y el derecho natural. El derecho civil declara inexistente el testamento, porque presume que este no es la expresión de la voluntad del testador; sucede frecuentemente, que esta presunción es contraria á la verdad, habiendo,

1 Durantón, t. X, pág. 25, núm. 39. Colmet de Santerre, t. V, página 307, núm. 174 bis. Aubry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 6, nota 6.  
2 Véase el tomo XIII de estos Principios, pág. 611, núm. 462.

prodigado el legislador las formas y las nulidades. Puede decirse que en este caso, el derecho natural exigiría que la voluntad cierta del difunto recibiese su ejecución. ¿Es esto decir que existe una obligación natural para el heredero de cumplir el testamento? El legislador niega una acción al legatario, porque no hay legatario; y si no hay legado, la nada no puede producir una obligación natural ni civil. Una viuda se obliga á cumplir una renta que su marido ha legado en un testamento nulo. La Corte de París reconoció esta obligación, dijo, que el sentimiento de respeto de una esposa por la voluntad de su marido, dió á la obligación el caracter de una obligación natural, libre de las formalidades prescriptas para las donaciones y no sujeta á revocación. (1) Un sentimiento de respeto es un sentimiento moral, de donde puede resultar un deber de conciencia ó de delicadeza, pero estos deberes no engendran obligación natural (núms. 2-6). Un sentimiento semejante es una causa bastante de una donación, pero para que haya donación, debe haber las formas prescriptas por la ley, que deben observarse, y en caso contrario, no hay testamento ni donación.

La jurisprudencia admite también que hay obligación natural para el heredero, de cumplir un legado puramente verbal. Hay decisiones á las que nos adherimos, porque se justifican, haciendo á un lado toda obligación natural. Un tío pasa en silencio á su sobrino predilecto, haciendo legados á otros sobrinos; instituye á su mujer legataria universal, y ésta otorga al sobrino, omitido el producto de un inmueble de 30,000 francos. Se admitió por las partes que la venta fué una donación, y esta fué perfectamente válida. Se opuso la falta de causa, y la Corte de Tolosa juzgó que la verdadera causa de la donación,

1 París, 16 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 5, 122, 8).

fué la obligación natural y justa, contraída por la viuda, de cumplir las voluntades de su difunto marido. (1) La decisión es justa, aunque mal motivada. Hubo una donación válida, según la jurisprudencia que admite la validez de las donaciones dejadas bajo la forma de un contrato oneroso. ¿La donación fué nula por falta de causa? Nó, porque no se necesita para una donación otra causa, que un deber de conciencia. La jurisprudencia va más lejos, revalidando las disposiciones hechas por el heredero en provecho de un legatario verbal, sin que haya por parte del heredero voluntad de dar, y únicamente como cumplimiento de las voluntades del difunto, en virtud de una obligación natural ó como lo dice la Corte de Lieja, en virtud de un deber de conciencia. (2) No creemos que un deber de conciencia engendre una obligación natural. La Corte de Casación de Francia ha juzgado en el mismo sentido. Un legatario universal hizo entrega á su hermano, en virtud de una carga verbal que el testador le impuso de una suma de 10,000 francos, y de un molino con sus dependencias. La sentencia hizo constar que el acto de entrega no tuvo los caracteres de una donación entre vivos, sino que fué en cumplimiento de una obligación natural, haciendo á un lado toda donación. Nació entonces la cuestión de saber á qué título se hizo la entrega. El fisco pretendió que fué un acto translativo de propiedad, y sujeto como tal, al derecho de translación. Nó, dijo la Corte de Casación; la entrega no es atributiva, sino simplemente declaratoria de una transmisión de propiedad; en efecto, la transmisión no procede directamente del legatario universal que hace la entrega, se remonta á la persona misma del testador, cuyo legatario no hace más

1 Tolosa, 10 de Enero de 1843 (Dalloz, palabra *Venta*, número 361, 2°).

2 Lieja, 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 219).

que cumplir su voluntad. (1) Nos parece que hay en esto una contradicción palpable. Si la entrega se remonta al testador, solo puede ser como cumplimiento de un legado verbal; y este legado fué nulo, fué también inexistente, y no dió acción alguna al pretendido legatario; ¿la nada puede producir la transmisión de la propiedad? Si la propiedad no fué transmitida por el testador, solo pudo serlo por el heredero. ¿Con qué título? Inútilmente se buscaría otro, que un título gratuito, puesto que el heredero entregó lo que no pudo estar obligado á entregar; pero como donación, el acto fué nulo. Así, pues, en definitiva, no hubo transmisión alguna de propiedad.

15. La pretendida obligación natural del heredero, no es otra cosa que un deber de honor ó de delicadeza, calificada así por los tribunales. (2) La calificación es justa, pero atestigua contra la jurisprudencia, porque un deber de honor no constituye una obligación natural. Una obligación de honor ó de conciencia, no es una deuda; si pues el pretendido deudor la cumple, no paga una deuda, hace una donación, y por consiguiente, deben observarse las formas y las condiciones prescriptas para la existencia de las donaciones. Esto es lo que hemos dicho en otra parte. (3) La doctrina (4) y la jurisprudencia son contrarias. Se dijo en una sentencia de la corte de Gand, que una obligación "natural" ó "moral," "pretatis causa," basta para ligar válidamente al que contrae la obligación, é impedir toda demanda de repetición. (5) En el caso se trató también de disposiciones testamentarias. La corte consideró

1 Denegada casación de la Sala Civil, 19 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 17).

2 Fallo del Tribunal de Belley, 5 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 3, 219).

3 Véase el tomo XIII de estos *Principios*, pág. 121, núm. 113.

4 Aubry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 8 y nota 15.

5 Gand, 12 de Mayo de 1870 (*Pasicrisia*, 1870 2, 308).

como perfectamente idénticas una obligación de honor y una obligación natural. La diferencia es sin embargo esencial: las obligaciones "morales" pertenecen al dominio de la moral ó de la religión; las obligaciones naturales solo tienen efectos jurídicos. Pero la obligación natural no está definida por la ley; es, por su naturaleza, muy vaga; de ahí la incertidumbre y la confusión que reinan en la jurisprudencia. La Corte de casación de Francia, califica de obligación natural la deuda de honor, que un enfermo contrae para con su médico. Por una parte, hay más que deuda natural, puesto que el médico tiene acción contra el enfermo ó sus herederos. Por otra parte, si la remuneración dada ó legada por el enfermo á su médico traspasa el importe de los honorarios, hay donación, y esta es remuneratoria. El art. 909 admite estas donaciones, pero sin decir que el legado debe ser válido en la forma. Si es nula en la forma, los herederos no tienen obligación alguna natural, porque el reconocimiento es un deber moral que no engendra lazo civil. (1)

*Núm. 2. Ejemplos de obligaciones naturales.*

16 ¿La deuda por alimentos es una obligación natural? Se supone que es contraída ó cumplida respecto de un pariente que no tiene derecho á los alimentos, en virtud de la ley. Generalmente se admite que el deber que incumbe á los parientes próximos, distintos de los indicados en los arts. 205 y 207, de entregar con arreglo á su posibilidad, los alimentos á sus parientes legítimos ó naturales, es una obligación natural. (2) Hemos transcrito las palabras de los editores de Zachariae. La vaguedad de la fórmula atestigua contra el principio. ¿Qué es un "próximo" pa-

1 Denegada casación, 10 de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1852 1, 80).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 6 y nota 2 del pfo. 297.

riente? ¿Hasta qué grado se entiende este parentesco? La ley ha tenido en cuenta los lazos de la sangre arreglando la obligación de los alimentos; fuera del deber legal, no queda más que un deber de caridad, más estricto cuando se trata de un pariente; pero un deber de caridad jamás puede ser una obligación jurídica. Las razones que se dan en la opinión contraria son de una falsedad extrema. Se dice que la definición de la obligación natural dada por Pothier, se aplica al deber que el parentesco impone de atender á las necesidades de un pariente pobre; este es un deber de "honor" y de "conciencia." Nosotros hemos respondido anticipadamente á esta objeción explicando cuál es la verdadera doctrina de Pothier, (núm. 4.) Coloca el deber de beneficencia entre los deberes morales que no pertenecen á la ciencia del derecho. ¿Cuándo el deber de caridad llega á ser una obligación de caridad? El Código civil responde á la cuestión. M. Demolombe trata de limitar la deuda de alimentos para que no se la confunda con el deber general de caridad. Se necesita, dice, que se trate de una relación entre una persona determinada, y entre otra persona también determinada. Sin duda ahí en donde no hay personas determinadas, no hay obligación. ¿Pero basta para que haya obligación que las personas sean determinadas? El deber de reconocimiento existe siempre entre personas determinadas, y sin embargo, este deber no es una obligación natural. M. Demolombe agrega que la obligación debe ser de tal naturaleza, que pueda cubrirse en un precio de dinero; si esta condición basta, toda deuda alimentaria será una obligación natural, porque esta deuda se cubre regularmente bajo forma de pensión alimentaria. (1)

La jurisprudencia ha seguido la opinión que combati-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 33, núm. 42. En sentido contrario; Colmet de Santerre, t. V, pág. 309, núm. 174 bis.

mos. Siempre esta es de poca autoridad. Es como pena como las sentencias están motivadas; afirman y no prueban. Debe agregarse que estas son decisiones fundadas en las circunstancias de la causa. Así, en los casos juzgados por la Corte de Bruselas, los que habían recibido los alimentos habían prestado servicios, cuyo valor comprende, con poca diferencia, el monto de los alimentos. (1) Estos hechos han influido sobre la decisión de la Corte, resultando que estas son sentencias de casos más bien que de doctrina.

17. La obligación de dar alimentos, toma un carácter jurídico cuando se trata de un hijo natural no reconocido, al cual el padre paga ó se obliga á pagar una pensión alimenticia. No hay duda civil en este caso; el hijo natural no reconocido, no tiene acción contra su padre; no tiene padre, y no puede investigar la paternidad. Pero hay una obligación natural que no es dudosa. El Código Civil muestra un rigor extremo, negando al hijo el derecho de buscar á su padre. Este contrae, por el hecho de su paternidad, obligaciones para con el hijo al que ha dado la vida. Si lo reconoce, la deuda está legalmente constituida, y llega á ser una deuda civil. Si no lo reconoce, la deuda alimenticia no existe menos, pues el padre puede obligarse á cubrirla. Sin embargo, la cuestión no carece de dificultad, y ésta aumenta cuando se trata de un hijo adulterino ó incestuoso. En otra parte hemos examinado la cuestión (2) La corte de Casación aplicó el principio que acabamos de citar, en un caso en que la Corte de apelación traspasó los límites, en los cuales las obligaciones naturales deben estar. El padre de un hijo natural no recono-

1 Bruselas, 30 de Diciembre de 1828, y 10 de Diciembre de 1829 *Pasicrisia*, 1828, pág. 397 y 1829, pág. 321).

2 Véase el tomo IV de estos *Principios*, pág. 162, núm. 93 y página 237, núm. 377.

cido, se obligó á atender á sus necesidades. Esta fué una obligación civil que tuvo por causa un deber de conciencia, procedente de una obligación natural. Citamos los términos de la sentencia para mostrar cuánto tiene de vaga, y, por tanto, de inexactitud en el lenguaje y en las ideas de esta materia. Los "deberes de conciencia", son extraños al derecho; debe, pues, hacerseles á un lado. En cuanto á las obligaciones naturales, producen más que un deber de conciencia; éstas tienen efectos jurídicos. El deudor puede cumplirlas, y no es admitido á repetir lo que voluntariamente ha pagado. Si el padre puede dar los alimentos, puede también obligarse á darlos, y, en este sentido, la obligación natural puede convertirse en una obligación civil. La jurisprudencia es constante sobre este punto; nosotros volveremos á tratarlo. El padre del hijo natural manifestó, además, el deseo de que una suma de 100,000 francos fuese entregada á su hijo natural; había escrito cartas muy apremiantes á su madre para obligarla á hacer lo que había decidido cumplir como dueño de su fortuna.

La Corte de Angers vió en esta correspondencia una obligación natural convertida en obligación civil. Esto no fué exacto; el hijo suplicó á su madre, previendo su muerte, que diese á su hijo natural una suma de 100,000 francos, sin contraer obligación alguna personal; la Corte de Angers desconoció, pues, una de las condiciones esenciales de toda obligación, la necesidad del consentimiento del que se obliga. La sentencia agrega que no hay lugar á examinar la cuestión de saber si la obligación, suponiendo que la haya, hubiera sido válida. (1) Hubiera sido válida como obligación alimenticia. No hay duda en la que concierne á la forma. ¿Se necesita que las formas de las

1 Casación, 15 de Enero de 1873 (*Daloz*, 1873, 1, 180).

donaciones sean observadas, ó la obligación es válida como causada por una obligación natural? Hemos examinado la dificultad en el título de "Las Donaciones." (1) La jurisprudencia es muy favorable á las obligaciones alimenticias. Las primas hermanas de la madre de un hijo natural, le abandonan todos los bienes dejados por su madre, á cargo del tutor que le ponen, con obligación de alimentar y establecer á su pupilo. Esta obligación fué cumplida durante más de diez y seis años, cuando los herederos legítimos intentaron una acción de petición de herencia contra el hijo. La Corte de Bruselas juzgó que la obligación de las primas, tías naturales del hijo, debía considerarse como el reconocimiento de una obligación natural; la Corte agrega que esto fué un deber de conciencia para con un hijo á quien los rigores de la ley civil no reconocían familia, y que no encontraba en la porción hereditaria, que el Código le señalaba, recursos suficientes para atender á su establecimiento. (2) ¿La decisión es equitativa, pero es jurídica? Las primas de la madre del hijo natural eran completamente extrañas á éste; no tenían deber alguno que cumplir, respecto de él, salvo un deber de caridad, y este deber no es una obligación natural.

Otra es la cuestión de saber si la obligación contraída para con la madre del hijo natural, por el padre, de reparar el perjuicio que le ha ocasionado por las relaciones íntimas que han existido entre ellos, pasa á los herederos. La afirmativa no es dudosa. No se trató, en este caso, de una obligación natural; la obligación fundada en los artículos 1,382 y 1,383 es civil, y como tal, pasa á los herederos del deudor. Esta es la decisión de la Corte de Bruselas. (3)

1 Véase el tomo XII de estos Principios, pág. 499, núm. 357.

2 Bruselas, 11 de Enero de 1854 (*Fasicrisia*, 1854, 2, 284).

3 Bruselas, 7 de Agosto de 1860 (*Fasicrisia*, 1860, 2, 376).

18. ¿La obligación de dotar á los hijos, es una obligación natural? La cuestión es controvertida, como casi todo lo es en esta materia. Esto sucede sobre todo, cuando se entra en el detalle de dificultades, que se encuentra, á la mejor, en una verdadera anarquía. Creemos que hay obligación natural por parte de los padres de dotar á sus hijos. Si se admite nuestra definición de deudas naturales, la decisión no es dudosa. La dote tiene por objeto ayudar á los hijos á establecerse y é soportar las cargas del matrimonio, y hay obligación para los padres, de poner á sus hijos en estado de continuar siendo casados, la vida de riqueza á que ellos les han acostumbrado. Es en esta consideración en la que se funda la reserva de los descendientes. Que el deber de dotar reuniese todas las condiciones requeridas para que haya una obligación, esto no sería dudoso, porque en derecho romano el deber de dotar fué una obligación civil, y por tanto, hay obligación natural. Puesto que esto es tan evidente ¿cómo se hace para que la cuestión sea controvertida? Se comienza por atribuir á la obligación natural efectos que no tiene, después se niega á la obligación de dotar la cualidad de obligación natural, porque no se le reconocen estos efectos. Debería admitirse, dice Colmet de Santerre, que las obligaciones contraídas por causa de dote, están dispensadas de las formalidades prescriptas para la existencia de la donación. Nó, no debe admitirse esto, porque la dote es una donación, y sujeta como tal, á las condiciones de las donaciones, precisamente porque el hijo no tiene acción contra sus padres para obtener un establecimiento. Se dice también que la obligación de dotar no puede ser caucionada ni hipotecada, y se concluye que esta no es una obligación natural. Es muy cierto que la obligación de dotar no puede ser garantizada por una seguridad accesoria; pero esto es lo mis-

mo de toda obligación natural, al menos, en nuestra opinión. En la opinión contraria, se enseña que la obligación de dotar es una simple deuda moral ó de conveniencia, y se admite siempre que la dote pagada jamás puede repetirse, porque la entrega tiene una causa jurídica. Esto nos parece contradictorio; un deber moral no es una causa jurídica, excepto como causa de donaciones. Si la dote no puede repetirse, es porque realmente hay obligación natural, y por consiguiente, el art. 1,235 es aplicable. (1)

19. Las deudas de juego son obligaciones naturales? Esta cuestión es también controvertida, aunque parece estar decidida en el texto del Código. El art. 1,965 dice que la ley no concede acción alguna para las deudas de juego, ó para el pago de una apuesta; pero en los términos del art. 1,967, el que pierde no puede en ningún caso repetir lo que "voluntariamente" pagó. Este efecto que la ley reconoce á las deudas de juego es precisamente el que producen las deudas naturales; el art. 1,235 está concebido en los mismos términos que el art. 1,967: "la repetición no es admitida respecto de obligaciones naturales que han sido pagadas voluntariamente." Toullier tiene, pues, razón de decir que el art. 1,967 no hace más que aplicar el principio establecido por el art. 1,235. (2) Siempre disentiendo. Estos mismos que admiten que las deudas de juego son obligaciones naturales, no reconocen á estas deudas todos los efectos que atribuyen á las obligaciones naturales en general. Así, se enseña que no pueden ser invocadas ni caucionadas. (3) Tal es también á nuestra vista pero por

1 Aubry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 6, nota 8, t. V, pág. 222, nota 4, pfo. 500 (4ª edición) y las autoridades que han citado. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 309, núm. 174 bis, X. De Folleville, *Noción del Derecho y de la Obligación*, pág. 34 nota 1.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 247, núm. 381. Aubry y Rau, t. IV, párrafo 297, pág. 6 y nota 7.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 308, núm. 174 bis, VIII y IX.

una razón diferente es por lo que ninguna obligación natural puede ser innovada ni caucionada; volveremos á ver este punto. M. Demolombe dice que las deudas de juego son de una naturaleza particular. Nosotros volveremos á tratarlo en el título "De los Contratos Aleatorios" que es el sitio de la materia. Por fin, se ha negado que la deuda de juego sea una obligación natural, aunque produzca el efecto que el art. 1,235 da á esta obligación. Es cierto que la ordenanza de Enero de 1629 (art. 138) declaró nulas todas las deudas contraídas por juego, y todas las obligaciones ya puestas hechas por el juego, y descargó al deudor de toda obligación civil y natural. (1) Pero esta ordenanza está abrogada y el Código no reprodujo la disposición concerniente á las deudas de juego. Aun en el antiguo derecho, Pothier pensó "que los que perdían jugando sobre su palabra en juegos prohibidos, sumas considerables, estaban obligados en el fuero de la conciencia, á pagarlas, y que aquél que las había ganado no estaba obligado á restituirlas." (2) El Código ha consagrado esta opinión; tal es por lo ménos la idea del orador del Gobierno. Bigot-Préameneu, explicando el art. 1,235 coloca entre las obligaciones naturales "aquellas cuya causa es demasiado desfavorable para que la acción sea admitida; (3) lo que solo puede referirse á las deudas de juego.

20. Cuando la ley prohíbe una deuda, por razones políticas, la obligación natural deja de subsistir. Tenemos un ejemplo en las rentas feudales. La asamblea constituyente comenzó por reducirlas al carácter de simples rentas, declarándolas redimibles; la Convención Nacional la suprimió sin indemnización (decreto del 17 de Julio de 1793). Esto fué violar el derecho de propiedad. En efecto, estas

1 De Folleville, *Noción del Derecho y de la Obligación*, pág. 79.

2 Pothier, *Tratado del Contrato de Juego*, núm. 58.

3 Exposición de Motivos, núm. 113 (Loché, t. VI, pág. 168).

rentas no eran como se pensó en 1793; el producto de violencia feudal del abuso del poder de los señores; estos mismos productos que habían sido consentidos como precio de la libertad de los siervos, fueron celebrados, en el principio, como el más grande de los beneficios; este fué, en efecto, el primer paso hácia la libertad; (1) la mayor parte de estas rentas habían sido creadas como precio de las herencias que les debían, eran verdaderas rentas de tierras. Abolirlas sin indemnización, fué expropiar á los acreedores sin indemnización en provecho de los deudores. Napoleón vió lo que había de injusto en este acto de violencia revolucionaria; el decreto de 9 de Diciembre de 1811, llevando la abolición de la feudalidad á los departamentos alemanes reunidos al imperio, dispuso (art. 50) que todos los derechos feudales ó sensuales útiles que fuesen el precio de una concesión primitiva de tierras, serían redimibles, pero que continuarían siendo pagados hasta el retracto. Se sigue de ahí que las constituciones de rentas feudales reunían todas las condiciones requeridas para firmar un convenio; si el legislador los ha abolido, no se puede librar á los deudores del lazo natural que los obliga, pues las rentas restan de las obligaciones naturales, y, por consiguiente, los deudores que continúan pagando, no pueden demandar la repetición. (2) Ha sido juzgado que las rentas feudales pueden ser innovadas en el sentido que el deudor puede obligarse á pagarlas, siempre que el contrato no contenga ninguna estipulación feudal. (3) Esta es la aplicación del principio generalmente admitido, según el cual las obligaciones naturales pueden ser innovadas; volveremos á tratar este punto.

1 Véase mi *Estudio sobre la Feudalidad*.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 249, núm. 384. Aubry y Rau, t. IV, párrafo 297, pág. 8, nota 14.

3 Casación, 28 de Enero de 1840 (Daloz, en la palabra *Propiedad Feudal*, núm. 461, 1°.

21. La doctrina y la jurisprudencia colocan aun entre las obligaciones naturales la de un deudor quebrado, al cual sus acreedores conceden un acuerdo haciéndole remisión de una parte de sus deudas. Siendo esta remisión la acción, no tiene ningún lazo natural que obligue al deudor. Es por la necesidad por lo que los acreedores consienten en un acuerdo y no es que quieran hacer una liberalidad á sus deudores, sino que ceden una parte de sus deudas para salvar el resto; la minoría está ligada, apesar suyo, lo que prueba que no se trata de la abdicación voluntaria de su derecho. La ley misma no considera al deudor como verdaderamente libertado, y decide que el quebrado no pueda obtener su rehabilitación si no es justificando que ha pagado capital é intereses, el monte íntegro de lo que debía antes de su quiebra. (Código de Comercio, art. 605.) La deuda subsiste más desprovista de acción, es decir, que la obligación se ha hecho natural. (1)

La jurisprudencia está en este sentido; mas presenta siempre dificultades y dudas en esta materia. Sucede algunas veces que en el acuerdo el deudor expresa la intención, en caso de mejorar de fortuna, de indemnizar á sus acreedores íntegramente. La Corte de Casación considera este contrato como una obligación natural que no liga al deudor más que en el fuero interno. (2) Nos parece que hay otra obligación natural; la que no tiene necesidad de ser escrita en una escritura, la que existe independientemente de toda estipulación; si, pues, el quebrado promete pagar sus deudas íntegramente en caso de volver á mejor fortuna, es que sus acreedores habrán exigido esta promesa como condición del acuerdo, de donde resulta que la re-

1 Durantón, t. X, pág. 26, núm. 40. Colmet de Santerre, t. V, página 307, núm. 175 bis, VII.

2 Denegada casación, 1° de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 132). Compárese Burdeos, 14 de Enero de 1869 (Daloz, 1874, 5, 357.)

misión es condicional; la deuda civil subsiste y los acreedores tienen una acción si la condición se realiza, mientras que no tienen ninguna si el deudor no ha hecho la promesa. Inútil es decir que los tribunales decidieron, según los términos de escritura, si hay promesa ó nó.

La misma sentencia hizo una aplicación muy interesante del principio, por el cual el deudor permanece obligado naturalmente. Un quebrado pagó la porción de deudas con la remisión que el acuerdo le había concedido; en seguida pretendió, al tiempo de la liquidación de la comunidad, que los herederos de su mujer debían pagar la mitad de las deudas remitidas que había pagado. La Corte rechazó esta pretensión. Si el fallido paga, es voluntariamente, y no puede cambiar, pagando, el carácter de la obligación que cumplió y hacer que lo que no es para él más de una facultad, se convierta en una necesidad para los herederos. Los acreedores no hubieran podido obrar contra él, porque recibiendo el pago de la porción de las deudas de las cuales había hecho remisión, no podían darle otros derechos que los que tenía; es decir, los derechos que resultan de una obligación natural que no puede fundar una acción judicial. En teoría, la Corte de Casación juzgó bien; mas en la especie, nosotros habríamos decidido lo contrario. En el acuerdo consta que el deudor se "obligó," en caso de mejorar de fortuna, á restituir á sus acreedores la remisión que le habían hecho; tenía, por consiguiente, un lazo civil que obligaba á la comunidad, y esta obligación había dado acción á los acreedores contra el fallido, así como contra la comunidad; por consiguiente, el marido pudo exigir que los herederos de la mujer pagasen la mitad de las deudas pagadas por él.

22 Si en lugar de pagar la parte de deudas que le ha sido dispensada, el fallido subscribe pagarés, la obligación natural es innovada en el sentido de que llega á ser

civilmente obligatoria? La jurisprudencia está en este sentido. El fallido que obtiene esperas, dice la Corte de Bitiers, queda con los lazos de una obligación natural, por todo lo que no ha pagado á sus acreedores; esta obligación puede, por la voluntad del deudor, convertirse en una obligación civil, cuya causa llegue á ser lícita. (1) Volvemos á ver más adelante la cuestión de saber si una obligación natural puede ser innovada. En el caso, no hubo novación á nuestra vista. La deuda fué civil, y dejó de serlo por la parte dispensada, pero nada impidió al deudor renunciar al beneficio de la remisión, desde que la deuda volvió á ser lo que había sido, civil. Hay pues, algo especial en la obligación del fallido. La obligación es más que natural, se la puede comparar con la obligación civil que ha prescrito; la prescripción extingue la acción, lo mismo que la extingue la remisión; pero esta extinción es un beneficio á que el deudor puede renunciar; y por tanto, si la acción revive, la obligación vuelve á ser civil.

Hay una sentencia en este sentido, pero la redacción nos parece incorrecta. El fallido, después de la conclusión del acuerdo, tuvo la obligación de honor solidariamente con su mujer, de reembolsar el saldo de su deuda, cuando sus recursos se lo permitieran, y en testimonio de su buena fe, prometió á su acreedor someter sus documentos después de cada inventario. Se negó á cumplir su promesa, sosteniendo que una obligación de honor no suponía lazo alguno de derecho. La corte de Rennes, adoptando los motivos del tribunal de comercio, comenzó por establecer en principio, que el fallido tenía una obligación natural, y que toda obligación natural puede llegar á ser causa legítima de una obligación civil. (2) Esto es demasiado ab-

1 Burdeos, 24 de Agosto de 1849 (Daloz, 1850, 2, 102). París, 24 de Mayo de 1856 (Daloz, 4857, 2, 45). Poitiers, 2 de Julio de 1872 (Daloz, 1872, 2, 166).

2 Rennes, 8 de Enero de 1872 (Daloz, 1873, 2, 14), y donogada

soluta, como lo diremos más adelante. Debió limitarse á decidir la cuestión especial que se le presentó. Esto es lo que la Corte hizo agregando que la obligación del fallido que obtiene esperas, es no solamente natural, sino también legal en ciertos puntos de vista; así, los acreedores tienen el derecho de retener sus títulos de crédito hasta el pago íntegro del capital, intereses y perjuicios, y, por otro lado, el fallido queda sujeto á ciertas incapacidades, hasta que haya pagado íntegramente todo lo que debe. He ahí los verdaderos motivos para decidir. En cuanto á la expresión de "obligación de honor," dice el Tribunal de Comercio, lejos de disminuir la obligación contraída por el fallido, la fortalece, puesto que el fallido prometió cumplir su obligación como honrado. Los términos del acto rechazan por otra parte, toda idea de un deber puramente moral; ¿el que se obliga "solidariamente" cuándo se entiende que contrae solo una obligación de conciencia?

### § III.—DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.

#### Núm. 1. Principio.

23. En derecho romano la obligación natural producía á muy poco todos los efectos de una obligación civil, salvo que no tuviese concedida una acción. Esta teoría se sostuvo en la diferencia que se admitía entre los pactos y los contratos; y después cayó con estas distinciones. Pothier dice que el "único efecto" de las obligaciones puramente naturales, es que el deudor que ha pagado voluntariamente, no puede repetir el pago que ha hecho, siendo válido, porque ha habido un justo motivo de pagar. (1) El Código ha consagrado esta opinión, y no contiene más que una

casación de la Sala Civil, 29 de Abril de 1873 (Daloz, 1873, 1, 208). En el mismo sentido Aix, 11 de Junio de 1872 (Daloz, 1873, 2, 177)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 195.

sola disposición sobre las obligaciones naturales; el artículo 1,235 repite lo que dijo Pothier, que el deudor que ha pagado voluntariamente una obligación natural, no puede repetir lo que ha pagado. Este es, pues, el único efecto que produce la obligación natural. El orador del Gobierno no se expresó en este sentido; transcribimos sus palabras que son muy importantes: "la obligación natural no llega á ser un lazo civil, sino por deducción sacada del pago, y esta obligación solo puede tener el efecto de impedir la repetición de lo que se ha pagado. Pero no puede ser objeto de una compensación, ni de tener los otros efectos que le dió la ley romana por consecuencia de la distinción que no hemos admitido entre los pactos y los contratos. (1)

24. No es esta la doctrina de los autores ni de la jurisprudencia. Se atribuyen á la obligación natural otros efectos más ó menos considerables. Aun se ha suscitado la teoría romana, enseñando que la obligación natural produce todos los efectos concedidos á la obligación civil, excepto cuando no da acción judicial ni puede servir de compensación; se agrega que la obligación natural produce estos efectos, sin el consentimiento del deudor y aun apesar de su voluntad, en contra, expresada formalmente. (2) Creemos que hay que atenerse estrictamente á la opinión de Pothier, reproducida por Bigot Prámenen. Esto resulta de la esencia misma de la obligación natural, tal como el Código la consagra. El legislador no reconoció la obligación natural, puesto que niega la acción al acreedor. Se sigue que la obligación natural no existe á los ojos de la ley, sino hasta el momento en que el deudor

1 Exposición de Motivos núm. 113 (Loché, t. VI, pág. 168).

2 De Folleville, *Noción del Derecho y de la Obligación*, pág. 81, nota y pág. 83.

voluntariamente la cumple; pero el pago la extingue como extingue toda deuda, y por tanto, la obligación natural solo produce efecto desde el momento en que se ha extinguido. Es decir, que no tiene existencia legal, pues todo depende de la voluntad del deudor. Hé ahí, por qué el artículo 1,235 dice que no hay lugar á repetir, cuando la obligación natural ha sido cumplida "voluntariamente." El texto de la ley niega, pues, la opinión que reconoce á la obligación natural, efectos independientemente de la voluntad del deudor; ¿cómo esta obligación había de tener efectos apesar de la oposición del deudor, cuando solo existe á los ojos de la ley desde que el deudor "voluntariamente" la ha cumplido? En verdad, no hay deudor, ni hay deuda, el deudor no aparece sino en el momento en que deja de serlo, y la deuda se extingue en el instante mismo en que tiene un efecto jurídico. Después de su extinción no podría producir efecto alguno, y antes de su extinción por el pago la ley no la reconoce, esto es la nada: ¿Cómo la nada ha de producir algún efecto civil?

*Núm. 2. Del efecto que produce la obligación natural según el Código Civil.*

25. Hemos citado muchas veces el art. 1,235. De este resulta que el acreedor de una obligación natural no tiene acción; la ley sólo le da una excepción contra la acción de repetición que el deudor intentara después de haber cumplido voluntariamente la obligación natural. ¿Por qué el legislador concede una excepción al acreedor y le niega una acción? El orador del Gobierno responde que "el pago es una renuncia de las excepciones sin las cuales la acción hubiese sido admitida, renuncia que sólo la buena fe y la voz de la conciencia, se presume han provocado, y renuncia que forma un lazo civil que el deudor no puede romper." Esta explicación se refiere á ciertas obligaciones que Bigot-Préa-

menou considera como obligaciones naturales, las obligaciones de los incapaces, las obligaciones prescriptas, la cosa juzgada y la protesta. A nuestra vista, estas obligaciones no son deudas naturales, de suerte que la explicación dada por el orador del Gobierno, cae. Puede decirse que las razones por las cuales el legislador ha negado la acción á ciertas obligaciones, no existen para rechazar la excepción. Sería contrario al respeto filial que el hijo persiguiese á su padre judicialmente para obligarle á que le diese una dote; pero esta razón cae cuando el padre voluntariamente establece á su hijo. El padre está, en principio, obligado á dotar á sus hijos, y es honroso cumplir esta obligación, pero sería odioso estrecharle cuando no lo hace voluntariamente; porque en este caso, tiene una razón para no hacerlo, y el legislador debe respetar esta razón. Se ve por este ejemplo, que las obligaciones naturales son por su esencia, obligaciones voluntarias, á diferencia de las obligaciones civiles que suponen un lazo obligatorio. Hé ahí por qué el legislador sólo les ha concedido una excepción.

26. El art. 1,235 dice que el deudor no puede repetir lo que "voluntariamente" ha pagado en cumplimiento de una obligación natural. ¿Cuál es el sentido de la palabra "voluntariamente?" Supone desde luego, como lo acabamos de decir, que la obligación natural es voluntaria en su esencia, de donde se sigue que no podría tener efecto contra la voluntad del deudor, y es el deudor el que reconoce la existencia de la obligación natural, pagándola de su propio motivo. La palabra "voluntariamente" tiene, pues, un sentido especial en nuestra materia. No se trata de una voluntad libre como en materia de obligaciones civiles, en que la violencia vicia el consentimiento. La violencia no se concibe ni aun en materia de obligaciones naturales, porque la violencia no tendría objeto no pudiendo ser obli-

gado el deudor á cumplir su obligación. La existencia misma de la obligación depende de la voluntad del deudor; en este sentido es en el que el legislador no da contra él acción alguna, le deja libre para reconocer su obligación cumpliéndola ó para no reconocerla; y si no la cumple, no hay obligación á su cargo.

La palabra "voluntariamente," tiene también otro significado. Se supone que el deudor paga una deuda natural, creyendo que es una deuda civil. ¿Podrá repetir? Sí, porque al pagar no ha creído reconocer la existencia de una deuda natural, puesto que creyó pagar una deuda natural. Desde entonces no hay obligación natural, y como no hay tampoco obligación civil, no hay deuda, y, por tanto, hay lugar á la repetición del pago indebido. Pero si paga una deuda natural sabiendo que lo es, no puede repetir, porque cumpliéndola ha reconocido la existencia de una obligación natural, y este es el caso de dar al acreedor la excepción contra la acción de repetición, que el deudor ejercitara. (1)

27. ¿Las obligaciones naturales pueden servir en compensación? Se enseña la negativa. (2) Es cierto que la compensación es un pago, y que se rige por los principios que rigen el pago. Pero la compensación se obra de pleno derecho, y, por tanto, sin el concurso de la voluntad del deudor, y aun sin su conocimiento, lo que excluye la compensación de una obligación natural. Por otra parte, la compensación no tiene lugar para todas las deudas, sino para las exigibles, y las obligaciones naturales no son exigibles, puesto que el pago no puede exigirse. Esto es decisivo.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 310, núm. 174 bis, XI. Demolombe, t. XXVII, pág. 40, núm. 47. Gaud, 22 de Febrero de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 130).

2 Toullier, t. III, 2, pág. 252, núm. 388 y todos los autores.

*Núm. 3. De los efectos que la doctrina y la jurisprudencia reconocen á las obligaciones naturales.*

28. ¿Las obligaciones naturales pueden garantizarse con una fianza ó una hipoteca? Se distinguen las diversas especies de obligaciones naturales. Las obligaciones de los incapaces pueden ser caucionadas cuando la incapacidad es puramente civil, tal como la de las mujeres casadas, la de los privados de inteligencia y de los menores que han llegado á la razón. Si la incapacidad es natural, tal como la de los hijos ó los enajenados, no hay lazo natural, y, por tanto, ninguna obligación; así, pues, las obligaciones accesorias no se conciben. (1) Esta decisión es incontestable en el fondo; en parte está fundada en el texto de la ley (art. 2,012). En nuestra opinión, jamás hay obligación natural cuando un incapaz contrata (núm. 10), y cuando hay incapacidad para consentir, la obligación es inexistente; la obligación civilmente imperfecta, puede, ciertamente, ser caucionada é hipotecada; pero ¿debe preguntarse si la nada puede ser asegurada por una obligación accesoria? Se admite también que las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción, la cosa juzgada ó la protesta, pueden ser caucionadas. Esto es igualmente cierto, no que haya una deuda natural propiamente dicha, pues hay más que esto; el deudor que concede una fianza ó una hipoteca á su acreedor, renuncia por esto á valerse de la excepción que pudo oponerle, lo que hace revivir la obligación civil. (2)

Por fin, se enseña que las deudas de juego no pueden ser caucionadas, porque la ley las reprueba en razón del desfavor que tiene su causa. Lo mismo sucede con las rentas feudales, que han sido abolidas como contrarias al orden

1 Toullier, t. III, 2, pág. 254, núms. 393 y siguientes.

2 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 345, nota 10.

público, y á las cuales, por consiguiente, no puede darse efecto. (1) En nuestra opinión, ésta no es razón.

Estas distinciones que se hacen en la opinión general, son muy inconsecuentes. Se establecen muchas especies de obligaciones naturales, que producen efectos diferentes, cuando la ley solo conoce una obligación natural, á la cual concede un solo efecto, el de impedir la repetición. Si la cuestión pudo decidirse en teoría, podría decirse que toda obligación natural es susceptible de ser caucionada. ¿Por qué la ley reconoce el pago de una deuda natural? Porque el deudor que paga una deuda natural reconoce que está ligado, y la ley aprueba este reconocimiento voluntario (núm. 25). Si permite al deudor reconocer la deuda pagándola, ¿por qué no ha de permitirle reconocerla, entregando á su acreedor una fianza ó una hipoteca? Resta saber si se puede admitir esta doctrina en el silencio de la ley. Nosotros no lo creemos. En la teoría del Código, como lo dijo muy bien Bigot-Prémeneu, la obligación natural solo llega á ser un lazo civil por deducción sacada del pago, y, por tanto, mientras no hay pago, no hay deuda alguna á los ojos de la ley. ¿Y cómo había de caucionarse una deuda que no existe? (2)

29. ¿La obligación natural puede ser innovada? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en emitir que la obligación natural puede servir de causa á una obligación civil. ¿Con qué razón podría dudarse? dice Toullier. Esta es una causa reconocida, no solamente honesta, sino también legítima, puesto que la ley no permite la repetición de lo que se ha pagado voluntariamente, en cumplimiento de una obligación natural. Si puede estrecharse por

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 194. Toullier, t. III, 2, página 256, núm. 395.

2 Véase en sentido contrario Colmet de Santerre, t. V, pág. 304, núm. 174 bis, 3°.

el pago, ¿por qué no ha de estrecharse por la novación? La novación es un acto voluntario, como el pago; si el deudor puede reconocer una obligación natural pagándola, debe también tener el derecho de reconocerla innovándola. (1)

Esto es muy cierto en teoría. ¿Pero el Código consagra esta teoría? No admite otro reconocimiento de obligación natural, que el pago; es posible que esto sea, porque es el único medio que no deja duda alguna sobre la voluntad del que paga. ¿El intérprete puede extender la disposición del art. 1,235 á otros medios de extinción de las obligaciones? Hemos dicho ya que para la compensación, esto es imposible (núm. 27). La novación de una obligación natural no se concibe ventajosa si se atiene al rigor de los principios. Para que haya novación, se necesita una primera obligación que reúna todas las condiciones requeridas para su existencia jurídica; una obligación inexistente no puede innovarse, porque ésta es la nada. Y una obligación natural es inexistente en el sentido de que no existe sino cuando el deudor la reconoce, pagándola; extinguida por el pago en el momento en que nace, no puede ser innovada. Se necesitaría una disposición formal de la ley para que se pudiese admitir la novación de una obligación natural, porque esto es una excepción á los principios que rigen la novación.

La doctrina es bastante inconsecuente. Después de exponer en principio que la obligación natural puede ser innovada, agrega una excepción para las deudas de juego, y no extiende esta excepción á las rentas dudales. ¿Quién da el derecho á los intérpretes de crear excepciones á una regla que pretende ser establecida por el art. 1,235? ¿Quién les da el derecho de limitar esta excepción? Esta es la ar-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 253, núm. 390 y Colmet de Santerre, tomo V, pág. 340, núm. 174 bis, 3°.

bitrariadad más absoluta; por mejor decir, los autores y los tribunales hacen la ley. (1) Lo que aumenta la confusión, es lo que algunas veces se llama novación, que no es una novación. Durantón participa de la opinión general, haciendo la nota. Yo suscribo un pagaré por el cual me obligo á pagar una deuda prescripta. ¿Hay novación en el sentido de que una obligación natural es extinguida y reemplazada por una obligación civil? Nó, hay renuncia á la prescripción, y, por consiguiente, la deuda civil subsiste como si no se hubiese extinguido. (2)

La novación suscita aún otra dificultad. En cumplimiento de una obligación natural, el dador se obliga á pagar una renta ó una pensión. La obligación civil, falta de causa á nuestra vista, si se la considera como novación; es decir, como un acto á título oneroso. Pero una obligación natural y hasta un simple deber moral basta para hacer válida una donación. Resta saber si deben observarse las formas prescriptas para la existencia de la donación. Volveremos á lo que se ha dicho en el título "De las Donaciones." (3)

30. La jurisprudencia es en todos estos puntos contraria á nuestra opinión. Hemos citado las sentencias en el título "De las Donaciones." La cuestión se presenta de ordinario en lo que concierne á las formalidades del acto. Una pensión alimenticia se constituye por un padre á su hijo á título de dote: ¿deben observarse las formas prescriptas para las donaciones ó es este un acto á título oneroso como pago de una deuda natural? Lo mismo sucede con una donación hecha por servicios prestados: ¿debe hacerse con las formas de las donaciones? La jurisprudencia revalida estos actos considerándolos como actos á título

1 Aubry y Rau, t. IV, pfo. 297, pág. 9 y nota 20.

2 Durantón, t. X, pág. 347, núm. 336.

3 Véase el tomo XII de estos Principios, pág. 494, núms. 355 y siguientes.

oneroso. Bajo el punto de vista de los textos y de los principios, creemos que la jurisprudencia ha errado. Por una parte, toda liberalidad es una donación y debe hacerse en las formas que exige la ley á menos que sea de mano á mano. Por otra parte, la obligación natural que se invoca para considerar como acto á título oneroso, todo lo que se hace en cumplimiento de un deber de conciencia, aun cuando esto fuese una deuda natural, no tiene otro efecto que el de revalidar el pago, y, por tanto, todo acto que no es un pago es una liberalidad sometida como tal, á las formalidades de las donaciones. En realidad, la jurisprudencia se ha puesto por encima de la ley; para convencerse no hay más que leer los motivos embarazados de las sentencias. Por obligación verbal, dos esposos se obligan á pagar una pensión anual de 500 francos á su hija, en consideración á su próximo matrimonio. ¿Esta obligación es válida? Sí, dijo la Corte de Bruselas, porque una donación puede hacerse fuera de las formalidades legales cuando se funda en una obligación natural. Así, la Corte juzgó que la promesa es una donación y la libró de las formalidades prescriptas para las donaciones. Esto es una derogación á la ley: ¿pertenece á los magistrados hacer excepción á la ley? Derogar la ley es hacer la ley, y los tribunales no tienen este derecho.

La Corte invocó la obligación natural de dotar é insiste sobre la medianía de la pensión. ¿Es por la medianía de una donación, por lo que la dispensa de las formalidades de las donaciones? ¿Qué importa que la donación sea hecha en cumplimiento de una obligación natural? El art. 1,235 nos dice cuál es el efecto de las obligaciones naturales: el pago voluntario que se hace y no puede repetirse. En el caso, lejos de haber pago, la pensión prometida jamás fué pagada; la acción tuvo por objeto obligar á los padres á

pagar la dote. Así, la Corte admite una acción que tiende á estrechar al deudor de una obligación natural á cumplirla, en tanto que la ley no reconoce obligación natural, sino cuando se cumple voluntariamente: ¿no es esto una violación notoria de la ley? La Corte concluyó que la obligación litigiosa no constituye, "propriadamente hablando," una disposición á título gratuito. ¿Hay por ventura dos especies de donaciones, las unas sujetas á las formalidades legales, y las otras libres de estas formalidades? Después de calificar la obligación de donación, la Corte acabó por decir que este es un contrato ordinario, no solemne. (1) ¿Cuál es este contrato ordinario? Inútilmente se le buscaría en la ley.

La jurisprudencia, actualmente constante, admite otra derogación al rigor de los principios; admite las donaciones hechas bajo forma de contrato oneroso. Si se admite esta doctrina, pueden justificarse las decisiones que consideran como válidas las liberalidades hechas en virtud de una obligación natural, ó de un deber de conciencia, porque el acto oneroso que disfraza la donación, es válido. Así, la Corte de Lieja juzgó que una liberalidad era válida, aunque no tuviese otra causa que servicios prestados; el reconocimiento es, en efecto, una causa legítima en materia de donación. En el caso, la donación fué hecha bajo forma de partición, es decir, que aquel que había prestado servicios á una familia, fué admitido en la partición de la herencia dejada por el que había recibido los servicios. Las formas de las donaciones no fueron observadas; poco

1 Bruselas, 8 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 206). Está en el mismo sentido Lieja, 18 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 254) y Gand, 14 de Julio de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 281). La jurisprudencia francesa está conforme. Nosotros nos limitamos á citar una sentencia de denegada casación de la Corte de casación del 26 de Enero de 1826, que decide en principio, que una obligación natural, puede ser la causa de una obligación que produce efectos civiles (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 1,408).

importa, dijo la Corte, puesto que una donación puede hacerse válidamente, bajo forma de un contrato oneroso. (1) En la doctrina consagrada por la jurisprudencia, la decisión es muy jurídica.

Si criticamos la jurisprudencia es por respeto á la ley. Creemos que el sistema del Código es demasiado riguroso en lo que concierne á las formas de las donaciones. Este rigor es excesivo, como lo hemos dicho en otra parte, y es el que ha conducido á los tribunales á ponerse en contra de la ley. Y por lo que concierne á las obligaciones naturales, la teoría del Código es incompleta. La ley sólo admite el pago de las deudas naturales, pero si se puede reconocerlas y darles efecto pagándolas, por qué no podría reconocerlas prometiendo pagarlas? La jurisprudencia es más racional que el Código, pero no toca al juez corregir al legislador.

31. ¿Las obligaciones naturales pueden ser confirmadas? Según el rigor de los principios, la negativa no es dudosa. Confirmar un acto es renunciar al derecho que se tiene para demandar la nulidad, por razón de un vicio que la perjudica. Esto supone que el acto existe, es decir, que reúne las condiciones que la ley exige para su existencia jurídica, aunque esté afectada de un vicio que la haga nula. La confirmación hace desaparecer este vicio y hace válido el acto como si jamás hubiera estado viciado. Resulta de esto, que una obligación natural no puede ser confirmada. Esta no está infectada de un vicio que la haga nula; el deudor no tiene que demandar la nulidad, puesto que no está obligado civilmente, porque el acreedor no tiene acción contra él. No es, pues, materia de confirmación. ¿Puede confirmarse una obligación que no está viciada, ó renunciarse á una acción de nulidad que no

1 Lieja, 8 de Julio de 1853 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 77).

existe? Hay otro principio que se opone á la confirmación de una deuda natural. Una obligación inexistente no puede ser confirmada, porque la nada no se confirma. Y la obligación natural es inexistente en el sentido de que esta obligación ningún efecto produce antes de ser pagada, como lo ha dicho el orador del Gobierno, no llega á ser un lazo civil, sino por deducción sacada del pago. Puesto que no tiene existencia jurídica, no puede ser confirmada. Por fin, la confirmación revalida la confirmación desde su principio, y esto no es posible para la deuda natural, porque la confirmación no puede tener el efecto de que una obligación natural sea una obligación civil; la ley no le atribuye más que un solo efecto civil, y es que pagada, no quede sujeta á repetición.

Hé ahí lo que dice el rigor lógico. ¿Está de acuerdo con la razón? La obligación natural llega á ser una obligación civil, por el pago voluntario que hace el deudor. ¿Por qué? Porque el deudor pagando, reconoce que está ligado. Si el reconocimiento por el pago revalida la obligación natural, ¿por qué no sería lo mismo con la confirmación? Hay otra contradicción en la ley: ésta admite una confirmación tácita, por el cumplimiento voluntario del acto; es decir, por el pago, y no admite la confirmación expresa. Hubiera debido admitirla con mayor razón, puesto que la confirmación expresa no deja duda sobre la voluntad del deudor, de dar un efecto civil á la obligación natural.

Los autores se han dividido. Toullier enseña que la obligación natural puede ser confirmada, á menos que tenga un vicio de orden público que se oponga. Larombière y los editores de Zachariæ, rechazan la confirmación, aunque admiten la novación. (1) Esto nos parece contradictorio.

1 Toullier, t. III, 2, pág. 253, núms. 291 y 292. Larombière, tomo III, pág. 61, núm. 9 del art. 1.235 (Ed. B., t. II, pág. 142). Aubry y Rau, t. IV, pág. 9, nota 22 del pfo. 297.

La novación transforma la obligación natural en obligación civil, ¿por qué la confirmación no tendrá el mismo efecto?

## SECCION II.—De las obligaciones condicionales.

### § I.—NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Hay dos especies de obligaciones condicionales?

32. El art. 1,168 distingue dos especies de obligaciones condicionales, dice: "La obligación es condicional cuando se la hace defender de un acontecimiento futuro é incierto, sea suspendiéndola hasta que este acontecimiento llegue, sea realizándola, según dicho acontecimiento llegue ó nó." Según esta disposición, habría una obligación condicional bajo condición suspensiva, y una obligación condicional bajo condición resolutoria. Que la obligación sea condicional cuando es contraída bajo condición suspensiva, no tiene duda, es lo que caracteriza, en efecto, la obligación condicional, si es que depende, como lo dice el artículo 1,168, de un suceso futuro é incierto, de suerte que su existencia no sea segura; existirá si la condición se realiza, si no se realiza, de ningún modo existirá. ¿Es lo mismo cuando la obligación es contraída bajo condición resolutoria? Es cierto que la condición resolutoria no suspende la existencia de la obligación, porque ella existe y produce todos sus efectos como si fuera pura y simple; y realmente lo es, porque no hay nada de incierto, nada que esté en suspenso en lo que concierne á la existencia de la obligación, puesto que no es condicional. ¿Qué es lo que hay de incierto en una obligación bajo condición resolutoria? Es su rescisión; será rescindida si la condición se ha cumplido, y si nó, no lo será. Hay también alguna cosa de incierta, de suspendida en la obligación bajo condi-

existe? Hay otro principio que se opone á la confirmación de una deuda natural. Una obligación inexistente no puede ser confirmada, porque la nada no se confirma. Y la obligación natural es inexistente en el sentido de que esta obligación ningún efecto produce antes de ser pagada, como lo ha dicho el orador del Gobierno, no llega á ser un lazo civil, sino por deducción sacada del pago. Puesto que no tiene existencia jurídica, no puede ser confirmada. Por fin, la confirmación revalida la confirmación desde su principio, y esto no es posible para la deuda natural, porque la confirmación no puede tener el efecto de que una obligación natural sea una obligación civil; la ley no le atribuye más que un solo efecto civil, y es que pagada, no quede sujeta á repetición.

Hé ahí lo que dice el rigor lógico. ¿Está de acuerdo con la razón? La obligación natural llega á ser una obligación civil, por el pago voluntario que hace el deudor. ¿Por qué? Porque el deudor pagando, reconoce que está ligado. Si el reconocimiento por el pago revalida la obligación natural, ¿por qué no sería lo mismo con la confirmación? Hay otra contradicción en la ley: ésta admite una confirmación tácita, por el cumplimiento voluntario del acto; es decir, por el pago, y no admite la confirmación expresa. Hubiera debido admitirla con mayor razón, puesto que la confirmación expresa no deja duda sobre la voluntad del deudor, de dar un efecto civil á la obligación natural.

Los autores se han dividido. Toullier enseña que la obligación natural puede ser confirmada, á menos que tenga un vicio de orden público que se oponga. Larombière y los editores de Zachariæ, rechazan la confirmación, aunque admiten la novación. (1) Esto nos parece contradictorio.

1 Toullier, t. III, 2, pág. 253, núms. 291 y 292. Larombière, tomo III, pág. 61, núm. 9 del art. 1.235 (Ed. B., t. II, pág. 142). Aubry y Rau, t. IV, pág. 9, nota 22 del pfo. 297.

La novación transforma la obligación natural en obligación civil, ¿por qué la confirmación no tendrá el mismo efecto?

## SECCION II.—De las obligaciones condicionales.

### § I.—NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Hay dos especies de obligaciones condicionales?

32. El art. 1,168 distingue dos especies de obligaciones condicionales, dice: "La obligación es condicional cuando se la hace defender de un acontecimiento futuro é incierto, sea suspendiéndola hasta que este acontecimiento llegue, sea realizándola, según dicho acontecimiento llegue ó nó." Según esta disposición, habría una obligación condicional bajo condición suspensiva, y una obligación condicional bajo condición resolutoria. Que la obligación sea condicional cuando es contraída bajo condición suspensiva, no tiene duda, es lo que caracteriza, en efecto, la obligación condicional, si es que depende, como lo dice el artículo 1,168, de un suceso futuro é incierto, de suerte que su existencia no sea segura; existirá si la condición se realiza, si no se realiza, de ningún modo existirá. ¿Es lo mismo cuando la obligación es contraída bajo condición resolutoria? Es cierto que la condición resolutoria no suspende la existencia de la obligación, porque ella existe y produce todos sus efectos como si fuera pura y simple; y realmente lo es, porque no hay nada de incierto, nada que esté en suspenso en lo que concierne á la existencia de la obligación, puesto que no es condicional. ¿Qué es lo que hay de incierto en una obligación bajo condición resolutoria? Es su rescisión; será rescindida si la condición se ha cumplido, y si nó, no lo será. Hay también alguna cosa de incierta, de suspendida en la obligación bajo condi-

ción resolutoria, y es la rescisión de la obligación. Puesto que la rescisión depende de un acontecimiento futuro é incierto, es preciso decir que está suspensa; es decir, que la condición resolutoria es en realidad, una condición suspensiva. Hay pues, en definitiva, más que una condición, la condición suspensiva; ésta suspende, tanto la existencia de la obligación, como su rescisión. En conclusión, creemos que no hay dos obligaciones condicionales sino mas que una sola, que es la contraída bajo condición suspensiva; cuando se contrae bajo condición resolutoria, no es condicional sino pura y simple; solo la resolución es condicional. Los autores del Código han errado, pues, al distinguir dos obligaciones condicionales; debió decirse que la condición suspende, sea la existencia de la obligación, sea su resolución.

Tal es la verdadera teoría, la de los jurisconsultos romanos, y los intérpretes del Código lo han reconocido unánimemente. (1) Esta es, también, la doctrina de Pothier (2), mas no la formula de una manera precisa y como trata separadamente de la condición suspensiva y de la condición resolutoria, los autores del Código, que no son teóricos, han creído deber distinguir dos especies de obligaciones condicionales. Demante, y después de él Demolombe, dicen que no hay en esto mas que una diferencia en la manera de expresarse, lo que no es de ninguna importancia, y concluyen de aquí que se pueden aceptar sin escrúpulo las calificaciones del Código de Napoleón. (3) Sin duda, no hay ninguna importancia práctica en admitir dos condiciones y dos obligaciones condicionales, ó en no admitir más que una sola. Pero la precisión de las ideas y del lenguaje deben tenerse en cuenta en una ciencia que

1 Marcadé, t. IV, pág. 434, núm. 1 del art. 1,168 y todos los autores.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 198 y 224.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 143, núm. 84 bis. Demolombe, tomo XXV, pág. 272, núm. 279 y pág. 274, núm. 280.

es esencialmente lógica. ¿No es este el gran mérito de los jurisconsultos romanos? Es preciso imitar á nuestros maestros, y el legislador debe dar el ejemplo.

33. Nosotros nos servimos de la terminología del Código, claro está; pero la diferencia es grande entre la obligación contraída bajo condición suspensiva y la obligación contraída bajo condición resolutoria; en el primer caso, todos los efectos de la obligación están en suspenso; en el segundo, la obligación produce todos sus efectos, y esos efectos son absolutos cuando la condición se ha cumplido. Mucho importa, pues, distinguir si la condición es suspensiva ó resolutoria. Es esta una cuestión de hecho más que de derecho, puesto que es la intención de las partes la que decide. El juez decidirá consultando los términos del contrato y las circunstancias de la causa. Este es el derecho común. Larombière dice que, en la duda, podrá suponerse que la condición es resolutoria más bien que suspensiva, porque la suspensión del convenio es contraria á la intención presumida de los contratos. (1) Esto obligó á resolver la dificultad por presunciones; la ley no establece ninguna, y "á priori" no se puede afirmar que la suspensión, más bien que la resolución, sea contraria á la voluntad de las partes contratantes. Es preciso dejar aquí todas esas suposiciones y atenerse á los principios que rigen la interpretación de los contratos. Una venta fué hecha por un padre á su hija. Las primeras cláusulas de la escritura contenían una venta pura y simple, sin ninguna condición. Decía que los compradores serían propietarios de los bienes vendidos desde el día de la venta, con el gravámen de satisfacer los impuestos.

Más la enumeración de las condiciones de la venta se terminó por la cláusula siguiente: el padre se reservó el

1 Durantón, t. X, pág. 49, núm. 44. Larombière, t. II, pág. 8, número 8.

usufructo y el comprador se privó de la facultad de vender durante todo el tiempo del usufructo. En razón de esta cláusula, dice el art. 6 del contrato, el comprador tendrá la facultad de "aceptar" la presente venta ó de "renunciar" en el plazo de tres años, durante el cual, los presentes convenios serán suspendidos. Hay una condición en esta última cláusula: ¿es suspensiva ó resolutoria? El fisco pretendió que la venta fué hecha bajo condición resolutoria y que por consiguiente, había translación de propiedad inmediata, la que daba lugar á la percepción de los derechos de translación. Estas pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal y su decisión fué confirmada por la Corte de Casación. Había una ligera duda. La facultad de "aceptar" la venta indica una condición suspensiva, mientras que la facultad de "renunciar" marca una condición resolutoria. Esta duda fué desvanecida por el final de la cláusula; decir que los convenios son suspendidos durante el plazo de tres años, es declarar netamente que la venta es hecha bajo condición suspensiva. Inútilmente alegó al fisco con que todas las cláusulas del convenio eran puras y simples, porque no se pueden aislar las primeras cláusulas de la última; esta prevalecía sobre todo el contrato y lo suspendía por completo. No había, pues, translación de propiedad, y por tanto, no había lugar de percibir derechos de translación. (1)

Una promesa de venta fué hecha bajo las condiciones siguientes: que se haría una escritura de venta ante un notario y que el comprador pagaría una suma de 12,000 francos sobre el precio. ¿Resulta de esto que la venta era condicional? El primer juez la consideró como pura y simple, bajo condición resolutoria. La decisión fué casada. La Corte notó que no puede tratarse de resolver un contrato

1 Denegada casación, Sala Civil, 4 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 37).

antes de que esté definitivamente formado. Y en el caso, la promesa de venta no pudo llegar á ser una venta, sino después del acto y del pago de la cuenta; el comprador conservó, pues, el derecho, y pudo usarlo, de renunciar á la venta, si nó quiso cumplir las condiciones. Hubo, sin embargo, una circunstancia que dió lugar á una duda. El comprador entró en posesión de los inmuebles vendidos. ¿No debió concluirse que en la intención de las partes la venta fué definitiva, dejando á salvo al comprador rescindir, si no se cumplían las condiciones del contrato? La Corte de Casación respondió que la toma de posesión de un inmueble, prueba la transmisión de la propiedad, cuando es el cumplimiento de un contrato definitivo; pero cuando el contrato está suspendido de una condición, la posesión también tiene un carácter provisorio, y queda subordinada á la misma eventualidad que el contrato; porque no puede suponerse que la toma de posesión haya modificado las cláusulas del contrato y transformado una venta condicional, en una venta pura y simple. (1)

34. Las adjudicaciones dan lugar á dificultades bastante frecuentes. Hacemos á un lado las que se refieren á los procedimientos, las otras se deciden según los principios de derecho; debe, pues, verse cuáles son las intenciones de las partes contratantes, lo que se reduce á interpretar la escritura de cargos. El vendedor se reserva el derecho de resolver las adjudicaciones que se pronuncien, sea para el caso en que todos los artículos comprendan el dominio y no sea vendido, sea para el caso en que se presente un solicitante para comprar la totalidad del dominio; se agregó que esta resolución tendría lugar por una simple declaración del vendedor, hecha verbalmente, y que por con-

1 Casación, 6 de Mayo de 1863 (Daloz, 1863, 1, 215).

siguiente, todas las adjudicaciones parciales, serían resueltas. ¿Esta venta fué bajo condición suspensiva, ó bajo condición resolutoria? El registrador percibió los derechos de traslación. Se juzgó en este sentido, que la venta fué evidentemente bajo condición resolutoria. Esto resultó de los términos de la escritura de cargos que acabamos de citar. Además, se dijo que los adjudicatarios fueron propietarios, y pudieron disponer de los inmuebles como de cosas propias, por el solo hecho de la adjudicación, y que entraron en posesión, por la percepción de las rentas y réditos en su provecho, á contar de la misma época. De ahí se desprendió una consecuencia muy grave bajo el punto de vista fiscal; y fué que los adjudicatorios parciales estuvieron obligados al derecho proporcionalmente al registro, y que estos derechos no podrían restituirseles, hasta que el vendedor, usando de la facultad que se reservó, declarase las adjudicaciones parciales, resueltas por efecto de una adjudicación en junto del dominio. (1) Ciertamente, este resultado no está en las intenciones de los adjudicatarios, y el vendedor no tiene interés alguno; debe pues interpretarse la escritura de cargos, de manera que la adjudicación se haga bajo condición suspensiva.

*Núm. 2. Definición de la condición.*

35. Pothier define la condición en estos términos: un suceso futuro é incierto que puede llegar ó no llegar y del cual depende la obligación. El art. 1,168 reprodujo esta definición. Resulta, que para que haya condición desde luego, se necesita que el suceso sea una cosa futura. El artículo 1,181 contiene una definición diferente; asemeja á un suceso futuro el suceso actual, pero aun desconocido

1 Fallo del Tribunal de Dijón del 23 de Julio de 1855 Dalloz, 1856, 3, 19).

por las partes. Pothier dice, por el contrario, que una obligación contraída bajo una condición semejante, no es propiamente una obligación condicional. En efecto, nada hay suspendido en este caso. Si se trata de una condición suspensiva, la obligación existe, puesto que la condición se cumple en el momento en que la obligación es contraída. Esto es lo que dice el art. 1,181: "en este caso, la obligación tiene su efecto desde el día que se ha contraído." Pero aunque la cosa se deba, el acreedor no puede exigirla, dice Pothier, hasta que sea cierto el hecho y se haya notificado al deudor. (1) Esto es decir que la pretendida condición es un término. La diferencia es grande; en las obligaciones condicionales el deudor es el que soporta los riesgos, en tanto que las obligaciones á plazo, están á cargo del acreedor. (2)

Si el suceso previsto como condición llega y se trata de una condición resolutoria, jamás ha habido obligación, puesto que en el momento mismo en que llega á formarse queda resuelta; la obligación no ha podido, pues, formarse. Siempre que el suceso se cumple, siendo ignorado de las partes, el acreedor tiene acción contra el deudor y la obligación debe recibir su cumplimiento, excepto cuando las partes sepan que el suceso había llegado, efectuándose entonces las restituciones, de manera que las partes queden en el estado en que estaban antes del contrato. En este caso, no hay ni la apariencia de un contrato; de suerte que el hecho de la posesión del acreedor no puede tener consecuencia alguna jurídica. Nosotros vamos más lejos, si sucede lo mismo en el caso en que el contrato que ha existido se resuelve por el cumplimiento de la condición. (3)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 202. Durantón, t. XI, página 12, núm. 17.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 144, núm. 86 bis. Durantón, tomo XI, pág. 14, núm. 12.

3 Colmet de Sauterre, t. V. pág. 144, núm. 86.

36. Para que haya condición, se necesita en segundo lugar, que sea de una cosa incierta, ó como dice Pothier, de una cosa que puede llegar ó no llegar. La condición de una cosa que tiene que llegar, ciertamente no es una condición, porque no suspende la obligación sino que difiere solamente el que pueda ser exigida, lo que equivale á un plazo. Poco importa que el suceso no se cumpla sino después de la muerte de las partes contratantes, porque prometemos y estipulamos para nosotros y para nuestros herederos. En los legados, el plazo incierto puede ser condición. (1) Remitimos á lo que se ha dicho en el título "De las Donaciones."

Si el caso de un suceso cierto se estipulara como condición resolutoria, habría obligación pero á plazo. Este sería también un plazo que pondría fin á la obligación, en tanto que la obligación á plazo no podría cumplirse sino llegado el plazo.

37. Hemos dicho en otra parte cómo debe expresarse la condición y cuál diferencia hay entre la condición y la carga. (2) Se presenta respecto de la expresión de la condición, una cuestión muy importante, la de saber si hay condiciones tácitas. Que haya condiciones tácitas en virtud de la ley, no tiene duda, puesto que tenemos textos. Hay una condición resolutoria tácita muy frecuente, es la del art. 1,184 que volveremos á ver. ¿Hay también condiciones tácitas sin texto en virtud de las partes contratantes? Puede haberlas; jamás hay condiciones presumidas. La condición es la modificación de un contrato, y no hay contratos sino en virtud del consentimiento de las partes contratantes. Pero las partes pueden consentir de una manera expresa ó tácita; si el contrato puede formarse por consentimiento tácito, deben decirse las modificaciones del

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 203.

2 Véase el tomo XII de estos *Principios*, pág. 646, núms. 487-493.

contrato; hay términos tácitos, y, por tanto, puede también haber condiciones tácitas, porque la ley no exige que la condición sea estipulada de una manera expresa. Otra es la cuestión de saber si el intérprete puede admitir condiciones por vía de presunción; la negativa es tan evidente, que parece inútil exponer la cuestión; y si insistimos, es porque los autores imaginan frecuentemente condiciones para la necesidad de la causa, como lo hemos dicho muchas veces y como tendremos también la ocasión de decirlo. ¿Hay contratos presumidos? Nó, ciertamente, porque el hombre es libre, y para que esté obligado se necesita que consienta. Por la misma razón, no puede presumirse la condición, porque esta es una condición esencial del contrato condicional, puesto que suspende la sentencia ó la realización. El texto de la ley consagra esta opinión. En los términos del art. 1,184, la condición resolutoria se subentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que alguna de las partes no cumpla su obligación. Hé ahí una condición tácita fundada en la intención que se presume de las partes contratantes; sin embargo, ha sido necesario que el legislador lo escribiese en la ley, para que las partes puedan invocarlo en el silencio del contrato; esto es tan cierto, que en derecho romano la condición resolutoria para falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, no existía sino cuando se había estipulado; esto es lo que se llamó el pacto comisorio. No hay, pues, otras condiciones tácitas que las que resultan de la voluntad de las partes y las que están sobrentendidas por el legislador. (1)

En teoría, los autores están de acuerdo sobre el principio, tal como acabamos de formularlo, aunque no se expresan con la exactitud que es de desearse. Las condicio-

1 Compárese Aubry y Rau, t. 1V, pfo. 302, pág. 60, nota 2, página 62, nota 9.

nes tácitas, dice Toullier, son las que existen en los contratos, aunque no se hayan expresado. Se derivan de diferentes causas. Desde luego la ley que las suple después de la naturaleza del contrato ó de las cosas que hacen el objeto, y por fin, de la voluntad "que se presume" de los contratantes. En cuanto á las condiciones legales, no hay duda alguna. La condición se deriva de la naturaleza de las cosas, cuando la cosa que es el objeto del contrato, no existe aún, pero puede existir ó no existir; yo os vendo la cosecha de mi viña, el hielo destruye las plantaciones, no hay venta; la venta de una cosa futura, á menos que sea aleatoria, es condicional sin que las partes tengan necesidad de decirlo, porque su voluntad resulta de la naturaleza de las cosas; el suceso futuro, cuya existencia es incierta, necesariamente forma condición. Por fin, las condiciones tácitas se derivan de la voluntad verdadera y "presumida" de los contratantes. Aquí está el error, Toullier mismo lo reconoce, y corrige sus expresiones explicándolas. "Se necesita, dice, para sobrentender una condición, que resulte de la semejanza del acto, de la manera en que está concebido, de las *expresiones* que se han usado; no deben admitirse condiciones sobre conjeturas extrínsecas, casi siempre falsas, ó por lo menos equívocas, y que harían que todo fuese arbitrario é incierto. (1) Hubiera sido mejor decir que la condición solo puede resultar de la voluntad de las partes expresadas, ó que resulte de las cláusulas del acto.

38. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Se ha juzgado que la cesión de un oficio contiene la condición tácita del nombramiento del cesionario. En efecto, la ley famosa del 28 de Abril de 1816, solamente á los titulares de ciertos oficios permite presentar un sucesor del agrado

1 Toullier, t. II, 3, pág. 315, núms. 502-504.

del rey, y, por tanto, la cesión es hecha necesariamente bajo la condición suspensiva del agrado del rey; también la ley del 25 de Junio de 1,841 (art. 74) dispone que los derechos percibidos por el contrato sean restituidos si la cesión no tiene efecto. (1)

Una compañía vende 4,000 fanegas de cacao embarcadas por su cuenta en un navío; se encuentra que el navío contiene una carga de cacao, pero por otra casa. El comprador demanda el cumplimiento de su compra. Se juzgó que la venta fué condicional; el vendedor se obligó pura y simplemente á entregar las 4,000 fanegas; vendió una cosa especificada; el cacao embarcado por su cuenta en un navío determinado, lo que implica dos condiciones: la primera, el embarque de las fanegas por su cuenta, y la segunda, el embarco sobre tal navío. Sobre la demanda intervino una sentencia de denegada casación, cuyos términos merecen ser notados, son muy restrictivos y entran en la doctrina que hemos enseñado. "La decisión de la Corte de Burdeos, dijo la sentencia, fundada en los "hechos" establecidos en el juicio, sobre la correspondencia de las partes y sobre la "interpretación" de sus contratos, según las "circunstancias" que habían precedido, acompañó y siguió estos contratos, según los "términos" en los cuales estuvieron concebidos, entran en el dominio exclusivo de la Corte de Apelación." (2)

Yo compro un terreno para la construcción de una calzada sobre una ribera, con el objeto de establecer una toma de agua para alimentar un ingenio que me propongo construir. La calzada se construye con autorización de la Administración del departamento; después se ordena la

1 Fallo del Tribunal de Vendome del 30 de Julio de 1847 (Daloz, 1848, 5, 161).

2 Denegada casación, 7 de Junio de 1836 (Daloz, palabra *Venta*, núm. 184, 2°).

demolicion por una ordenanza real. El terreno es vendido en seguida tal como se compró. El acto primitivo dijo que el vendedor cedía el derecho, facultad y el terreno necesario para la construccion de una calzada. Se juzgó que la venta de la calzada había sido resuelta por falta de autorizacion. Sobre la demanda, la Corte de Casacion decidió que la "existencia" de la venta dependía esencialmente de la existencia de un tributo que debió hacerse para el comprador; no siendo autorizado este tributo la venta se consideró como nula. Es decir, que hubo una condicion suspensiva tácita, que no se realizó y rescindió la venta. La sentencia de la Corte es también restrictiva como la que acabamos de citar: "para declarar la venta nula, los jueces no tienen poder, así como exclusivamente tienen el derecho de apreciar las *cláusulas* del contrato, la *voluntad* de los contratantes, los *actos, hechos y circunstancias* de la causa." (1)

*Núm. 3. De las condiciones imposibles é ilícitas.*

39. Para que una condición sea válida, dice Pothier, se necesita que sea posible, lícita, y que no sea contraria á las buenas costumbres. Pothier saca la consecuencia que es consagrada por la ley, en el art. 1,172. "Toda condición de una cosa imposible ó contraria á las buenas costumbres, ó prohibida por la ley, es nula y hace nulo el contrato de que depende." Por ejemplo, dice Pothier, yo os prometo una suma bajo esta condición: si haceis un triángulo sin ángulos, ó bajo la de ir desnudo por las calles. (2) Cuando las partes contratan bajo una condición imposible, no entienden tratar seriamente, hacen una broma, y verda-

1 Denegada casación, 8 de Febrero de 1837 (Dalloz, palabra *obligaciones*, núm. 1,124)

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 204.

deramente, los autores han errado al ocuparse de estas malas sutilezas. Si estipulan una condición ilícita ó inmoral, el legislador no puede dar efecto á sus contratos, porque no puede sancionar un contrato que viola la ley ó las buenas costumbres. Hemos dicho en otra parte que el Código no admite este principio en las donaciones y en los testamentos; las condiciones imposibles, inmorales ó ilícitas que se encuentran, se reputan como no escritas.

No debe confundirse la condición ilícita con la causa ilícita. La causa es el motivo jurídico que obliga á las partes contratar; debe haber una causa en todo contrato, pues si nó no existe, y por consiguiente, no puede tener efecto alguno: estos son los términos del art. 1,131. La condición es una simple modificación del contrato, y por tanto, un elemento accidental. He ahí por qué la condición ilícita puede disimularse en las donaciones, y la donacion queda sin embargo válida. En los contratos onerosos, la condición ilícita supone la nulidad del contrato, en tanto que la causa ilícita supone la inexistencia. La distincion entre la causa y la condición, tiene aún más importancia en materia de donaciones; las condiciones ilícitas se reputan no escritas, y la liberalidad es sostenida, en tanto que la causa ilícita las vicia en su esencia y las hace inexistentes. Remitiremos á lo que se ha dicho en el título de las "Donaciones" y Testamentos, sobre estas difíciles cuestiones.

*1. De las condiciones imposibles.*

40. La condición es imposible, cuando las leyes de la naturaleza ponen obstáculo á su cumplimiento. Hemos citado un ejemplo de Pothier; inútilmente se buscaría un ejemplo en la vida real. Hay también una imposibilidad jurídica; las condiciones jurídicamente imposibles, son las

que no pueden cumplirse por razón de un obstáculo legal; de suerte, que la condición no podría cumplirse sino por un cambio en la legislación. (1) Esto es también de pura teoría. ¿El art. 1,174, es aplicable cuando las dificultades que resultan de la ley son tales, que el cumplimiento de la condición llegue á ser imposible? La cuestión se resuelve con una interpretación de intención. Si las dificultades son tales, que la condición no pueda cumplirse rigurosamente, y si las partes han querido el cumplimiento riguroso de la condición, esto está en el texto, en el espíritu del art. 1,174; pero si las partes no han querido que lo que es posible hacer, no sea imposible, y por consiguiente la condición es válida, así como el contrato de que depende. Hé aquí un caso que se ha presentado ante la Corte de Gand. En la escritura de venta de una sucesión, se estipuló que el comprador no pagara el precio sino demostrado de una manera conveniente por los vendedores, que no tenían otros herederos, que los que tenían algún derecho á la sucesión. El primer juez consideró esta condición como imposible, lo que extrañó la nulidad del contrato. En apelación, la decisión fué reformada. Los herederos vendedores no estuvieron obligados á rendir la prueba jurídica de que no existió heredero alguno; una prueba semejante hubiera podido considerarse como imposible; la escritura les impuso solamente la obligación de hacer una demostración conveniente, es decir, de justificar de una manera plausible que no existieron parientes paternos que tuviesen derecho á la herencia, y esta prueba ciertamente no fué imposible. (2)

41. Para que una condición sea imposible y vicie la obligación, no basta que el deudor no pueda cumplirla, si por lo demás la cosa es posible. Las leyes romanas lo de-

1 Aubry y Rau, t. IV, pfo. 302, págs. 63 y siguientes, notas 13-15.  
2 Gand, 19 de Enero de 1871 (*Pasicristia*, 1871, 2, 257).

cidieron así, y es inútil invocarlas. En los términos del art. 1,172, se necesita que la condición sea de una cosa imposible, para que anule el contrato, y ciertamente no puede decirse de una cosa que es posible que llega á ser imposible, porque el deudor no pueda cumplirla. (1)

42. ¿En qué época debe existir la imposibilidad? Siendo la condición un elemento del contrato, debe verse si en el momento en que se forma es válida. Cuando la condición es imposible en este momento, el contrato no se forma; poco importa que la condición, imposible desde luego, llegue á ser posible después; no formándose el contrato, se necesitaría un nuevo concurso de consentimiento para que haya contrato. Por el contrario, cuando la condición es posible al tiempo del contrato, la obligación se forma, y si después llega á ser imposible, debe decidirse que la condición ha faltado. (2) Creemos inútil detenernos en estos puntos que no se discuten sino en la escuela.

## II. De las condiciones ilícitas é inmorales.

43. ¿Cuándo es ilícita ó inmoral una condición? Esta cuestión da lugar á numerosas dificultades; las hemos examinado en el título "De las Donaciones y Testamentos." Aquí nos limitaremos á citar las decisiones que conciernen á los contratos á título oneroso.

44. Una mujer demanda la separación de cuerpos. Durante la instancia, interviene un arreglo entre los esposos: El marido consiente en que su mujer viva separada de él, durante un espacio de tiempo provisional limitado á tres años, que lleve su mobiliario y que tome la administración de sus bienes; en estas condiciones, la mujer, por su lado, consiente en desistirse de su demanda. La condición

1 Toullier, t. III, 2, pág. 307, núm. 482.

2 Aubry y Rau, t. IV, págs. 64 y siguientes, notas 18 y 19 del párrafo 302.

fué contraria á la ley, siendo nula la separacion de cuerpos voluntaria, lo mismo que la separación de bienes voluntaria, y, por tanto, la condicion, bajo la cual desistió la mujer fué nula, y el desistimiento también fué atacado de nulidad. En el caso, pudo sostenerse que la causa también fué ilícita, y que el desistimiento fué inexistente, porque el motivo jurídico que obligó á la mujer á desistirse, es reprobado por la ley. Hay una sentencia en este sentido. (1) Una mujer separada de bienes, se obliga á dejar en una casa de su propiedad, muebles suficientes para que su marido pueda retirarse ahí, pero bajo la condicion expresa de que no será obligada á seguirlo. Después arrienda esta casa y el marido se opone en virtud de la obligacion contraída por su mujer. Esta obligacion fué condicional y la condicion fué nula, puesto que violó la potestad marital, que es de orden público, la nulidad de la condicion ocasionó la nulidad del contrato. La mujer conservó, pues, el derecho de arrendar la casa, cuya libre disposicion tuvo. (2)

45. Una escritura de venta, estipula como condicion del contrato, que el comprador no establecerá un hotel en la casa que va á construir sobre el terreno vendido, ni sobre el terreno adyacente. Se sostuvo que la condicion fué ilícita por violar el derecho de propiedad y la libertad de industria. La Corte de Lyon declaró válida la condicion. En el caso, la condicion no tuvo por objeto un interés industrial, sino impedir una concurrencia desventajosa para el vendedor, éste quiso solamente evitar las desagradables incomodidades que podían resultar del establecimiento de una posada. Ninguna ley prohíbe hacer restricciones al ejercicio del derecho de propiedad; el Código lo permite, por el contrario, en el título "De las Servidum-

1 Nancy, 22 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 76).

2 Caen, 8 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 127).

bres" y los derechos que pueden estipularse como servidumbres, pueden también serlo como derecho de crédito. Esto á los tribunales toca decidirlo, según la voluntad de las partes contratantes y la naturaleza del derecho, si se trata de un derecho real ó de un derecho personal. (1)

46. Los presuntos herederos de una mujer casada bajo el régimen dotal, consienten una fianza de la obligacion contraída por su madre, con esta condicion expresa: que el acreedor no hará uso de la fianza, sino después de la muerte de la deudora, y solamente sobre los bienes que podrían quedar en la sucesión á sus dos hijos; en cuanto á los bienes que estos poseian ya, y á los que pudieran adquirir con cualquier otro título que no procedieran de su madre, el acto dice que jamás podrían estar sometidos á los efectos y á las consecuencias de la fianza. Se ha juzgado que esta fianza fué nula como hecha bajo una condicion ilícita. Los hijos, en efecto, no se obligaron personalmente, ni pudo, por tanto, aplicárseles el principio de que aquel que obliga su persona obliga sus bienes; su obligacion se limitó á ciertos bienes. ¿Y cuáles fueron estos bienes? Los que recogieran en la sucesión de su madre; de suerte que si nada recogian, la fianza llegaba á estar sin objeto. De donde se sigue que los bienes por recoger de la sucesión, fueron la condicion de la obligacion contraída por ellos; y esto fué una estipulación sobre una sucesión futura; nula, con este título anuló la fianza de que dependía. (2)

47. Se estipuló en un contrato de reemplazo que el precio pagadero al cabo de siete años, término de la entrega definitiva del reemplazado, no podría ser cedida ni enagenada bajo pretexto alguno, bajo pena de nulidad de los contratos que intervinieran. En menos precio de esta

1 Lyon, 30 de Diciembre de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 1379).

2 Burdeos, 16 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 71).

cláusula, el precio fué cedido. Sobre las demandas intentadas por el cesionario, el deudor demandó la nulidad de la cesión. Esta fué pronunciada por el primer juez, y fué un error; el fallo fué casado y debió serlo. La Corte de Casación, dijo que la libre disposición de los bienes es una regla de orden público consagrada por el Código Civil (artículos 544, 1,494 y 1,598); el legislador solo que la ha establecido, puede derogarla ó permitirla. Fuera de los casos previstos por la ley, las partes no pueden declarar inalienable un derecho y ponerlo fuera del comercio de las cosas en que debe estar. (1)

### III. Efecto de la condición imposible ó ilícita.

48. El art. 1,174 equipara la condición ilícita á la condición imposible; una y otra son nulas, y anulan el contrato de que dependen. Hay, sin embargo, diferencias entre la condición imposible y la condición ilícita ó inmoral.

En los términos del art. 7,173, la condición de no hacer una cosa imposible no anula la obligación á que depende. Esta es la reproducción de la doctrina de Pothier: la cosa es tan evidente, que libremente pudo abandonarse á la escuela, en donde agrada demasiado discutir cuestiones ociosas. Esta condición equivale á decir: "yo os prometo una suma si no deteneis el curso del sol." Esta condición, dice Pothier, ningún efecto tiene, y la obligación es pura y simple. Hubiera debido decir que la cuestión es una necesidad, á la que no debe responderse.

¿Sucede lo mismo con la condición de no hacer una cosa contraria á las leyes ó las buenas costumbres? Pothier responde: "la condición de no hacer una cosa contraria á las buenas costumbres ó á las leyes, puede hacer nulo el acto; porque es contrario á la "justicia" y á la "buena fe"

1 Casación, 6 de Junio de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 191).

estipular una suma para abstenerse de una cosa que estamos obligados á hacer." (1) No vemos lo que la "buena fe" y "la justicia" tienen que hacer en este caso. Pothier hubiera debido decir que la condición es contraria á las buenas costumbres.

¿Esta distinción de Pothier debe también seguirse bajo el imperio del Código Civil? Así lo creemos, aunque la cuestión sea controvertida. Se dice que los autores del Código sólo han reproducido la doctrina de Pothier en lo que concierne á la condición imposible; y guardan silencio sobre la condición ilícita; este silencio es significativo. El legislador no ha querido resolver la cuestión á "priori," dejándola á la apreciación del juez. Al juez toca, pues, examinar si la condición es ó no contraria á las buenas costumbres. Nosotros respondemos que Pothier no dijo otra cosa; la condición "puede" anular el acto, y no dijo que la condición necesariamente anula el acto. El juez lo anulará si encuentra que la condición es inmoral. A nuestra vista, lo es siempre.

Todo el mundo está de acuerdo en que hay inmoralidad cuando el futuro acreedor, procediendo por vía de amenaza ó de intimidación, arranca una promesa bajo la condición de que se abstendrá de un hecho ilícito; hay en esto una especulación deshonrosa, que vulgarmente se llama chantage; si el deudor demanda la nulidad, los tribunales ciertamente la pronunciarían. Pero suponiendo que una persona para animar á otra en la vía del bien, ó para sacarla del mal, le hace espontáneamente una promesa bajo la condición de que se abstenga de un acto ilícito, este convenio, dicen, tiene un objeto moral, y la justicia debe sancionarlo. (2) A nuestra vista, la condición de no

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 204.

2 Colmet de Santerre, t. V. pág. 149, núm. 93 bis, 1º, seguido por Demolombe, t. XXV, pág. 292, núm. 308.

hacer una cosa ilícita ó inmoral es siempre contraria á las buenas costumbres, porque es una moral mal entendida la que obliga á cumplir los deberes por la promesa de una suma de dinero, la moral jamás debe descender á un tráfico; los que no cumplen sus deberes sino por la esperanza de una recompensa, son mercenarios, y por tanto, no debe acostumbrarse á los hombres á especular con el cumplimiento de sus deberes. La verdadera moral, exige la abstinencia del mal, porque es el mal, como debe hacerse el bien porque es el bien. Tal es el ideal, y pertenece al legislador elevar la moralidad en los hombres y debe guardarse bien de degradarla. (1)

49. Una cuestión análoga es la de saber si la condición es nula, cuando el deudor se obliga, en el caso en que cometiera un acto ilícito, en una prestación cualquiera. Creemos que la condición es inmoral porque implica también que el deudor no se abstiene del mal, sino para evitar la prestación, la cual es una especie de pena que el contrato le impone para que permanezca en la vía del deber. Se nos opone la autoridad de Papiniano; y respondemos que el jurisconsulto estoico, por eminente que fué su sentido moral, no tuvo la delicadeza de conciencia que una religión espiritual y una civilización progresiva, han llevado á todos los pueblos cristianos. Cuando se trata de buenas costumbres, no es en los antiguos en donde debemos buscar autoridades, debemos inspirarnos en los sentimientos de la humanidad moderna. (2)

50. La condición ilícita produce efectos bien diferentes cuando se agrega una donación; la ley la reputa no escrita y sostiene la donación. Sucede algunas veces que un acto tiene al mismo tiempo de donación y de contrato oneroso

1 Larombière, t. II, pág. 33, núm. 7 del art. 1,173 (Ed. B., t. I, pág. 332). Compárese Durantón, t. VI, pág. 41, núm. 35.

2 En sentido contrario Colmet de Santerre, t. V, pág. 148, número 92 bis, seguido por Demolombe, t. XXV, pág. 290, núm. 306.

so; si es hecho bajo una condición ilícita, ¿podría aplicársele el art. 900 ó el 1,172? Es una cuestión de hecho que el juez decidirá interpretando el contrato. La madre tutora renunció la tutela y rindió una cuenta, pagando el resto al nuevo tutor. Después del matrimonio de la hija, la madre le constituyó una dote de 10,000 francos, y la hija quiso, como condición de la donación, ratificar la cuenta irregular de la tutela. La condición era ilícita, puesto que dispensaba á la tutora de la obligación de rendir una cuenta legal; ¿faltó borrar la condición ilícita en virtud del artículo 1,172? La Corte de Pau decidió que el acto era uno de esos contratos conmutativos innominados participando del contrato de beneficencia y del contrato á título oneroso, donde una de las partes, en reconocimiento de la ventaja que procuró, aseguró una ventaja recíproca, y donde la otra parte, en reconocimiento del beneficio que se recibió, prometió un hecho personal. Si, en la especie, la madre hizo una donación á su hija, ésta, á su vez, confirmó el acto de liquidación de la sucesión de su padre y de la cuenta de la tutela. El abogado general propuso dividir la estipulación, buscando cual fué, en la suma dada, el equivalente de la confirmación prometida por ella, lo que haría llegar á declarar el acto, en parte gratuito, y en parte oneroso. Este sistema no fué admitido por la Corte, porque dividía estipulaciones que, en la intención de las partes, eran indivisibles. Sobre la demanda en casación intervino una sentencia de denegada casación. (1)

1 Pau, 3 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1899, 2, 203) y denegada casación, 21 de Diciembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 308).

## § II. DIVISIÓN DE LAS CONDICIONES.

## Núm. 1. De las condiciones casuales, potestativas y mixtas.

## 1. Definición.

51. En términos del art. 1,169, "la condición casual es la que depende del acaso y que de ninguna manera está al arbitrio del acreedor ni al del deudor. La definición está tomada de Pothier con la ligera diferencia de que Pothier no habla más que del "acreedor" y el Código agrega "al deudor," el cual solo puede obligarse bajo condición. Esto es tan eventual que equivale á los siguientes ejemplos que da Pothier: "si tengo hijos sucederá tal cosa, si no los tengo sucederá lo contrario, si un tal navio llega á buen puerto de las Indias etc." Es preciso agregar que la condición es también casual cuando depende de la voluntad de un tercero; porque la voluntad de un tercero está más al arbitrio de las partes que un hecho cualquiera que les es extraño. (1)

52. "La condición potestativa es la que hace depender el cumplimiento del convenio de un suceso que está al arbitrio de una ó de otra de las partes contratantes, hacer llegar ó impedir." (art. 1,170) Pothier no prevé la condición potestativa como la condición casual que es lo que concierne al acreedor; pone este ejemplo: "Yo me obligo con mi vecino á darle tal suma si tira un árbol de su campo que me tapa la vista." La condición potestativa puede ser también agregada en favor del deudor: yo me obligo á venderos una casa si voy á París. Es preciso no confundir la condición potestativa del art. 1,170 que puede ser agregada al convenio, en favor del deudor así como del acreedor, con la condición potestativa del art. 1,174 que

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 201 y 205. Toullier, t. III, 2, pág. 312, núm. 496.

anula la obligación cuando ha sido contratada de parte del que se obliga. Esto es lo que caracteriza la condición potestativa del art. 1,170, lo que hace depender la obligación de un "acontecimiento" que está al arbitrio del acreedor ó del deudor realizar ó impedir. En el ejemplo dado por Pothier, el acreedor puede tirar, ó no tirar el árbol: si lo tira, la obligación existirá; si no lo tira, no habrá ninguna obligación. Lo mismo en el otro ejemplo, si voy á París cumpliré la promesa, y si no voy no la cumpliré. Depende del acreedor tirar el árbol, lo mismo que depende del deudor establecerse en París. Más esto no depende enteramente de los dos. Cuando la condición consiste en un acto de pura voluntad, no puede ser estipulada en provecho del deudor; esto es lo que dice el art. 1,174, sobre el cual volveremos á hablar más adelante. (1)

53. "La condición mixta es la que depende á la vez de la voluntad de una de las partes contratantes y de la voluntad de un tercero" (art. 1,171). Esta es la definición de Pothier y da este ejemplo: "Si os casais con mi sobrina."

La condición que depende de la voluntad de una de las partes y del acaso ¿es mixta? Según la definición de Pothier, adoptada por el Código, es preciso responder negativamente; para que la condición sea mixta, debe depender, en parte, de la voluntad de un tercero; si la condición depende, en parte, del acaso, no entra en la definición de la condición potestativa. La condición, "si yo me establezco en París," no es una condición mixta, es una condición potestativa; es cierto que pueden presentarse circunstancias fortuitas que pongan obstáculo á mi establecimiento en París; pero, en general, será mi voluntad lo que decida. Puesto que la voluntad juega el papel principal en

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 201. Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 535.

el cumplimiento de la condición, el legislador le ha dado el nombre de "potestativa." (1)

54. ¿Cuál es el interés práctico de la división de las condiciones casuales, potestativas y mixtas? En derecho romano hay una diferencia entre estas diversas condiciones, en lo que concierne á los legados. La condición casual es de rigor en el sentido que, si no se cumple, los legados caducan. No sucede lo mismo con la condición potestativa y mixta. Los legados reciben su efecto aun cuando la condición no sea cumplida, si el legatario hizo cuanto estuvo de su parte para cumplirla. Tal es el legado hecho bajo la condición "si usted se casa con mi sobrina." Recibe su cumplimiento si el legatario hizo lo que pudo para realizar la condición. No se admite esta interpretación indulgente en materia de convenios; cualquiera que haya sido la condición debe ser cumplida, porque las partes no pueden conformarse con la buena voluntad del que debía cumplir la condición. La diferencia entre los legados y los contratos tuvo gran favor en el uso de las disposiciones testamentarias entre los romanos. (2)

Este excesivo favor es extraño á nuestro derecho y á nuestras costumbres; en consecuencia, es preciso aplicar á los testamentos y á los convenios la disposición del artículo 1,175, que dice: "Toda condición debe ser cumplida de la manera que las partes han entendido verdaderamente que fué hecha."

La división de las condiciones casuales y potestativas, hace un papel importante en materia de donaciones. Vamos á examinar las dificultades á las cuales dá lugar la

1 Colmel de Santerre, t. V, pág. 146, núm. 90 bis. I. Larombière, t. II, pág. 26, art. 1,171, núm. 2 (Ed. B., t. I, pág. 330). Demolombe, t. XXV, pág. 278, núm. 289. En sentido contrario, Durantón, t. XI, pág. 18, núm. 19.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 536.

condición potestativa. Esta condición tiene su dificultad, aún en materia de convenios; se trata de determinar el sentido del art. 1,174.

## II. De la condición puramente potestativa.

55. Según los términos del art. 1,174, toda obligación nula cuando ha sido contraída bajo condición potestativa por parte del que se obliga. ¿Qué se entiende en este artículo por condición potestativa? No puede ser la condición potestativa tal cual está definida por el art. 1,170, puesto que esta condición lejos de anular el contrato, puede ser segregado en favor del deudor así como del acreedor, mientras que la condición potestativa del art. 1,174 anula el convenio cuando ha sido estipulada en favor del deudor. El art. 1,174 no dice en qué difiere la condición potestativa de la cual habla, de la condición potestativa definida por el art. 1,170; es preciso recurrir á la tradición, á los trabajos preparatorios y á los principios generales del derecho.

La tradición nos dá la explicación del art. 1,174. Para que una condición sea válida, dice Pothier, es preciso que no destruya la naturaleza de la obligación; tal es la condición que hará depender la obligación de la "pura y sola voluntad" de la persona que se obliga; como si yo prometiese, por ejemplo, alguna cosa bajo la condición: si quiero, si esto me place. En efecto, siendo la obligación un lazo de derecho que nos impone la necesidad de hacer ó de no hacer alguna cosa, nada es mas contrario á su naturaleza que hacerla depender de la pura voluntad del deudor. Semejante condición destruye la obligación, porque destruye el lazo de derecho sin el cual la obligación no existe. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 205.

La redacción primitiva del art. 1,174 reproduce la doctrina de Pothier; está concebido así: "Toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición *puramente potestativa* de parte del que se obliga." El Tribunalado propuso la supresión de la palabra "puramente" por una muy mala razón; la sección de legislación temió las dificultades que pudieran sobrevenir sobre la cuestión de saber si tal condición, reconocida por otra parte como potestativa, era ó no "puramente" potestativa. La sección propuso la fórmula siguiente: "Toda obligación es nula cuando depende *únicamente* de una condición potestativa de parte del que se obliga." Esta redacción expresa ménos que la del proyecto ideado por Pothier. (1) El Consejo de Estado hizo derecho á la proposición del Tribunalado suprimiendo la palabra "puramente" y no dice en ninguna parte por qué no la reemplazó por la palabra "únicamente." Sin embargo, es cierto que los autores del Código han creído consagrar los principios enseñados por Pothier. El orador del Gobierno repite lo que Pothier dice, aunque en términos menos precisos: "Si la condición *depende* de una de las partes contratantes, si es *dueña* de romper ó de mantener el lazo que el contrato parece firmar, realmente no hay ninguna obligación, es nula." (2) Bigot-Préameneu ha errado al hablar de las dos partes, á menos que no suponga un contrato sinalagmático en el cual cada una de las partes contrae una obligación. Es cierto que la condición puramente potestativa no vicia el contrato sino cuando ha sido estipulada en provecho del deudor. Si hubiera sido estipulada en provecho del acreedor, la obligación sería perfectamente válida; por mejor decir, toda obligación depende de la voluntad del acreedor, puesto que él es siem-

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 18 (Loché, t. VI, pág. 127).

2 Exposición de los Motivos, núm. 58 (Loché, t. VI, pág. 157).

pre libre de exigir ó de no exigir el cumplimiento, lo que no impide de ningún modo al deudor estar ligado.

El art. 1,174 expresa un pensamiento bien sencillo, y es que no hay obligación sin lazo jurídico, y no hay lazo si el deudor está ligado voluntariamente. La condición potestativa del art. 1,174 es la condición puramente potestativa, como lo dice el proyecto y como Pothier lo explica: la condición si yo quiero, si esto me place, no vale verdaderamente la pena de formular este principio, puesto que proviene de la esencia misma de la obligación, y no creemos que las partes contratantes hayan tratado jamás bajo una condición igual. Los contratos son cosa seria; tratar bajo la condición, si el deudor quiere, es jugar una broma. ¿Es preciso una disposición de la ley para decidir que no hay obligación cuando el deudor no se obliga? (1)

56. El Tribunalado quiso prevenir la dificultad, suprimiendo la palabra "puramente," y esta supresión es la que las hace nacer. Ateniéndose al texto del art. 1,174, se podía creer que toda condición potestativa anula la obligación. Entendido así el art. 1,174, estaría en contradicción con el art. 1,170, que permite obligarse bajo condición potestativa. Para conciliar las dos disposiciones, es preciso admitir que la condición potestativa del art. 1,174 no es la condición potestativa del art. 1,170. La condición puramente potestativa destruye el lazo, y por tanto, anula la obligación. No es lo mismo la condición potestativa que consiste en un hecho que el deudor tiene poder de cumplir ó nó; es cierto que su voluntad juega un papel; más el cumplimiento de la condición no depende únicamente de su voluntad, puesto que, circunstancias fortuitas, pueden impedirle hacer lo que, en general, está en su poder. Hay un lazo de derecho; y, por consiguiente, la obligación se

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 151, núm. 94 bis, I. Demolombe, t. XXV, pág. 298, núm. 314.

forma. Todos los autores están de acuerdo sobre este punto y no se concibe lo contrario. (1) Para completar nuestra demostración, transcribiremos un pasaje de Pothier, que es decisivo: "Aunque yo prometa una cosa bajo una condición potestativa, de manera que dependa de mi voluntad cumplirla ó nó, como si os prometo diez pistolas en caso de que fuese á París, el convenio es válido; porque no está enteramente en mi arbitrio dejar de darlas, puesto que solo podría dispensarme de ello, absteniéndome de ir á París, porque hay de mi parte una obligación y un verdadero compromiso." Es preciso hacer una excepción de las donaciones, la donación hecha bajo la condición: si voy á París, será nula, como lo hemos dicho al tratar de las "Donaciones."

57. ¿Cuándo es la condición puramente potestativa en el sentido del art. 1,174? Esta es una cuestión de hecho, puesto que se trata de interpretar los convenios de las partes contratantes, y ha dado lugar á contestaciones á los que están interesados en romper los convenios, pretendiendo que la condición es puramente potestativa. Estas pretensiones jamás han sido admitidas, porque casi nunca sucede que las partes hagan un convenio cuya existencia dependa de la voluntad del deudor, puesto que sería un convenio ridículo.

La Corte de Casación decidió que la cuestión de saber si hay lazo en derecho entre las partes, no está comprendida en su jurisdicción. Una compañía de minas hizo un contrato con un comerciante de carbón de piedra, por el cual le otorgó la facultad de tener el depósito de sus carbones, gruesos y delgados, en tal ciudad, durante nueve años, mediante cierto precio. Se pretendió que el conve-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 312, núms. 494-495. Aubry y Rau, tomo IV, pág. 66 y notas 22 y 23 del pfo. 302. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 375, nota 16.

nio **fué** nulo, porque el comerciante de carbón no estuvo obligado á tomar entrega de mercancías sino según su voluntad, lo que constituya una condición potestativa en el sentido del art. 1,174. Fué juzgado por la Corte de Nimes que **había** obligación para el vendedor, de entregar el carbón, y obligación para el comprador de recibirlo y de pagar el precio, y, por consiguiente, que **había** liga recíproca, y, por tanto, contrato. La Corte de Casación decidió que esta interpretación de los convenios litigiosos era soberana. (1)

La jurisprudencia ofrece el ejemplo de un contrato anulado por razón de una constitución potestativa. Un contrato intervino entre la compañía de seguros contra los procesos, dice la "Justicia," y el heredero de una sucesión cuya liquidación anunciaba grandes dificultades. La compañía se encargó de seguir los procedimientos á los cuales la liquidación podría dar lugar, mediante una prima sobre las sumas cobradas. El art. 17 de la póliza, contenía la cláusula siguiente:

"Si después de un examen más profundo de las circunstancias del negocio, ó por cualquier otro motivo con el cual la compañía no cuente, avisa que no puede entablar ó continuar el negocio, será libre siempre de hacerlo, anulando de hecho la presente póliza, es decir, soportando personalmente todos los gastos hechos hasta entonces y renunciando al beneficio de la prima convenida." El heredero se arrepintió y demandó la nulidad del convenio, como conteniendo una condición potestativa. Esta demanda fué rechazada por el Tribunal de Comercio; el fallo dijo que la condición no es puramente potestativa, puesto que la compañía se obligó á soportar los gastos en caso de ruptura. Este es un error,

1 Denegada casación, 2 de Junio de 1856 (Daloz, 1856, 1, 457).

y en la apelación, el convenio fué anulado. La Corte dijo muy bien que la compañía se reservó la facultad de no entablar el pleito y de no rendir cuenta de sus motivos, lo que le permitió detener la marcha ó no detenerla; esta obligación era voluntaria, y por consiguiente, había condición puramente potestativa, y nulidad del contrato. (1)

59. El deudor reconoció deber una suma de 1,500 francos que pagaría á cuenta ó totalmente, "si esto le era posible;" el pagaré agregaba que "el acreedor no podría ejercer contra él vías de fuerza y de rigor para precisarlo á pagar." ¿Esta obligación es nula en virtud del art. 1,174? Ha sido juzgado que la condición litigiosa no fué potestativa. El deudor, dice muy bien la Corte de Besancón, no dice que pagará cuando "quiera," sino que pagará cuando "pueda;" la condición no es, pues, bajo condición suspensiva, es por término indefinido. Se alegó la reserva que priva al acreedor de ejercer diligencias judiciales y la Corte respondió que la obligación del acreedor fué correlativa á la del deudor y debió combinarse con ella, es decir, que el acreedor debió abstenerse de toda medida de rigor, mientras que el deudor no estuviera en estado de librarse. Dar otro sentido á la obligación es anularla, y no se puede suponer que el acreedor haya querido contentarse con una promesa ridícula. (2) También se ha juzgado que la condición estipulada por el deudor de no reembolsar un capital mas que á su voluntad, es válida; la obligación es cierta y hay compromiso de reembolsar, por liga de derecho; la condición no dice en qué término debe hacerse el reembolso. (3)

60. Se estipuló en un convenio que el empleado de una

1 París, 30 de Mayo de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,155).

2 Besancón, 2 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 2, 180).

3 París, 8 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,155).

casa de comercio gozaría anualmente, aparte de su sueldo, de una gratificación razonable, dejando á la generosidad de sus contratantes fijarla y á su buena fe entregarla. ¿Es esta una obligación bajo condición potestativa? La Corte de Lyon dijo que no, y con razón. En efecto, la gratificación no fué dada á voluntad del patrón; el monto mismo no fué abandonado á su apreciación arbitraria, porque el convenio decía que la gratificación sería "razonable," solamente al deudor podía poner más ó menos generosidad. El patrón acabó por ofrecer cincuenta francos, la Corte señaló 380 por año. (1)

61. Un contrato de venta, estipuló que el precio sería pagado al tomar posesión el comprador, "lo que daría lugar á su primer requerimiento." Se pretendió que la toma de posesión estaba abandonada á la discreción del comprador, resultando una condición potestativa que anuló el contrato. La Corte de Dijón admitió este sistema y decidió que la escritura era nula por el art. 1,174. Esta sentencia fué casada y así debía ser. En efecto, el convenio no daba al acreedor el derecho de retardar indefinidamente su toma de posesión, y, en consecuencia, la existencia misma de la venta; resultando de todo esto, que el comprador tenía interés en no tomar posesión en seguida; más, puesto que la razón, por la cual no quería cumplir inmediatamente el contrato cesó y, además, el contrato produciría sus efectos aun cuando el comprador no reclamase su posesión, el vendedor tendría el derecho de constituirle en mora y demandar que el tribunal fijase un plazo en el cual la venta se cumpliría. Las circunstancias de la causa probaban que tal era la intención de las partes contratantes. Se trataba de la venta de una porción de viña y el comprador se proponía adquirir otras viñas

1 Lyon, 10 de Marzo de 1864 (Daloz, 1864, 5, 255).

contiguas: la cláusula litigiosa tenía por objeto detener la venta secreta hasta que las adquisiciones que debían seguirle hubieran tenido lugar, en la inteligencia que la primera no volvía estas más difíciles y más costosas. Resultó que la cláusula que quiso hacerse pasar por una condición potestativa, era un simple término no definido; en caso de contestación, pertenece al tribunal limitarla. (1)

La decisión, aunque jurídica en el fondo, está mal redactada. En efecto, la Corte considera el art. 1,174 como la consecuencia y la aplicación del art. 1,170. El error es evidente, como acabamos de decir (núms. 55 y 56); según el art. 1,170, la venta había sido válida, mientras que, según el art. 1,174, fué nula. ¿Pudo la Corte invocar al mismo tiempo dos disposiciones, de las cuales una hacía válido el contrato y la otra lo anulaba?

La sentencia de la Corte de Casación da lugar también á otra advertencia. Hemos dicho antes (núm. 57) que la suprema Corte había puesto en principio, que no le pertenecía comprobar las sentencias que deciden en hecho que hay condición potestativa; y hé ahí que la Corte casó una sentencia que había anulado un contrato como conteniendo una condición potestativa. ¿Es que la sentencia de 1846 está en oposición con la de 1856? No; al juez pertenece decidir cuál es la intención de las partes contratantes, y sus decisiones no caen bajo el dominio de la Corte de Casación. Mas cuando las partes han declarado, como en el caso, cuál es su intención, y que el juez del hecho da á la cláusula un efecto contrario á aquel que la ley le atribuye; en este caso, hay lugar á casación: tal es el caso de la sentencia rendida en 1,846.

62. La Corte de Casación lo juzgó así en un caso análogo. "Sí, dice la sentencia, pertenece al juez del hecho determinar el sentido de los convenios y las intenciones de

1 Casación, 9 de Noviembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 34).

las partes contratantes, la Corte de Casación está investida del derecho de examinar si la calificación dada á estos convenios es conforme á la ley y desnaturalizan el carácter y los efectos legales." Esto es lo que la Corte de París hizo para la venta de un privilegio. Había concurso de consentimiento sobre la cosa y sobre el precio de la venta; la cosa consistía en una parte de los beneficios que debían resultar de un invento industrial para el cual el vendedor había obtenido un privilegio. El precio era de 8,000 francos. Es cierto que el vendedor se reservó ser sólo juez de la oportunidad del momento en que el citado privilegio debía ser puesto en obra; pero esta cláusula no constituye una condición potestativa excluyendo todo lazo de derecho, es un simple plazo estipulado en interés del empresario. Este plazo no era indefinido; por una parte, había por término la duración del privilegio que el vendedor no podía dejar perder sin su perjuicio, y por otra parte, el plazo podía ser siempre determinado, ya por la constitución en mora demandada por justa causa y pronunciada judicialmente, ya por la muerte del vendedor, al cual sólo se concedió el plazo, muerte que daría contra los herederos todos los derechos que resultan del contrato. (1)

La sentencia de casación, así como la sentencia casada, invocan simultáneamente el art. 1,170 y el art. 1,174. Reapetimos que es una falsa interpretación del art. 1,170, el cual no tiene nada de común con el art. 1,174 (núms. 55 y 56).

63. En una venta hecha por adjudicación pública, los vendedores se reservaron no aceptar las ofertas. La cláusula estaba concebida así: "Toda oferta hecha ó anotada tendrá efecto en caso que quieran los vendedores, y no de otra manera." El adjudicatario, desconociendo su adquisición, sostuvo que la adjudicación era nula, fundándose,

1 Casación, 21 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 346).

entre otros argumentos, sobre la cláusula que acabamos de transcribir, cláusula que, según él, encerraba una condición potestativa. La pretensión fué rechazada por la Corte de Bruselas; la Corte dijo que la cláusula no se extendía á tiempo indefinido, que estaba restringida á la última cesión que debía tenerse por consumada la venta; se trató, pues, de una promesa de venta; el vendedor declaró, poniendo su casa en adjudicación, que se reservaba aceptar ó rehusar las ofertas hasta el vencimiento de cierto plazo. Esto no tiene nada de común con la condición potestativa que anula el contrato. (1)

64. El art. 1,174 declara nula la "obligación" contraída bajo una condición potestativa de parte del deudor. ¿Quiere decir que todo el contrato es nulo? Si es unilateral, evidentemente sí, puesto que no hay deudor. En un contrato bilateral hay dos deudores: el que se obliga bajo condición potestativa no está ligado; mas el otro, que se obliga para y simplemente, está ligado. Es decir, que el contrato deja de ser sinalagmático para volverse unilateral. Yo vendo mi casa á Pedro en 50,000 francos, si Pedro declara que la quiere comprar. Pedro acepta mi oferta sin obligarse por su parte. ¿El contrato será nulo porque Pedro no quiso obligarse? No, no hay venta, puesto que él no quiso comprar; pero hay una promesa de venta; es decir, un contrato unilateral. Este contrato es muy válido; veremos sus efectos en el título de "La Venta" y entonces examinaremos las dificultades á las cuales da lugar la promesa de venta.

65. ¿Se puede hacer depender la resolución de una obligación de la voluntad del que se obliga? (2) Generalmente se enseña la afirmativa y no nos parece dudosa. ¿Por qué

1 Bruselas, 21 de Mayo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 76).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 153, núm. 94 bis, IV y todos los autores.

no se puede hacer depender la existencia de una obligación de la voluntad del que se obliga? Porque, en este caso, no habría liga, ni, por consiguiente, obligación; porque no es obligarse cuando se hace voluntariamente. No es lo mismo si el deudor puede resolver la obligación, porque la resolución no impide que la obligación exista. Así, la ley permite al vendedor estipular la retroventa; es decir, la rescisión de la venta á su voluntad, lo que es una condición resolutoria potestativa. Se cita como ejemplo el caso en que se estipuló en un arrendamiento que el arrendatario podría dar fin al arrendamiento cuando quisiera. El ejemplo está mal escogido; el arrendatario que usa de esta facultad no rescinde el contrato, poniéndole fin por su voluntad; es un término y no una condición. Para el término no hay que tener duda, puesto que el contrato produce todos sus efectos hasta que una de las partes pone fin. No es lo mismo si una de las partes tiene el derecho de resolver el contrato; el contrato resuelto es considerado como si no hubiera existido jamás, y depende, pues, de la parte que rescinde el contrato hacer que éste no haya existido; si depende de ella destruir el lazo que las obliga, ¿se puede decir que está ligada? La objeción no tiene en cuenta la diferencia que existe entre la condición suspensiva y la condición resolutoria. Si yo digo: seré obligado si quiero, depende de mí impedir que la obligación se forme, y no hay ninguna liga; mientras que si me ligo, estipulando el derecho de resolver la obligación á mi voluntad, estoy obligado en tanto que no haya manifestado la voluntad de resolver la obligación. (1)

66. La jurisprudencia está en este sentido. El comprador se reserva la facultad de devolver la cosa sin reem-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 312, núm. 407. Demolombe, t. XXV, página 313, núm. 328. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 152, núm. 94 bis, III.

bolso del precio. ¿Es válida esta cláusula? Se juzgó que sí. Se alegó que estaba estipulado el pacto de retroventa en provecho del comprador, mientras que la ley no lo permite más que al vendedor, y solamente por el plazo de cinco años. La Corte respondió que esta estipulación es sólida, porque la ley no la prohíbe y porque no es contraria á las buenas costumbres. (1) Esto no es responder á la objeción, pero la respuesta es fácil. El pacto de retroventa es una condición resolutoria potestativa. Si puede ser estipulado por el vendedor, ¿por qué no ha de poder serlo por el comprador? Así como la ley limita la duración de la cláusula cuando el vendedor la estipula, podría por la misma razón limitar la cláusula resolutoria, estipulada por el comprador, así como toda cláusula resolutoria; puesto que la ley no lo hace habilitar de las partes contratantes permanece ilimitada.

La jurisprudencia, lo mismo que la doctrina, confunden algunas veces el término con la condición. Dice en una obligación teatral que el director se reservó la facultad de anular el contrato á los dos meses, si lo juzgaba conveniente. El artículo sostenía que esta condición era potestativa y anulaba el contrato. ¿Qué respondió la Corte? Que se puede estipular la condición resolutoria en un arrendamiento en provecho del arrendador ó del arrendatario, sin ninguna reciprocidad. Después la sentencia dijo en la prestación de servicios, tal como el contrato litigioso es de uso estipular un tiempo de prueba, y que la obligación no es definitiva después de ese tiempo. La Corte admite que había condición potestativa si el director se había reservado la facultad de anular el contrato después de celebrado. (2) Estos considerandos son inexactos ó par-

1 Sentencia del 19 de Diciembre de 1849, de la Corte provincial de la Holanda meridional (Daloz, 1853, 5, 467).

2 Ruan, 12 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 243).

ciales. La facultad de anular un arrendamiento no es una condición resolutoria, puesto que el contrato anulado no está resuelto, produce sus efectos hasta la anulación, y los efectos no son resueltos cuando el arrendamiento es anulado: este es un término y no una condición. ¿Por qué esta facultad ilimitada de anulación no puede ser estipulada en un contrato de obras como en un contrato de alquiler? Esto no será jamás una condición potestativa, puesto que la pretendida condición no es más que un término.

Esto es lo que la Corte de Lyon juzgó en un caso análogo. El director había estipulado que podría romper la obligación á su voluntad durante el primer mes, y usó de este derecho. El actor pretendió que la condición era nula como puramente potestativa. Se juzgó que la condición era válida. La Corte dice que el contrato puede hacer depender la duración del alquiler de la voluntad de una de las partes; esto no es una condición potestativa afectando el lazo mismo de la obligación; en efecto, el contrato no es menos obligatorio entre las partes por todo el tiempo durante el cual uno ú otro de los contratantes no lo ha anulado. (1)

*Núm. 2. De las condiciones positivas y negativas.*

67. Pothier establece esta división: "La condición positiva, dice, consiste en el caso en que alguna cosa puede suceder ó nó, como esta: "si yo me caso." La condición negativa es la que consiste en el caso en que alguna cosa pueda suceder ó nó, como esta: "si yo no me caso." El Código no ha reproducido esta clasificación, sin duda porque estas condiciones no necesitan ser definidas; se comprenden.

1 Lyon, 6 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 2, 220).

den por sí mismas para darles denominación. Veremos una aplicación en los arts. 1,176 y 1,177.

Hay otra división mucho más importante, la de las condiciones suspensivas y resolutorias. El Código trata separadamente, después de haber establecido los principios generales que rigen las condiciones. Seguiremos el orden del Código.

### § III.—DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES.

68. El art. 1,175 establece el principio que “toda condición debe ser cumplida de la manera que las partes han querido y entendido que fué.” Para comprender el sentido y el alcance de esta disposición, es preciso remontarse al antiguo derecho. Los doctores discuten sobre la manera que las condiciones deben cumplirse: ¿es preciso atenderse á los términos de los cuales las partes se han servido, y será preciso ver cuál ha sido su intención? La interpretación literal cuenta con numerosos partidarios; dicen que las condiciones deben ser cumplidas *in forma specifica* y entienden por esto que es preciso, en el cumplimiento de las condiciones, conformarse rigurosamente con los términos de los contratos que los contienen. Esta es la ley que los contratantes se han prescripto; se debe, pues, consultar el contrato y seguir literalmente lo que prescribe sobre el tiempo, sobre la manera y sobre las circunstancias del cumplimiento de la condición. No se debe agregar nada para hacerla más difícil, ni tampoco se debe omitir ni cercenar nada de lo que se haya explicado en el contrato; el cumplimiento de la condición debe ser precisamente de la manera y en la forma prescriptas.

Otros intérpretes dicen que el espíritu debe tomarse al pie de la letra. Como las lenguas son imperfectas, dicen, y los redactores rara vez ponen cuidado en las consecuen-

cias de las expresiones de que se sirven, la interpretación literal de los términos de la condición destruye, en lugar de seguirla, la voluntad de los contratantes. Se concluye que el principio en que las condiciones deben ser cumplidas *in forma specifica*, está sujeto á muchas excepciones, lo que ocasiona una multitud de dificultades. (1)

Los dos sistemas son muy absolutos. Hay error en querer resolver *á priori*, dificultades de hecho que tienen la intención de las partes contratantes. No hay, pues, otra regla general que buscar, que la averiguación de la intención de las partes. Esto es lo que dice el orador del Gobierno. (2) Falta saber como se puede conocer esta intención. Se debe aplicar lo que hemos dicho sobre la interpretación de los convenios. (3) Cuando la voluntad de las partes está expresada claramente por el escrito que han levantado, es preciso atenderse estrictamente al contrato. Siempre es peligroso, dice Toullier, desviarse del sentido natural de los términos de una escritura, porque estos términos son los que expresan la intención. Cuando los términos son claros, la intención es manifiesta; desviarse de los términos para investigar la intención, sería separarse de la voluntad cierta por una voluntad más ó menos incierta; porque fuera de los términos de una escritura, es siempre muy difícil conocer la intención de las partes.

69. Según este principio, conviene decidir la cuestión de saber si la condición puede llenarse por equivalente. La intención decidirá, y ella se manifiesta por las cláusulas del contrato. Cuando la escritura determina la manera, el tiempo y las circunstancias de la condición, el juez no podrá cambiar nada, porque los contratos son leyes

1 Toullier, t. III, 2, pág. 372, núms. 586 y 587.

2 Exposición de los Motivos núm. 64 (Loché, t. VI, pág. 158).

3 Véase el tomo XVI de estos Principios, pág. 663, núms. 502 á 505.

que el juez es llamado á cumplir y que no tiene derecho de modificar. Tampoco se podrá invocar la falta de interés, porque es á las partes á quienes corresponde velar por sus intereses, y cuando lo han hecho, esta apreciación se vuelve una ley que el juez debe respetar; sobre todo, cuando la condición es casual, la voluntad de las partes no entra para nada en el cumplimiento de una condición que depende del acaso ó de la voluntad de un tercero; no hay, pues, que interpretar la voluntad, la condición deberá cumplirse tal cual ha sido prevista por las partes. Estando las condiciones potestativas al arbitrio de las partes, dejan un lugar á la libertad humana y es conveniente entonces, ver lo que han querido; el juez decidirá aplicando los principios que rigen la interpretación de los contratos. (1) Ya hemos dicho que en los legados se contentaban en otro tiempo con la buena voluntad del que debía llenar la condición, mientras que en materia de contratos, eran más severos. Esta diferencia no existe ya: toda condición es seria, y no lo sería si la buena voluntad fuera suficiente para reputarla concluida. Poco importa, pues, que no haya ninguna falta que reprochar al que la debe cumplir, y no importa, tampoco, que un caso fortuito ó una fuerza mayor le impida cumplir la condición; sucede siempre, que la condición no es llenada, y por consiguiente no hay obligación. La falta y el caso fortuito se tienen en consideración cuando se trata del cumplimiento del convenio; más cuando la obligación es condicional, no se sabe si hay una obligación, las partes no quisieron ligarse más que bajo condición, y por consiguiente, no están ligadas si la condición no se cumple. (2)

1 Larombière, t. II, págs. 92 y 95 (art. 475), núms. 2 y 7 (Ed. B., t. I, págs. 355-356) Durantón, t. XI, pág. 53, núm. 48.

2 Larombière, t. II, pág. 105, art. 1,175, núm. 23 (Ed. B., t. I, pág. 359).

70. Pothier asienta en principio, que el cumplimiento de las condiciones es indivisible, aun cuando lo que hace el objeto de la condición tenga algo de divisible, y pone este ejemplo. Por una transacción alguno se obliga á dejarme una herencia, bajo la condición de que yo le doy una suma de 10,000 francos. La condición tiene por objeto una cosa divisible; sin embargo, el cumplimiento de la condición es indivisible en el sentido de que la obligación queda en suspenso hasta el cumplimiento total de la condición, sin que el cumplimiento parcial pueda hacer nacer otra obligación parcial. Los autores modernos admiten esta solución, la aplican al caso en que el que debe cumplir la condición, llega á morir dejando muchos herederos, no bastaría que uno pagase una parte de la suma para tener derecho á una parte de la herencia. (1) ¿Por qué es indivisible la condición, al tiempo de la obligación, si fué pura y simple, puesto que tiene por objeto cosas divisibles, una herencia y una suma de dinero? La razón es que la condición suspende la existencia de la obligación; yo no estoy ligado sino cuando la condición es cumplida; se necesita, por tanto, que se cumpla tal como yo la he estipulado; y yo no estoy obligado más que bajo la condición del pago de una suma de 10,000 francos; si esta suma no se me paga, la condición no se cumple, y por tanto, yo no estoy obligado.

¿Estas decisiones no son demasiado absolutas? La cuestión de saber si la condición puede cumplirse en parte, es una cuestión de intención, como todo lo que se refiere al cumplimiento de las condiciones. Nada, pues, puede decidirse á "priori," ni para la indivisibilidad, ni para la equivalencia: estas son cuestiones de hecho. Solamente es cierto, que de ordinario la intención de las partes excluye la

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 215. Demolombe, t. XXV, pág. 320, núms. 336 y 337.

equivalencia ó la divisibilidad. En este sentido la doctrina de Pothier es exacta, pero bajo el punto de vista de los principios, debe sostenerse la regla formulada por el art. 1,175; el juez decidirá si la condición, así como la obligación, pueden dividirse.

71. ¿Las condiciones pueden cumplirse útilmente después de la muerte de las partes contratantes? No hay duda alguna en cuanto á las condiciones casuales. Nosotros contratamos para nosotros y para nuestros herederos; el contrato condicional pasa, pues, á nuestros herederos, (art. 1,179) es decir, que la condición puede cumplirse respecto de los herederos, lo mismo que entre las partes que han formado el contrato. Otra cosa es en los legados; estos llegan á caducar cuando el legatario muere antes del cumplimiento de la condición: el legado no puede aprovechar sino aquel que el testador ha querido gratificar.

¿Este principio se aplica á las condiciones potestativas? Debe distinguirse. Cuando la condición existe en un hecho personal al que debe cumplirlo, es cierto que falta por su muerte. Pero si el hecho puede ser prestado por el heredero lo mismo que por su autor, no hay razón para que la condición no pueda cumplirse por él, se queda bajo el imperio del principio general establecido por el art. 1,179. Estas decisiones están siempre subordinadas á la regla fundamental del art. 1,175: cuando las partes han expresado su intención debe seguirse. Si pues es cierto que han querido que la condición fuese cumplida por la persona designada, y no por otra, la condición será personal, y por tanto, no podrá cumplirse por los herederos, aún cuando el hecho fuese de tal naturaleza, que pudiese ser prestado por ellos. (1)

72. ¿La condición puede ser cumplida por un tercero?

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 208, Toullier, t. III, 2, página 374, núms. 590-593.

Pothier dá este ejemplo: "yo os compro una herencia, bajo la condición de que vuestro vecino se desistirá de un derecho de servidumbre que pretendió." La condición será cumplida si el sucesor del vecino dá su desistimiento. Esto sin decir que si en la intención de las partes, la condición debe ser cumplida por aquél á quien el contrato le impone, un tercero no podrá prestar el hecho, se aplica lo que acabamos de decir de los herederos. (1)

73. ¿En qué tiempo debe cumplirse la condición? Según el art. 1,166 debe distinguirse. "Cuando una obligación es cumplida bajo la condición de que llegará un suceso en un tiempo fijo, esta condición falta cuando el tiempo espira sin que llegue el suceso." El tiempo en que según el contrato el suceso debe llegar, forma parte de la condición, y, por tanto, para que la condición sea cumplida se necesita que el suceso llegue en el plazo fijado. Si el plazo pasa sin que el suceso llegue, la condición no puede realizarse tal como se había previsto, y faltando el contrato no puede formarse. Cuando la obligación se contrae bajo la condición negativa de que no llegaría tal suceso en un tiempo fijo, esta condición se cumple cuando el tiempo pasa sin que el suceso llegue (art. 1,178). Aun cuando el suceso llegase después de la espiración del plazo fijado, esto no impediría que la condición se cumpliera, porque el término es un elemento esencial de la condición, y, por tanto, después de la espiración del término, no puede cumplirse el hecho negativo. El art. 1,178 agrega que si antes del término se sabe que el suceso no llegará, la condición se cumple inmediatamente, sin que deba atenderse á que el término espere; siendo cumplida la condición, es inútil decir que no faltará.

Los arts. 1,176 y 1,177 deciden que la condición falta ó

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 207.

se cumple por el solo hecho de la espiracion del término fijado. Se ha pretendido que se necesita además constituir en mora. Este es un error que la Corte de Casacion ha condenado. (1) La constitucion en mora supone una obligacion contraida que el deudor no cumple en el plazo fijado; esto no basta para constituirle en mora; hemos dicho en otra parte por qué el fijar un término no basta para que haya demora. Otra es la cuestion de saber si una condicion es cumplida, ó si falta esto, se decide por las cláusulas del contrato.

74. ¿Qué debe decidirse si no hay tiempo determinado por el contrato? El Código distingue entre la condicion afirmativa y la condicion negativa. Cuando se contrae la obligacion bajo la condicion de que llegará un suceso, sin que haya un tiempo fijado, la condicion puede siempre ser cumplida, y no falta sino cuando se sabe de cierto que el suceso no llegará (art. 1,176). Si la condicion es negativa y no hay tiempo determinado, no se cumple sino cuando es cierto que el suceso no llegará (art. 1,177).

75. La aplicacion de estas disposiciones presentan graves inconvenientes, cuando se trata de un hecho que está en el poder del acreedor ó del deudor cumplir. Pothier preveé la cuestion; hace una restriccion á los principios que el Código ha tomado de él. Yo prometo á mi vecino darle una suma de 1,000 francos si derrumba un árbol que me perjudica; en este caso, yo puedo señalar aquél para quien me he obligado, para que el juez le fije cierto tiempo; en él cumplirá la condicion, y que si falta á cumplirla, yo quedaré sin obligacion. Lo mismo si mi vecino se obliga á darme 1,000 francos por no tirar un árbol que me perjudica, el que se obliga bajo esta condicion puede ser designado, como para decir que estará obligado á pagar los

1 Denegada casacion, 22 de Mayo de 1855 (Daloz, 1856, 1, 171).

1,000 francos si destruye el árbol en el plazo que se le fije por el juez. Pothier juzga que esta decision no pareció sin dificultades á los jurisconsultos romanos; sigue la idea de los sabinianos que le pareció más conforme con el espíritu y la claridad del derecho francés. (1) ¿Pueden admitirse estas restricciones bajo el imperio del Código Civil? La cuestion es controvertida. La equidad, sin duda, habla por la doctrina de Pothier, pero la equidad no permite derogar la ley. Se puede admitir que los autores del Código han tomado de Pothier la regla, y no han reproducido la excepcion que él hace. ¿Se dirá que resulta de la intencion de las partes contratantes? Si han expresado esta intencion, no hay cuestion, pero si han guardado silencio, no puede tratarse más que de una voluntad presumida, y en materia de condiciones, no pueden admitirse presunciones. Inútilmente se dice que el juez puede interpretar libremente los contratos de las partes, puesto que ya no existe el formalismo romano de la estipulacion. Nosotros respondemos que hay un obstáculo mayor que el indicado; no pueden modificarse las condiciones, ni agregar ó restringir, porque está ligado por la ley que las partes se han hecho. Los jurisconsultos romanos, y también Pothier, pudieron decidir en equidad, puesto que no estuvieron ligados por un Código de leyes; ahora el juez, no puede ni derogar la ley, ni derogar los contratos de las partes por consideraciones de equidad, y es derogarlos, hacer restricciones que las partes no han hecho. (2)

76. En los términos del art. 1,178, "la condicion se reputa cumplida cuando el deudor está obligado bajo la con-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 209 y 211.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 391, núms. 623-628. Larombière, t. II, pág. 121, art. 1,177, núm. 9 (Ed. B., t. I, pág. 365). En sentido contrario, Duvergier sobre Toullier, t. III, 2, pág. 392, nota. Colmet de Santerre, t. V, pág. 155, núm. 96 bis 2<sup>o</sup>.

dición que ha impedido el cumplimiento." Cuando las partes estipulan una condición, el deudor tiene un derecho subordinado á la llegada de un suceso, y este suceso puede llegar, y puede también no llegar. La suerte que el acreedor tiene, no debe quitársele por el deudor, porque así su derecho dependería del deudor; es decir, no lo tendría. Así, pues, cuando por su hecho el deudor pide el cumplimiento de la condición, lesiona el derecho del acreedor, causándole un daño que está obligado á reparar. ¿En qué consisten estos daños y perjuicios? Deben consistir en la separación del daño que el acreedor sufre por la pérdida de la suerte que tuvo, debiéndose, por tanto, valuar esta suerte en el momento en que el vendedor es privado; esta apreciación es sumamente difícil, y el legislador mismo la valúa diciendo que será igual al importe de la obligación; reputándose cumplida la obligación, el acreedor podrá perseguir el cumplimiento. Esta decisión es muy favorable al acreedor, porque asemeja su derecho incierto á un derecho cierto; y también muy severa para el deudor porque es una especie de pena; sin embargo, la ley no exige que el deudor tenga culpa, basta que por su "hecho" haya impedido el cumplimiento de la condición. Nos parece que esto es demasiado riguroso y que mejor hubiese sido sostener los principios generales sobre los daños y perjuicios. (1)

Pothier, de quien han tomado los autores del Código el

1 Compárese Larombière, t. II, pág. 139, núm. 2 del art. 1,178 (Ed. B., t. I, pág. 372). Colmet de Santerre, t. V, pág. 156, núm. 97 bis, 1°. Demolombe, t. XXV, pág. 332, núm. 349. Véanse las aplicaciones en una sentencia de Bruselas del 8 de Abril de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2. 83), y en una sentencia de casación del 6 de Agosto de 1866 (*Dalloz*, 1866, I, 373). Esta última decisión es notable: la Corte casó, aun cuando la sentencia atacada hizo constar que el deudor no impidió el cumplimiento de la condición por su "mala voluntad." Pero se probó por la misma sentencia que lo impidió por su "hecho," y la ley no exige la "mala voluntad" del deudor.

principio, parece exigir que el hecho del deudor constituya cierta culpa. Supone que es indirectamente y "sin deseo" como impide el cumplimiento; en este caso, decide que no puede decirse que es por el derecho del deudor por lo que no se ha cumplido la condición. Por ejemplo, un testador á quien yo heredé, os ha legado una casa si dentro del año que sigue á su muerte, dais al acreedor de Pedro una suma. Siendo vuestro acreedor, yo embargo vuestros bienes y os pongo en situación de que no podais pagar la suma ni cumplir la condición, bajo la cual sois legatario. El embargo, dice Pothier, no ha sido hecho con la intención de impedir<sup>o</sup> cumplir la condición, yo no he tenido otro objeto que exigir por una via legitima lo que me debéis. (1) Esta última razón es la que, á nuestra vista, justifica la decisión de Pothier. Yo tuve el derecho de exigir mi pago, y quien hace lo que tiene derecho de hacer, no está obligado á reparar el daño que cause; y como la decisión del art. 1,178 es en el fondo la reparación de un daño, no hay lugar de aplicarlo cuando el hecho del deudor que ha impedido el cumplimiento de la condición, es el ejercicio de ese derecho. Se sigue de ahí que el art. 1,178 no es aplicable cuando el deudor se obliga por su parte, bajo una condición potestativa; éste tiene el derecho de no cumplir el hecho que debe impedir la llegada de la condición, y, por tanto, no puede estar obligado á las consecuencias de su hecho. (2)

El art. 1,178 suscita también una dificultad de prueba. Está probado que el deudor ha impedido el cumplimiento de la condición. ¿Se necesita, además, que el acreedor pruebe que la condición se hubiera cumplido sin el obstáculo que el deudor ha puesto? La negativa es cierta: no

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 212.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 157, núm. 97 bis, II. Demolombe, t. XXV, pág. 332, núm. 250.

puede imponerse al acreedor una prueba que la ley no exige. (1) Pero el deudor sería admitido á probar que la condición no se hubiera cumplido aun cuando no hubiera puesto el obstáculo. En este caso, su hecho no causa daño al acreedor; éste realmente no tiene derecho, puesto que la condición hubiera faltado, y, por tanto, no puede ser cuestión de indemnización por la pérdida de su derecho.

77. ¿Se reputa cumplida la condición si el cumplimiento es impedido por una fuerza mayor, ó por el hecho de un tercero? Nó, la ley no lo dice, y esto no resulta de los principios. El azar juega un papel en las condiciones, puesto que la incertidumbre es de su esencia y aprovecha tanto á uno como al otro; si la condición no se cumple, el deudor queda libre por la suerte, y por tanto, el acreedor no puede valerse de un caso fortuito que hace que no haya deuda. Tal es también la tradición; (2) la cosa es tan evidente, que creemos inútil insistir.

### § III.—RETROACTIVIDAD DE LAS CONDICIONES.

78. “La condición cumplida tiene su efecto retroactivo al día en que la obligación se ha contraído” (art. 1,179). ¿Por qué y en qué sentido la condición tiene efecto retroactivo? Cuando la condición es resolutoria, la voluntad de las partes es que sus obligaciones sean resueltas si la condición se cumple, y su voluntad hace ley; pero la resolución supone que el contrato queda como si jamás se hubiera formulado. La retroactividad se funda, pues, en este caso, en la intención de las partes contratantes. Debe ser lo mismo respecto de la condición suspensiva, porque la

1 Larombière, t. II, pág. 144, núm. 10 del art. 1,178 (Ed. B., t. I, pág. 373). Aubry y Rau, t. IV, pág. 70, nota 38 del pfo. 302.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 213 y 214. Aubry y Rau, tomo IV, pág. 69, nota 38 del pfo. 302.

condición es un elemento del contrato, y todo lo que concierne á los efectos de los contratos, depende de la voluntad de las partes contratantes. Para la condición suspensiva hay, sin embargo, una dificultad de principio, que suspende la existencia de la obligación; esto es lo que dice el art. 1,168; la obligación queda suspendida hasta que llegue el suceso. Así, pues, la obligación no se forma sino cuando la condición se cumple, ¿y si no se forma sino hasta este momento, por qué tiene efecto retroactivo? La razón está en que según los principios, como según la condición de las partes contratantes, el contrato debe tener efecto desde el momento en que las partes consienten, y ellas consienten cuando el contrato se forma y no cuando la condición se cumple. En este sentido es en el que el orador del Gobierno dice: “un contrato, por estar subordinado á una condición, no deja de ser una obligación, cuya condición sólo es una modificación, y, por tanto, es justo que su efecto remonte al día en que se ha contratado, cuando la condición se haya cumplido. (1) Debe agregarse que no es exacto decir que el contrato no se forma sino cuando la condición se cumple. Volveremos á tratar sobre este punto (núm. 87).

79. Puesto que la condición suspensiva, cuando se cumple, se retrotrae al día del contrato, se sigue que este existe con todos sus efectos, desde el día en que la obligación se ha contraído, y no desde el día en que la condición se cumple. Así, pues, desde que la condición se realiza, la obligación produce todos sus efectos, como si fuera simple, desde el momento que se ha contraído.

La condición resolutoria, cuando llega á cumplirse, produce la revocación de la obligación, y vuelve á poner las cosas en el mismo estado, como si la obligación no hubiese existido. Estos son los términos del art. 1,183.

1 Exposición de Motivos, núm. 65 (Loché, t. VI, pág. 158).

Falta deducir las consecuencias de estos principios. Aquí las dificultades abundan. El legislador ha descuidado reglamentar esta materia, y creemos que en el silencio de la ley, hay que atenerse estrictamente al principio de la retroactividad, tal como acabamos de formularlo; hay unos textos, el legislador ha hablado, y desde entonces el intérprete está ligado, y no le es permitido derogar la ley.

80. No hay dificultad alguna en lo que concierne á la trasmisión de la propiedad y los actos de disposición, que pueden hacer el deudor y el acreedor condicionales, mientras la condición está en suspenso.

Si la condición es suspensiva, la obligación está suspendida, dice el art. 1,168; y por tanto, si el contrato es translativo de propiedad, esta no será transmitida, la cosa continuará siendo de la propiedad del deudor condicional, y por consiguiente, tiene derecho de hacer actos de disposición como si no hubiese contrato. ¿Qué llegan á ser estos actos, cuando la condición se cumple? Esta tiene un efecto retroactivo al día del contrato, y por tanto, desde este día el acreedor llega á ser propietario, y el deudor deja de serlo; la consecuencia es, que los actos de disposición han sido hechos por quien no tuvo derecho de hacerlos, puesto que no era propietario, y por tanto, las enagenaciones y las concesiones de derecho real, caen. (1)

Dijimos que el deudor condicional queda propietario mientras la condición está en suspenso. Pero el acreedor tiene también un derecho sobre la cosa, derecho suspendido por una condición, pero que llegará á ser puro y simple y existirá desde el día del contrato si la condición se cumple. El acreedor, siendo propietario condicional, debe

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 71. Larombière, t. II, pág. 195, números 6-8 del art. 1,181 (Ed. B., t. I, pág. 393).

tener el derecho de hacer los actos de propiedad, bajo la misma condición; es decir, que los derechos que confiera, estarán afectados de la condición que afecta su propio derecho. El art. 1,125 lo dice respecto de la hipoteca: el que tiene sobre un inmueble un derecho suspendido por una condición, puede consentir una hipoteca sujeta á la misma condición. Lo que la ley dice de la hipoteca se aplica por igual razón á todos los derechos reales, especialmente á la propiedad, el más considerable de todos. ¿Qué llegan á ser estos actos de disposición? Serían válidos si la condición se cumpliera, puesto que la condición tiene un efecto retroactivo, y es que el acreedor condicional sería propietario desde el día en que el contrato fué hecho, y es por tanto, quien tiene el derecho de disponer de la cosa, y los actos que hiciera serían plenamente válidos.

Llegamos á un resultado que parece singular á aquellos que ignoran el derecho, y es que el acreedor y el deudor condicionales tienen uno y otro el derecho de disponer de la cosa. Hay dos propietarios, uno y otro condicionales, el suceso decidirá quién ha sido propietario después del contrato, y, por consiguiente, cuáles son los actos de disposición válidos y cuáles son los que caen. La retroactividad tiene, pues, efecto respecto de terceros. Debe agregarse una restricción que resulta de nuestra nueva ley hipotecaria. Los actos translativos de derechos reales inmuebles no existen respecto de terceros, sino desde el día en que han sido inscriptos. Volveremos á tratar esta materia en el título "De las Hipotecas." (1)

81. Los mismos principios se aplican á la condición resolutoria. El acreedor tiene un derecho puro y simple, pero sujeto á resolución, y por tanto, un derecho de propiedad rescindible si se trata de un contrato translativo

1 Larombière, t. II, pág. 229, núm. 16 del art. 1,183 (Ed. B., tomo I, pág. 406). Colmet de Santerre, t. V, pág. 162, núm. 100 bis, 3°

de propiedad. Puede disponer de la cosa, pero los actos de disposición que haga, estarán sujetos á la misma rescisión que su derecho de propiedad. El art. 2,125, lo dice de la hipoteca, y el mismo principio se aplica por igual razón, á la concesión de toda especie de derechos reales. Si pues la condición resolutoria se cumple, la propiedad del acreedor será resuelta, así como los derechos concedidos por él á terceros, porque estos derechos han sido concedidos por una persona que jamás ha sido propietaria, y teniendo por efecto el cumplimiento de la condición, revocar el contrato y venir á poner las cosas en su antiguo estado, es como si jamás hubiera habido transmisión de propiedad.

¿El que ha vendido la cosa bajo condición resolutoria conserva algún derecho sobre la cosa? Recobran la propiedad, como si jamás hubiese dejado de ser propietario, si la condición resolutoria se cumple; y por tanto, tiene un derecho sobre la cosa, subordinado á la llegada de esta condición, es decir, conserva la propiedad bajo condición suspensiva, y por consiguiente, podrá disponer de la cosa bajo esta condición. Los actos de disposición que haga serán plenamente válidos si la condición resolutoria se cumple por efecto de la retroactividad de la condición, el propietario que enajenó, jamás dejó de ser propietario, y por tanto, pudo válidamente hacer actos de disposición.

Así, en caso de condición resolutoria, encontramos de inicio dos propietarios, uno bajo condición suspensiva y el otro bajo condición resolutoria, teniendo cada uno el derecho de hacer actos subordinados á la condición que afecta su derecho. Es, pues, el suceso de la condición el que decidirá cuáles actos son válidos.

82. ¿Debe aplicarse á los actos de administración lo que acabamos de decir de los actos de disposición? Si se atiende al rigor de los principios, la afirmativa no es dudosa. El art. 1,178 establece el principio de la retroactividad en

términos generales y absolutos sin distinguir entre los actos de propiedad y los actos de administración; la ley no prevé las consecuencias que se desprenden del principio. Esto es decisivo, ahí en donde la ley no distingue, no es permitido al intérprete distinguir, y cuando la ley dá un principio general, deben aceptarse todas sus consecuencias; admitir unas, y no admitir otras, es hacer excepción á la ley. ¿Hay que preguntar si el intérprete tiene este derecho? Esto sería darle el poder de hacer la ley cuando su misión se limita á interpretarla y aplicarla.

Nuestra idea es, pues, que si la condición suspensiva se cumple, los actos de administración hechos por el deudor condicional caen, lo mismo que los actos de disposición que hubiese hecho. Así, el acreedor condicional no estará obligado á respetar los arrendamientos que el deudor ha consentido. La opinión contraria es generalmente seguida: Vamos á examinar las razones sobre que se funda.

La retroactividad, dicen, es una ficción que bien puede producir efectos jurídicos, pero que no podría cambiar el hecho de la posesión. Mientras que la condición está en suspenso, el deudor posee, y como poseedor hace actos de administración; estos actos deben sostenerse puesto que la posesión no ha cambiado. Respondemos que se trata de una cuestión de derecho. Y desde luego, ¿en dónde está el dicho de que la retroactividad sea una ficción? Qué! la condición se retrotrae porque tal es la voluntad de las partes contratantes, se retrotrae porque tal es la esencia del contrato, que así lo exige, y se dirá que todo esto es una ficción! La condición suspensiva se retrotrae, y esto significa que el acreedor ha cesado de ser propietario después del contrato, y por tanto, después de este momento, queda sin título y sin derecho alguno para hacer cualquiera acto de administración; el hecho de la detención no le da

derecho alguno, y en realidad, no es como detentador como obra, sino como propietario. Y bien, por efecto de la retroactividad de la condición, ha dejado de ser propietario, y por tanto, no ha tenido el poder de hacer actos de administración, de donde se sigue que esos actos no son válidos.

Sostener los actos de administración aun cuando los actos de propiedad cambien, es hacer una excepción al principio de la retroactividad. ¿En dónde está escrita esta excepción? Se responde que la "posesión," siendo sostenida, deben considerarse como sostenidas las consecuencias naturales y racionales que se derivan y que desde entonces la ley, conforme á la intención "verdadera" de las partes, debe "presumirse" que haya "excepciones" á la retroactividad que previene. Negamos desde luego que el deudor condicional haya tenido la posesión al cumplirse la condición, y que lleguen á desaparecer sus derechos; tendrá la posesión por el acreedor condicional, y, por tanto, el hecho que se invoca, no es, pues, más que una simple detentación; ¿y ésta da el derecho de hacer actos de administración? Se invoca la intención "verdadera" de las partes y esto es olvidar que la retroactividad se funda también en la intención de las partes contratantes, pues estipulando una condición, ellas estipulan la retroactividad; ésta, con todos sus efectos, está, pues, escrita de mano de las partes en el contrato. ¿Cómo se hace valer una condición "probable," contra una condición "cierta?" Es tanto como decir que las partes escriben en su contrato la regla de la retroactividad y luego la derogan. Esta derogación sólo sería admitida si las partes la expresasen formalmente, pues no hay excepción tácita. Es un verdadero absurdo jurídico hablar de una "excepción presumida" que el legislador hubiera admitido según la voluntad "probable" de las partes.

Se pretende que el legislador ha hablado; el art. 1,673, consagra la distinción que hacen los autores entre los actos de disposición y los actos de administración; la ley hizo desaparecer unos y sostuvo los otros; lo que dice del pacto de retroventa, debe extenderse por identidad de razón á todas las condiciones. La fuerza de las cosas lo exige así, se necesita que alguno tenga el poder de administrar; ¿y quién ha de tener este poder sino el poseedor? (1) Nuestra respuesta bajo el punto de vista de los principios, es fácil y decisiva. Que el art. 1,178 comprenda en su sentido general los actos de administración, así como los actos de disposición, esto nos parece incontestable; el artículo 1,673 deroga, pues, la regla general; si no fuese una excepción, sería inútil, pues siendo la regla que los actos de administración permanezcan válidos, por qué la ley habría de disponer un caso particular? La disposición, por tanto, solo se concibe como una excepción, y con este carácter es de la más estricta interpretación. Inútilmente se dice que la excepción es una necesidad que debe admitirse bajo pena de hacer imposible la administración. Sin duda el legislador hubiera debido arreglar esta materia, pero que se haya descuidado hacerlo, debe concluirse que el intérprete puede cubrir el vacío haciendo la ley? Es cierto, después de todo, que es necesario admitir la excepción, si se quiere hacer posible la administración? Hay, en el caso, dos propietarios, (núm. 80) al mismo tiempo que es natural que obren de común acuerdo cuando deba hacerse un acto de administración. Los principios lo exigen y la equidad está conforme con el rigor del derecho. Yo vendo hoy un inmueble, bajo condición suspensiva; mañana lo doy en arrendamiento por veintisiete años; la condición se cumple; ¿el comprador estará obligado á respe-

1 Demolombe, t. XXV, pág. 380, núm. 398. Aubry y Rau, t. IV, pág. 72, nota 47 del pfo. 302.

tar un arrendamiento que le privará durante toda su vida del uso de la cosa que ha querido tener comprando el inmueble? Preguntaremos si este resultado está de acuerdo con la voluntad probable de las partes contratantes. ¿Se dirá que en caso de dolo, el comprador podrá demandar la nulidad de la venta? Aun esto es dudoso; si el vendedor tiene el derecho de arrendar, ¿podrá decirse que obró con dolo al hacer lo que tuvo derecho e interés de hacer? Por otra parte, puede ser de buena fe, y en este caso, el comprador tendrá que sufrir un arrendamiento que le causará grande perjuicio.

83. Aplicamos los mismos principios al caso en que el contrato se ha hecho bajo condición resolutoria. El comprador es propietario, y como tal, hace actos de administración. ¿Si la condición se cumple, permanecerán estos actos válidos, y el vendedor estará obligado á respetarlos? No, porque por el efecto de la retroactividad jamás ha sido propietario el comprador; las cosas vuelven á su antiguo estado, y quedan como si no hubiese habido venta. Así, pues, no es el comprador quien ha tenido el derecho de consentir los actos, es el vendedor. ¿Y cómo el vendedor, que solo ha tenido el derecho de admitir, ha de estar ligado por actos del comprador, aun cuando éste no tuvo el derecho de administrar?

La opinión contraria es generalmente seguida. Se dice que el vendedor, aunque después del cumplimiento de la obligación, consienta en no haber dejado de ser propietario; tampoco ha dejado voluntariamente la posesion y el giro de su casa entre las manos del comprador; de donde se sigue que este es un mandatario autorizado para hacer los actos de administración, especialmente los arrendamientos, sin los cuales, los inmuebles desocupados ó sin cultivo, sufrirían grandes deterioros. (1) Toda argumen-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 168, núm. 102 bis, III.

tación tiene algo de falso. No es exacto decir que el vendedor deja al comprador la posesion y la gestion de los bienes vendidos; nada tiene que dejarle, puesto que el comprador llega á ser propietario y tiene el derecho no solamente de administrar la cosa, sino también de enagenarla. ¿Se concibe que el que abdica la propiedad, dé mandato de administrar á aquél que llega á ser propietario? Sin duda, si la condición resolutoria se cumple, el comprador será reputado como si jamás hubiera sido propietario; ¿se dirá que en vista de esta eventualidad es por lo que el vendedor le da mandato? Esto es decir que el vendedor consiente en que el comprador haga los actos necesarios. ¿No es más fácil hacer la intervención en el arrendamiento que el comprador quiere hacer, á fin de que realmente consienta, en lugar de imaginar un mandato en el que ni ha pensado? Se invoca el art. 1,173, del cual se pretende hacer una regla general. Hemos respondido á la objeción (número 82); la regla está en el art. 1,178, y el art. 1,183 la reprodujo en los términos más enérgicos, diciendo que la condición resolutoria pone las cosas en el mismo estado, como si la venta no hubiese existido. Así, pues, el arrendamiento consentido por el comprador, debería desaparecer, y si el art. 1,673 lo sostiene, es por excepción, ¿y puede transformarse una excepción en regla general?

La jurisprudencia está conforme con la doctrina; las sentencias no discuten la cuestión, diríase que se trata de un axioma. Es de principio, dice la Corte de Lieja, que el cumplimiento de la condición resolutoria solo anula los actos de propiedad y no toca á los actos de administración hechos sin fraude. (1) ¿En dónde está escrito este principio? Esto es afirmar, no probar.

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 31, nota 75, pfo. 302. Debe agregarse Lieja, 20 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 364).

84. ¿Qué debe decidirse de los frutos percibidos por el deudor condicional, mientras está en suspenso la condición suspensiva, si ésta llega á cumplirse? ¿Debe restituirllos al acreedor? Esta cuestión es muy controvertida. En nuestra opinión sobre la retroactividad, la solución no es dudosa. El art. 547 expone el principio de que los frutos pertenecen al propietario por derecho de accesión. La ley admite excepciones á este principio, desde luego, en favor del poseedor de buena fe (art. 550), después en favor del heredero embargado, en concurso con los legatarios (artículo 1,005). Estas excepciones confirman la regla. Debe, pues, admitirse como principio incontestable, que en todos los casos en que la ley atribuye los frutos al propietario, pertenecen á éste. Esto decide nuestra cuestión. Cuando la condición se realiza, el vendedor condicional deja de ser propietario desde el momento de la venta, y siendo propietario el comprador, desde este instante por efecto de la retroactividad de la condición, los frutos le pertenecen; no hay excepción que quite los frutos al comprador que es propietario, para darlos al vendedor que no lo es; por tanto, hay lugar de aplicar el art. 547. Los frutos pertenecen al propietario, es decir, al comprador. (1)

Examinaremos los argumentos que se hacen valer en favor de la operación contraria. Se han dado algunas malas razones que han concluido por ser abandonadas; las señalamos, porque tienden á errores bastante grandes. El vendedor, dicen, posee como propietario, y, por tanto, como poseedor de buena fe; su propiedad desaparece por la llegada de la condición, pero la posesión, que es de hecho, no podría desaparecer; percibe, pues, los frutos, como poseedor de buena fe, en virtud del art. 550. (2) Hemos res-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 75, nota 62. Larombière, t. II, página 200, núm. 14 del art. 1,181 (Ed. B., t. I, pág. 395).

2 Toullier, t. III, 2, pág. 339, núms. 541 y 545. Troplong, *De la Venta*, t. V, núm. 60.

pondido anticipadamente á este argumento, explicando el art. 550. Otros invocan la tercera parte del art. 1,182: el vendedor, dicen éstos, soporta los deterioros ocasionados por los casos fortuitos, y, por tanto, debe también tener los productos de la cosa. (1) Razón doblemente mala; el artículo 1,182, como lo diremos más adelante, deroga precisamente la regla que exige que las ventajas sigan las pérdidas; por otra parte, esta disposición enteramente anómala, no puede extenderse.

Hemos llegado al único argumento que tiene algún valor. No se necesita, dicen, exajerar las consecuencias de la retroactividad: esto es una ficción, y una ficción no puede producir todos los efectos de la realidad. Examinemos la argumentación desde su punto de partida, que es falsa; la retroactividad no es una ficción, es una ley del contrato que el Código consagra como un principio; el derecho, por mejor decir, el deber del intérprete, es aplicarla en todas sus consecuencias. Y hay una de estas consecuencias que está escrita en la ley: el comprador es propietario en virtud de la retroactividad (art. 1,179), y, por tanto, los frutos le pertenecen (art. 547).

Se objeta que si se trata de una cosa que no produce frutos, el vendedor, bajo condición suspensiva, continúa usando el goce de la cosa sin deber gozarlo. Si la cosa debida es una suma de dinero, no debe los intereses, porque éstos no corren sino en virtud de una demanda, cuando no han sido estipulados. ¿Por qué ha de deber los frutos? ¿En dónde está la razón de la diferencia entre el deudor de una suma de dinero y el deudor de un inmueble? Nuestra respuesta se encuentra en el art. 547 que es formal. Resultarían sin duda inconsecuencias, puesto que el deudor gozaría y no gozaría de la cosa, según que tuviera

1 Durantón, t. XI, pág. 94, núm. 82.

frutos ó no los tuviera. El intérprete no es responsable de estas inconsecuencias, y á él no le toca corregirlas. (1)

M. Demolombe agrega argumentos que no hacen más que desvanecer la causa que defiende. (2) Es un hecho indestructible, dice, que el deudor tiene la posesión y el goce, mientras la condición está en suspenso; deben considerarse también como indestructibles las consecuencias que éste hecho produce; tal es la prescripción de frutos. Hay en esta argumentación una extraña confusión del hecho y del derecho. El deudor percibe los frutos; hé ahí el hecho que ningún poder humano puede destruir; nadie sueña en negarlo, ¿á quién pertenecen estos frutos? Hé ahí una cuestión de derecho, puesto que la ley la responde en el artículo 547, atribuyéndolos al propietario, y si hay lugar, al poseedor, debe, pues, dejarse ahí el hecho y decidir la cuestión en derecho según los textos. M. Demolombe invoca los arts. 856, 928, 958, 962, 1,652 y 1,682. Hemos dado la razón de la derogación al principio del art. 547, que el Código consagra en materia de donaciones, remitiéndonos á las disposiciones que conciernen á la venta. La cuestión es de saber si estos artículos establecen un principio, ó si derogan un principio; el art. 547 contiene la respuesta á la cuestión. Las disposiciones que se invocan son excepciones al art. 547, y por tanto, de estricta interpretación; esto es decisivo.

85. La condición resolutoria cuando es cumplida, pone las cosas en su antiguo estado como si el contrato no hubiese existido. Y si el contrato no hubiese existido, los frutos hubieran pertenecido al vendedor que ha enajenado la cosa bajo condición resolutoria. Así, pues, según el texto del art. 1,183, el comprador debe restituir los frutos

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 153, núm. 98 bis, 2º

2 Demolombe, t. XXV, pág. 382, núm. 400. En el mismo sentido, Valetle (Moullón, *Repeticiones*, t. II, pág. 540).

que ha percibido. (1) ¿Qué se dice en la opinión contraria? Se objeta el hecho de la percepción, hecho que la retroactividad de la condición no destruye. Hemos respondido ya á la objeción tratando de la condición suspensiva (número 84). ¡Cosa singular! Los editores de Zachariæ que rechazan la autoridad del hecho en la condición suspensiva, la admiten en la condición resolutoria. La contradicción en que incurren nos parece evidente. El vendedor bajo condición suspensiva, dicen, no puede invocar el contrato que intervino entre él y el comprador para autorizarle á percibir los frutos, porque el contrato se despoja de todos sus derechos de propiedad para el caso en que la condición llegue á cumplirse, y, por tanto, carece de título para percibir los frutos cuando la condición se realice; ¿no sucede lo mismo con el comprador bajo condición resolutoria? Nó, dicen MM. Aubry y Rau; éste percibe los frutos en virtud del título que le ha concedido el vendedor y la resolución del título deja subsistir los hechos regularmente cumplidos en el tiempo intermediario, cuando son compatibles con la retroactividad "restringida" que el art. 1,183 da al cumplimiento de la condición resolutoria. Esta distinción es contraria al texto y á los principios. ¿En qué está más "restringida" la condición resolutoria que la condición suspensiva? El art. 1,178 no distingue entre las dos condiciones, y el art. 1,183 es tan absoluto como es posible. "La condición resolutoria vuelve las cosas al mismo estado, como si la obligación no hubiese existido." ¿Cómo puede sostenerse en presencia de un texto tan formal, que el comprador bajo condición resolutoria percibe los frutos en virtud de un título que puede oponer al vendedor,

1 Larombière, t. II, pág. 260, núm. 45 del art. 1,183 (Ed. B., t. I, pág. 417), y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 81, nota 76 del pfo. 302.

aun después de la resolución de este título, aunque el título rescindido es como si no hubiese existido? M. Massé y M. Vergé niegan que la retroactividad destruya el derecho del comprador. Esto es negar el art. 1,183 y excluirlo del Código. (1) ¡Qué! La ley dijo que el cumplimiento de la condición resolutoria anula el título como si jamás hubiese existido, y se pretende que este título ha dado un derecho al comprador. ¿Un derecho puede salir de la nada?

Se citan también los artículos 856, 928, 957 y 960, que se dice, han consagrado el principio establecido por el derecho romano, y que suministran, los unos un argumento de analogía, y los otros un argumento "á fortiori," para las hipótesis que no están previstas. Como se vé, es la autoridad del derecho romano la que ha arrastrado á los editores de Zachariae. Si los autores del Código hubieran creído hacer una excepción general al principio de la retroactividad en lo que concierne á los efectos de la condición resolutoria, hubieran mencionado esta excepción en el art. 1,183, en lugar de formular los efectos de la rescisión de la manera más absoluta. Siendo los artículos que se invocan, disposiciones excepcionales, no pueden, ni por analogía, ni por argumentación "á fortiori," extenderse. No hay más que una derogación admisible, y es la que resulta de la voluntad de las partes contratantes; pero como se trata de derogar una regla general, esta voluntad debe ser expresa.

86. Hay una opinión extendida que admite una excepción á la retroactividad para la condición potestativa cuando se estipula en provecho del deudor. He aquí el ejemplo que dá Toullier, grande partidario de esta doctrina. El 1.º de Enero de 1873 vendo mi casa á Juan bajo es-

1 Massé y Vergé sobre Zachariae, t. III, pág. 381, nota 4. Massé *Derecho Comercial*, t. III, pág. 842, núm. 1,801.

ta condición: si voy á habitar un año á París. El 1.º de Marzo siguiente, vendo ó hipoteco mi casa á Pablo. Después el 1.º de Julio voy á habitar á París, es decir, cumpla la condición bajo la cual vendí á Juan la casa. ¿La condición producirá efecto retroactivo? En este caso la primera venta existirá desde el 1.º de Enero y por consiguiente la segunda caerá, puesto que por el efecto de la retroactividad, yo no soy propietario desde el momento en que la hice. A nuestra vista, la retroactividad no es punto dudoso; está escrita en el texto general absoluto del artículo 1179. Este artículo dice que la "condición" cumplida tiene un efecto retroactivo, y el artículo 1170 coloca la condición potestativa entre las condiciones cuya obligación puede ser afectada, y por tanto, diciendo que la condición cumplida tiene efecto retroactivo, el artículo 1179 dice virtualmente que la condición potestativa tiene un efecto retroactivo. Decir lo contrario cuando la ley dispone que la condición en general tenga efecto retroactivo, es hacer una excepción á la ley, y para esto sería necesaria una disposición expresa; y en el Código no hay ni excepción formal ni implícita, ni aun una disposición de donde pudiese sacarse un argumento por analogía. Así, pues, deben aplicarse los principios que rigen la interpretación de las leyes; ahí donde la ley no distingue, no es permitido al intérprete distinguir, y aun menos hacer una excepción á una regla general consagrada por el Código, porque esto sería hacer la ley.

Se invoca la tradición, el derecho romano y sus intérpretes más autorizados, Cujas, Voet, se invocan nuestros antiguos jurisconsultos; estos testimonios prueban contra los que los alegan. El antiguo derecho está abrogado y no puede servir mas que para explicar la nueva legislación, pero no para derogarla. Puesto que se supone que los autores del Código civil conocían la doctrina tradi-

cional, por haberla tenido á la vista para escribir el artículo 1,179, hubieran debido recordar la excepción, al mismo tiempo que consagraban la regla, y de la excepción ni una palabra dicen al formular la regla en los términos más absolutos. La tradición, en este estado de cosas, solo puede inducir á un error. Aunque estuviera fundada en los verdaderos principios, había que rechazarla, porque los autores del Código implícitamente la han rechazado. Hay más, las razones que dan los antiguos intérpretes son tales, que es imposible sostener su opinión sin ponerse en oposición con el texto del Código. Bomage, uno de los autores que se citan, dice que la condición "si yo voy á París" equivale á "si yo quiero;" de donde concluye que la obligación contraída bajo una condición semejante, es nula, lo que permite al vendedor que ha contratado bajo esta condición, vender la cosa á un segundo comprador, por no haber adquirido el primero derecho alguno en virtud de un contrato que depende de la voluntad del vendedor. Troplong reproduce esta argumentación, sin advertir que es una confusión evidente de la condición puramente potestativa del art. 1,174, y de la condición potestativa del art. 1,170. Sin duda, si la primera venta se hace bajo la condición "si yo quiero," será nula, según el art. 1,174, y no podía ser cuestión de retroactividad una condición ligada á un contrato que la ley declara nulo. Pero la venta hecha bajo la condición "si yo voy á París," es muy válida, pues el art. 1,170 no deja duda alguna sobre este punto, y, por tanto, la condición debe tener efecto retroactivo en virtud del principio general del art. 1,179.

Se opone el interés de los terceros y el interés del segundo comprador. ¿El vendedor puede quitarle ese derecho cumpliendo, después de la venta, una condición que solo depende de su voluntad? La respuesta á la objeción es muy fácil y decisiva. Antes de invocar el derecho del

segundo comprador, hay que ver si tiene algún derecho, y en el momento en que ha contratado con el vendedor, hubo ya una primera venta, condicional es cierto, pero que puede llegar á ser pura y simple por el cumplimiento de la obligación. Se sigue de ahí, que el segundo comprador contrata también bajo condición; es decir, que no puede comprar válidamente, si la primera venta no se cumple, es como si dijera: "Yo compro si no vais á París." Todo lo que el legislador debe hacer para asegurar los intereses de los terceros, es prescribir la publicidad de las transacciones sobre inmuebles; esto es lo que se ha hecho en Bélgica y en Francia. Hay aun un segundo error en la objeción que combatimos, y es que se supone que el vendedor tiene el poder de anular, por su sola voluntad, los derechos del segundo comprador. Esto sería cierto si la condición fuese puramente potestativa, pero no es cierto cuando la condición es potestativa en el sentido del artículo 1,170. (1)

#### § V.—DE LA CONDICION SUSPENSIVA.

##### *Núm. 1. Efecto de la condición cuando está en suspenso.*

87. ¿Cuál es el efecto de la condición suspensiva mientras está en suspenso? Es bastante difícil formular el principio de una manera precisa. El art. 1,168 dice que la condición suspende la obligación hasta que el suceso llegue; el art. 1,185 dice lo mismo, que la condición suspende la obligación. Es la obligación misma la que está suspendida, y, por tanto, aun no existe, pues en efecto, es incierto que llegue á existir, y no existirá si la condición no se

1 Demolombe, t. XXV, pág. 361, núm. 387. Larombière, t. II, pág. 171, núm. 10 del art. 1,179 (Ed. B., t. I, pág. 374). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 78, nota 66 y los autores que citan.

realiza; debe, pues, decirse que es la existencia de la obligación la que está suspendida, y resulta lógicamente que no hay todavía acreedor ni deudor. ¿Cómo había de haber acreedor cuando no hay crédito, y deudor cuando no existe deuda? Tal parece ser la doctrina de Pothier, que no hace más que reproducir una ley romana, diciendo que nada se debe hasta que la condición se cumple, y hay solamente una esperanza de que llegara á deberse. Así, Pothier dice que el acreedor condicional ningún "derecho" tiene antes del cumplimiento de la condición. (1)

Esto es demasiado absoluto; el Código no reprodujo el lenguaje riguroso de Pothier. El art. 1,179 da el nombre de "derechos" á lo que Pothier y los jurisconsultos romanos calificaron de "esperanza." Es cierto que el acreedor tiene más que una esperanza, tiene un derecho eventual; este derecho está en su dominio, lo transmite á sus herederos (art. 1,179), y puede cederlo: la ley lo autoriza á hacer todos los actos de conservación. Esto prueba que es expresarse de una manera muy absoluta, decir que la existencia de la obligación está suspendida; la obligación existe, puesto que produce un derecho eventual.

No es exacto decir solo, como lo hace el art. 1,181, que la obligación condicional no puede ser "cumplida" sino después del cumplimiento de la obligación. Es el término el que suspende el cumplimiento de la obligación (artículo 1,185); la condición suspende solamente el cumplimiento, sin que pueda decirse que suspende la existencia de la obligación. Esta existe, aunque no de una manera cierta, y existirá así cuando la condición se cumpla.

Este debate no es una discusión de palabras. Si fuese cierto que solo nace la simple esperanza de una obligación condicional, esta esperanza podría quitársela al acreedor

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 218 y 222.

una nueva ley, sin que hubiese retroactividad, pues no podría decirse que la ley le quitaba un derecho, si no tenía este derecho. Debe decirse, por el contrario, con el Código, que el acreedor tiene un derecho eventual; es cierto, pero no obstante adquirido, lo que le permite invocar el principio de la no retroactividad de la ley. (1)

### I. Derechos del acreedor condicional.

88. Siendo el efecto de la condición suspender la obligación, debe decirse que nada se debe mientras la condición no se cumpla. De donde se sigue que el acreedor no tiene acción contra el deudor, y en este sentido puede decirse que no hay acreedor ni deudor. El art. 2,257 contiene una consecuencia de este principio, y es que la prescripción no corre respecto de un crédito que depende de una condición, sino hasta que la condición se cumpla: la prescripción no puede extenderse á una acción que no existe. El motivo sobre que se funda la disposición del artículo 2,257 prueba que es extraña á las relaciones del acreedor con los terceros; si un tercero posee la cosa que es objeto del derecho condicional, la prescripción corre contra el acreedor, y no puede ya decirse que carece del derecho de obrar. No se trata de una acción contra el deudor, sino de saber si el acreedor condicional puede interrumpir la prescripción, y la afirmativa está escrita en el texto de la ley, como lo hemos dicho al tratar de los actos de conservación. (2)

89. El art. 1,180 dice: "El acreedor puede antes que la condición se cumpla, ejercer todos los actos de conserva-

1 Compárese Durantón, t. XI, pág. 84, núm. 72. Colmet de Santerre, t. V, pág. 157, núms. 98 y 100 bis, II Aubry y Rau, t. IV, pág. 70 y nota 40. Demolombe, t. XXV, pág. 339, núms. 356 y 357.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 71. Durantón, t. XI, pág. 82, número 71. Toullier, t. III, 2, pág. 334, núm. 528.

ción de su derecho." Pothier reconoce al acreedor el mismo derecho, aunque solo le concede una "esperanza." El lenguaje del Código es más exacto: un derecho convencional, aunque eventual, no puede quitarse al acreedor, en tanto que la esperanza propiamente dicha, se puede quitársele; tal es la esperanza del heredero presunto, sea en virtud de una ley, sea en virtud de un testamento. Así, el heredero presunto no tiene el derecho de hacer actos de conservación, en tanto que la ley dá al acreedor condicional este derecho.

¿Qué se entiende por actos de conservación? La expresión hace conocer la naturaleza de los actos que el acreedor tiene el derecho de hacer; éstos son los que tienden únicamente á conservar su derecho, sin que resulte cumplimiento alguno contra el deudor. Siguese de esto que la expresión tiene un sentido más limitado que cuando se trata de un acreedor puro y simple: éste tiene acción contra el deudor; puede, pues, hacer aún los actos de conservación que suponen un cumplimiento.

Hay actos cuya naturaleza no es dudosa. El acreedor condicional puede estipular una hipoteca para la garantía de sus derechos; la hipoteca debe inscribirse y la inscripción es un acto de conservación; la ley la llama así cuando se trata de privilegios, y las hipotecas, lo mismo que los privilegios, se conservan por la inscripción. Podría objetarse que la inscripción perjudica al deudor, porque disminuye su crédito; ¿y puede admitirse que el acreedor atente al crédito del deudor, cuando es incierto que haya un crédito? Respondemos que la inscripción hace conocer la existencia de la condición que afecta la obligación, y, por tanto, los terceros que contratan con el deudor, saben que sus bienes no están gravados sino de una hipoteca condicional, y si estipulan una hipoteca sobre éstos mismos bienes, serán privados por el acreedor condicional en el

caso en que la condición se cumpla; si ésta no se realiza, no hay obligación, y por consiguiente, tampoco puede haber inscripción; el deudor podrá demandar la cancelación. (1)

¿El acreedor condicional puede demandar que la escritura tenga su efecto? Hubo alguna deuda bajo el imperio del Código civil, porque todo fallo supone hipoteca judicial; la ley de 3 de Septiembre de 1,807, no permitía hacer la inscripción, sino después de la llegada de la condición. La hipoteca judicial no existe ya en nuestro derecho belga. Sólo resta el cumplimiento de la escritura que es considerada como una medida de conservación, en el sentido de que asegura al acreedor el derecho de obrar contra el deudor desde que la condición se cumple. (2) Sin embargo, nos queda alguna duda. La obligación condicional no dá acción contra el deudor, y el cumplimiento de la escritura es una acción. El acreedor puede intentar-la después del cumplimiento de la condición, sin que sus derechos se comprometan; el cumplimiento de la escritura, no conserva, pues, los derechos del acreedor y causa al deudor los perjuicios de un juicio, cuando es incierto que haya una deuda.

El acreedor no puede hacer acto alguno de cumplimiento, ni aun la oposición. En efecto, la oposición quita al deudor la facultad de disponer de su crédito y de percibir el importe: si este es un acto de conservación para el acreedor que embarga, respecto del deudor es más que un acto de conservación, puesto que le perjudica en cierto modo, por no disponer de una parte de su patrimonio, lo que solo puede hacerse en virtud de un crédito cierto. Otra es

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 74 y nota 53.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 160, núm. 99 bis, I.

la cuestión de saber si el acreedor condicional puede presentarse en el orden abierto para la distribución del dinero proveniente de una venta forzada, perseguida por otro acreedor. La afirmativa es cierta, pues se trata, en este caso, de conservar los derechos del acreedor condicional, porque si no se presentase, arriesgaría la pérdida de su crédito, y el dinero que le correspondiese, como se supone, cumplida la condición, sería atribuido sin derecho á otro acreedor. ¿La presentación le da también el derecho de percibir el dinero? No, porque su crédito está siempre suspenso, y el acreedor condicional no puede demandar ni obtener el pago de lo que no se le debe, sino después del cumplimiento de la condición. ¿Qué deberá hacerse con el dinero? El Tribunal puede ordenar el depósito en un establecimiento de crédito y puede también atribuirlo á los acreedores hipotecarios, posteriores al gravamen por aquél que los percibe en lugar del acreedor condicional, de dar caución para asegurar la restitución. (1)

90. Si el contrato condicional es translativo de propiedad, el acreedor adquiere una propiedad condicional. La ley reconoce esta propiedad, permitiendo al propietario conceder una hipoteca que, naturalmente, está sujeta á la misma condición (art. 2,125). Pero el acreedor no puede obrar como propietario definitivo, puesto que no lo es. Así, no podría descargar el inmueble de las hipotecas de que está gravado, pues la descarga tiene por objeto consolidar la propiedad en las manos del comprador, lo que supone que es propietario, y el comprador condicional no lo es todavía; no podría ni aun cumplir las condiciones de la exoneración, ¿cómo había de ofrecer su precio y obligar-

1 Durantón, t. XI, pág. 80, núm. 70. Colmet de Santerre, t. V, pág. 160, núm. 99 bis, II. Aubry y Rau, t. IV, pág. 74, nota 53 del pfo. 302. Demolombe, t. XXV, pág. 347, núm. 369 y pág. 348, número 370. Larombière, t. II, pág. 187, núm. 3 del art. 1,180 (Ed. B. t. I, pág. 390.

se á pagarlo cuando no es deudor del precio? Por la misma razón, el comprador condicional no puede demandar la devolución del inmueble que ha rescatado, cuando ha sido embargado por los acreedores de su deudor; en efecto, los acreedores tienen el derecho de embargar los bienes de su deudor y el inmueble vendido bajo condición suspensiva permanece en el patrimonio del deudor, y, por tanto, sus acreedores pueden embargar sin que el comprador condicional tenga el poder de poner obstáculo. (1)

## II. Derechos del deudor condicional.

91. El deudor condicional no debe, y, por tanto, si paga, paga lo que no debe. Pothier concluye de esto, que si el pago se ha hecho por error, el deudor puede repetir; el art. 1,186 lo dice implícitamente, disponiendo que lo que se ha pagado antes del vencimiento del término, no puede repetirse; la ley lo decide así por oposición á la condición que suspende la obligación, en tanto que el término retarda solamente el cumplimiento, y, por tanto, el que tiene un término, debe, y si paga, paga lo que debe, mientras que el que debe bajo condición, paga lo que no debe. (2) Volveremos sobre el punto de la repetición de lo indebido en el título "De los Cuasicontratos."

92. Si el contrato es translativo de propiedad, ésta no se transfiere sino bajo condición, y como la condición suspende la obligación, resulta que la transmisión de la propiedad está suspendida. El deudor queda, pues, propietario, y tiene todos los derechos relativos á la propiedad. El es, especialmente, el que ejerce las acciones posesorias y de petición concernientes á la cosa que es objeto del contrato. (3)

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 75, notas 57 y 58 del pfo. 302.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 218.

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 71. Larombière, t. II, pág. 197, número 8 del art. 1,181 (Ed. B., t. I, pág. 394.)

93. Del principio que el deudor condicional queda propietario, se sigue que los acreedores pueden embargar la cosa. Pero ¿qué obligaría á hacer el embargo y la adjudicación si la condición se realiza? Debe distinguirse: Si el embargo se practica por acreedores hipotecarios, anteriores á la enajenación, es decir, según la nueva legislación, anteriores á la inscripción de la escritura de enajenación, el embargo y la adjudicación podrían ser opuestos al comprador condicional, porque el derecho de los embargantes es anterior al del comprador, y éste no puede privarles enajenando el inmueble bajo condición, pues el comprador condicional recibe el inmueble en el estado en que se encuentra, y, por tanto, gravado de la hipoteca y sujeto consiguientemente á las acciones del acreedor hipotecario. Y así sería aun cuando la expropiación tuviera lugar en la instancia de un acreedor posterior; en efecto, el embargo practicado, no importa por cual de los acreedores llega á ser común á todos ellos desde el día en que se les ha notificado (Código de Procedimientos, art. 695 y 696). Si el embargo es perseguido por un acreedor posterior á la enajenación, y sin que haya acreedor hipotecario anterior, en este caso, el fallo de adjudicación no podría oponerse al comprador condicional después del cumplimiento de la condición, porque los acreedores posteriores no pueden perjudicar los derechos del acreedor condicional. (1)

94. Si el inmueble está gravado de hipotecas especiales de propietarios precedentes, el comprador condicional es un tercero detentador y tiene todos los derechos que pertenecen á los terceros detentadores. Puede conservar el inmueble, y puede también abandonarlo. La exoneración da lugar á alguna dificultad. Debe distinguirse si hay puja y adjudicación ó si no hay puja. Si no la hay, la

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 72 y nota 48.

exoneración se persigue, ó, mejor dicho, se cumple; es decir, que si la condición se realiza, el comprador recibirá el inmueble libre de todo gravámen real. Si la exoneración es seguida de la puja, la adjudicación puede oponerse al comprador, porque se hace en virtud de un derecho anterior al del comprador. Lo mismo sucede en el caso de abandono del inmueble seguido de la adjudicación. (1)

95. Se supone que el deudor condicional es un simple poseedor, habiendo comenzado á prescribir. La prescripción seguirá corriendo después de la enajenación; ¿pero contra quien correrá? La dificultad es de saber si debe aplicarse el principio de la retroactividad. En nuestra opinión, la afirmativa es cierta. La retroactividad de la condición es un principio absoluto que debe recibir su aplicación en todos los casos que puedan presentarse. Si, pues, el comprador condicional es menor, y la condición se realiza, habiendo consentido el comprador haber poseído después del contrato, es contra él contra quien la prescripción habrá corrido, pero suspendida durante su menor edad. Se objeta que la prescripción se cumple contra el derecho de propiedad, y es el deudor condicional el propietario, y por tanto, en contra suya es como corre la prescripción. Esta objeción no ha tenido en cuenta la retroactividad de la condición. Inútilmente se dice que la retroactividad no debe perjudicar á los terceros ni prolongar en su perjuicio el tiempo de la prescripción. Respondemos que en esta opinión se prescinde de los efectos de la retroactividad; es decir, se distingue ahí en donde la ley no distingue lo que viene á derogar el art. 1,179; el intérprete no tiene este derecho. (2)

1 Larombière, t. II, pág. 196, núm. 7 del art. 1,181 (Ed. B., t. I, pág. 593). Aubry y Rau, t. IV, pág. 72, pfo. 302.

2 Durautón, t. IX, pág. 313, núm. 312; Larombière, t. II, página 204, núm. 16 del art. 1,181 (Ed. B., t. I, pág. 396). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 73 y nota 50 del pfo. 302.

### III. ¿Quién soporta los riesgos?

96. El art. 1,182 dice que la cosa que es materia del contrato queda á los riesgos del deudor, que no está obligado á entregarla sino en el caso del cumplimiento de la condición. De ahí la ley concluye que "si la cosa ha perecido del todo sin culpa del deudor, se extingue la obligación." En las obligaciones puras y simples, es el acreedor el que soporta los riesgos. ¿Por qué en las obligaciones condicionales, son á cargo del deudor? Esta es una disposición tradicional que nos viene del derecho romano y que se siguió también en nuestro antiguo derecho. Pothier dá la razón siguiente: "Cuando la cosa perece del todo antes del cumplimiento de la condición, ésta no puede ya cumplirse útilmente por el efecto, porque el cumplimiento de la condición no puede confirmar la obligación de lo que no existe, ni puede tampoco haber obligación sin una cosa que sea el objeto." (1) Los autores modernos reproducen la misma explicación formulándola de una manera más precisa. En el momento en que la cosa perece, ya no hay obligación, y aunque la condición se cumpla en seguida, la obligación no puede ya formarse, porque no hay ya cosa que pueda ser el objeto. Y si no puede ya haber contrato, debe aplicarse el principio de que la cosa perece para su dueño. (2) A nuestra vista, esta teoría está en oposición con los principios que rigen los riesgos, y con los principios que rigen la obligación condicional. ¿Por qué en las obligaciones puras y simples, el acreedor soporta los riesgos? Porque el deudor ha cumplido la obligación que le incumbe de conservar la cosa con los cuidados de un buen padre de familia, la pérdida fortuita le libra; y desde entonces el

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 19.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 338, núm. 538. Durantón, t. XI, página 86, núm. 74, pág. 87, núm. 76 y pág. 90, núm. 79. Colmet de Santerre, t. V, pág. 163, núm. 191 bis, I.

acreedor, por su parte debe cumplir su obligación, es decir, pagar el precio, si se trata de una venta. (1) ¿Por qué no aplicarían estos principios á la obligación condicional? ¿El deudor condicional no debe condenar la cosa que ha sido objeto del contrato? El art. 1,182 responde que el deudor se ha obligado por su culpa, pues está obligado á conservar la cosa; si llena su obligación, el acreedor debe también cumplir la suya. Hasta aquí no vemos ninguna diferencia entre la obligación pura y simple, y la obligación condicional; hay la misma razón para decidir que deberá tener la misma decisión.

Se alega que la obligación no se puede formar sin objeto desde el momento en que la condición se ha cumplido y se concluye que no ha habido jamás obligación. Esto es cierto en derecho romano y según la doctrina de Pothier, puesto que la obligación condicional no da sino una simple esperanza; se puede, pues, decir que hasta el cumplimiento de la condición no hay obligación, que solamente comienza en el momento en que la condición se realiza, y que este momento no puede llegar si la cosa ha perecido. ¿Se puede aun razonar así en nuestros principios modernos? Ya hemos contestado antes á la cuestión (núm. 87). No es exacto que el contrato se forma cuando la condición se cumple, se forma por el consentimiento mutuo; cuando la condición se realiza está formado; poco importa, por consiguiente, que la cosa haya perecido antes del cumplimiento de la obligación. Falta saber solamente, cuál será el efecto de la pérdida sobre las obligaciones de las partes contratantes; porque, bajo este concepto, según acabamos de decir, no hay ninguna diferencia entre la obligación condicional y la obligación pura y simple; en una y en otra, el deudor debe velar por la conservación de la cosa; en

1 Véase el tomo XVI de estos *Principios*, pág. 303, núm. 209.

una y en otra ha cumplido sus obligaciones cuando la cosa viene á perecer sin su culpa y se ha llenado su obligación, ¿por qué el acreedor no ha de cumplir la suya?

M. Demolombe tiene razón de criticar la opinión generalmente seguida; (1) mas dudamos que la explicación que él dá sea satisfactoria. Aprueba la disposición del artículo 1,182 y la justifica por la intención de las partes contratantes y por la equidad. También se ha invocado la equidad contra la regla que pone los riesgos á cargo del acreedor en las obligaciones puras y simples. Si el acreedor condicional no debe pagar el precio de una cosa que perece antes de cumplida la obligación, se puede decir otro tanto del acreedor puro y simple cuando la cosa perece antes de que él la haya entregado. Después de todo, la cuestión que disintimos es cuestión de derecho y debe ser decidida por razones de derecho.

97. Hasta aquí hemos supuesto que la cosa está enteramente perdida. Es preciso distinguir si solamente está determinada. "Cuando la cosa se ha deteriorado por culpa del deudor, el acreedor tiene derecho de rescindir la obligación ó de exigir la cosa en el estado en que estaba, con daños y perjuicios (art. 1,182)." Esta es la aplicación del principio de la condición resolutoria tácita. Cuando el deudor no cumple sus obligaciones, el acreedor tiene el derecho de demandar la rescisión del contrato ó de exigir el cumplimiento. Volveremos á tratar del principio explicando el art. 1,184. Es cierto que el deudor no cumple sus obligaciones cuando la cosa se deteriora por su culpa, pero su obligación consiste en conservarla con el mayor cuidado, y hay, por consiguiente, lugar á aplicarle el artículo 1,184.

Cualquiera que sea la pérdida que el acreedor tenga, que

1 Demolombe, t. XXV, pág. 402, núms. 425 y 426.

demande la rescisión ó que exija el cumplimiento del contrato, tiene derecho de reclamar daños y perjuicios. El artículo 1,182 parece no aprobar daños y perjuicios sino cuando se sostiene el contrato, tomando la cosa en el estado de deterioro en que se encuentra, y el art. 1,184 parece no aprobar daños y perjuicios, sino en el caso de rescisión del contrato. Es cierto que, en toda hipótesis, el acreedor que prueba un daño por culpa del deudor, tiene derecho á daños y perjuicios. Este es el derecho común, y la ley no ha querido, ciertamente, derogar, sino cuando la cosa ha perecido parcialmente por culpa del deudor.

Se pregunta en qué consistirán esos daños y perjuicios. La cosa está deteriorada por culpa del deudor por despreciable; si valia 10,000 francos y no vale mas que 8,000, el acreedor tendrá derecho á una disminución de precio de 2,000 francos si se trata de una venta. Se estima la cosa en cuanto á su valor, no en el que tenía al hacer el contrato, sino al tiempo de cumplir la condición, porque la cosa, tal cual estaba en ese momento, es como el deudor debe entregarla. Es también en ese momento cuando se debe considerar para estimar la ganancia de que el acreedor se ha privado, porque es también en el cumplimiento de la condición cuando el acreedor habría hecho la ganancia. (1)

98. "Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor puede escoger entre rescindir la obligación ó exigir la cosa en el estado en que se hallaba, sin disminución del precio" (art. 1182). Esta disposición es contraria al antiguo derecho. Pothier, después de haber dicho que el deudor condicional soporta el riesgo de la cosa cuando

1 Toullier, t. III, 2, pág. 339, núm. 510. Larombière, t. II, página 263, núms. 9 y 10 del art. 1,182 (Ed. B., t. I, pág. 400).

ésta perece enteramente, agrega: "Que si la cosa existe al cumplirse el tiempo de la condición, el cumplimiento de la condición tiene el efecto de que la cosa se debe en el estado en que se halla: el acreedor aprovecha el aumento efectuado en la cosa si lo ha habido, y sufre la disminución en el deterioro si este sucede sin culpa del deudor. (1) ¿Por qué los autores del Código se desvían de la opinión de Pothier? El orador de Gobierno dá los motivos:

"La decisión de la ley romana, dice Bigot-Prémeneu, que Pothier ha adoptado, no está de acuerdo con el principio según el cual, en el caso de la condición suspensiva no hay nada de "translación de propiedad." Debe quedar á los riesgos del deudor, aunque sea propietario cuando la cosa disminuye ó se deteriora, lo mismo que quedaría si pereciera. (2) Es un error creer que los perjuicios que resulten de que la cosa se deteriore ó perezca, son para el propietario; así es, cuando la cosa no ha sido objeto de una obligación. Mas cuando hay un lazo de obligación, la cuestión de los riesgos se decide según los principios que rigen la obligación; así es que el deudor puro y simple soporta el riesgo cuando está en mora, aunque haya dejado de ser propietario (art. 1,138). Es cierto que en caso de pérdida total, el deudor condicional soporta el riesgo, según la opinión general, porque la pérdida de la cosa impide que se forme el contrato; se dice que, en ese caso, no hay obligación y que, por consiguiente, se debe aplicar el principio: *Res perit domino*. (3) A nuestra vista, esta es una mala razón (núm. 96), que no debe recibir aplicación en caso de pérdida parcial. En efecto, la cosa aunque deterio-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 219.

2 Exposición de los Motivos, núm. 68 (Loché, t. VI, pág. 159).

3 Durantón, t. XI, pág. 90, núm: 80 y la mayor parte de los autores.

rada, subsiste; el contrato puede formarse, y se forma, siendo entonces inaplicable la máxima *Res perit domino*.

Hay algo de cierto en lo que dice el orador del Gobierno, que la cuestión de riesgos debe ser decidida lo mismo cuando hay pérdida total, que cuando solo es parcial; en efecto, no se comprende por qué la decisión difiere según que la cosa haya perecido enteramente ó en parte. En nuestra opinión, esta especie de contradicción no existe. Aplicamos el art. 1,138 á la obligación condicional cuando hay caso fortuito; poco importa que éste haga perecer la cosa enteramente, ó la deteriore solamente; de todos modos, el acreedor es el que soporta el riesgo, mientras la ley lo pone á cargo del deudor. La decisión del Código está en oposición con el principio de la retroactividad: cuando la condición se ha cumplido, la obligación es pura y simple, y desde ese momento se debe aplicar el principio que el caso fortuito libra al deudor.

Se ha hecho otro reproche á la decisión del Código, que hace soportar los riesgos al deudor, mientras que el acreedor aprovecha el aumento que pueda haber. Este reproche es fundado, aunque lo diga el orador del Gobierno. Bigot-Prémeneu pretende que el deudor que, bajo una condición suspensiva, está obligado á dar una cosa, ha renunciado por esto mismo al aumento accesorio para el caso en que la condición se cumpla. La equidad y el buen sentido rechazan semejante presunción. ¿Qué, yo vendo bajo la condición de soportar el riesgo, velando por la conservación de la cosa y, después, consiento en que el aumento del valor aproveche al comprador! Esto no puede ser.

Se ha ensayado justificar, ó por lo menos, explicar la disposición del art. 1,182, que la mayor parte de los autores critica. Los redactores del Código, dicen, no quisieron sacrificar á la lógica, principios de una solución que

les pareció más simple y más natural, y prefirieron poner el riesgo parcial á cargo de aquel de los contratantes que soporta el riesgo total. (1) Esto es lo que Bigot-Préameu había dicho ya. El argumento es también un razonamiento teórico. Hay error en deadeñar la teoría: ¿qué otra cosa es si no nuestra ciencia de derecho? Sucede, sin duda, al legislador francés que decide con equidad más bien que según el rigor de los principios, y hay razón. Mas en nuestro debate no vemos lo que la equidad gane sacrificando el deudor al acreedor.

99. Se pretende saber lo que debe entenderse por "deterioro." La ley prevé dos casos: aquél en que la cosa "perece enteramente" y el en que solo es "deteriorada;" el deterioro es, pues, una pérdida parcial, ó lo que la ley llama una "depreciación" (art. 2,131). Una simple depreciación no será un deterioro, y, por consiguiente, no dá lugar á la aplicación del art. 1,182. La Corte de Casación juzgó en esta materia que la depreciación no es suficiente para autorizar al acreedor á demandar la rescisión del contrato, es preciso que la sustancia de la cosa sea alterada esencialmente, es decir, que haya pérdida parcial; el deterioro es, pues, permanente mientras que la depreciación es pasagera, debida á sucesos políticos ó á crisis industriales. (2)

Otra es la cuestión de saber si el deterioro debe ser considerable ó si una mínima depreciación es suficiente para que el acreedor pueda demandar la rescisión del contrato. Durantón dice que la ley debe entenderse en un sentido razonable: si, pues, los deterioros no son de importancia relativamente á la naturaleza total de los objetos del con-

1 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 165, núm. 101 bis, III seguido por Demolombe, t. XXV, pág. 412, núm. 437.

2 Denegada casación, Sala Civil, 26 de Mayo de 1851, 1 (Dalloz, 1851, 134).

trato, por ejemplo, un pequeño pedazo de tierra llenado por las aguas, el comprador no tendría derecho de obrar en retroactividad, ni aun de demandar una disminución del precio, porque también hubiera podido aprovecharle el aluvión. M. Larombière critica esta decisión, y tiene razón: ¿Qué es eso de un deterioro mínimo? ¿No es esto introducir en la ley una distinción que ella ignora? ¿Y esta distinción no pone al acreedor al arbitrio del Magistrado? Sin embargo, M. Larombière admite una restricción: es preciso, al menos, dice, que los deterioros sean apreciados jurídicamente, y en esta apreciación, es equitativo y justo tener en cuenta, para compensar con los deterioros habidos, las mejoras producidas. M. Demolombe agrega: *de minimis non curat plector*. (1) La equidad, sin duda, aboga por esta opinión; en derecho, preferimos atenernos á la decisión de la Corte de Casación: no porque la pérdida es parcial, la cosa está más entera, hay una depreciación, y, por consiguiente, hay lugar á rescisión. En teoría habríamos preferido la distinción que el Código hace en materia de garantía: "Si el comprador sufre la evicción por una parte de la cosa, y que sea de tal consecuencia, relativamente al todo, que el comprador no pueda adquirir sin la porción, por la cual ha sufrido evicción, puede hacer rescindir la venta," (art. 1,636). Mas el art. 1,182 no hace ninguna distinción, y es preciso atenerse rigurosamente al texto de la ley.

Núm. 2. Efecto de la condición suspensiva cuando falta. (R)

100. La ley no dice cuál es el efecto de la condición cuando falta. Es que el efecto resulta de la naturaleza misma de la obligación condicional. Las partes, tratando

1 Durantón, t. XI, pág. 93, núm. 80. Larombière, t. I, pág. 212, núm. 7 del art. 1,182 (Ed. B., t. I, pág. 399). Demolombe, t. XXV, pág. 419, núm. 442.

bajo condición, hacen depender la obligación del cumplimiento de la condición; en consecuencia, si la condición falta, no hay obligación. De ordinario las partes no hacen ningún acto de cumplimiento, en tanto que la condición está en suspenso; en este caso, el contrato no produce jamás efecto, y las partes son consideradas como si no hubieran tratado. Si el acreedor había estado en posesión, deberá restituir la cosa con todo lo que percibió; deberá restituir los frutos aunque haya estado en posesión y aunque el hecho de la posesión no pueda ser borrado. Mas el hecho de la posesión no da derecho á los frutos. Se aplicará el art. 547, en cuyos términos los frutos pertenecen al propietario. Si el vendedor había tocado el precio, deberá igualmente restituirlo con los intereses. Hay lugar, en este caso, como lo dice M. Larombière, á establecer una compensación equitativa entre los intereses del precio recibido por uno y los frutos obtenidos por el otro? La ley no autoriza esta compensación y no sería nada equitativa, puesto que los intereses son generalmente mucho más elevados que el monto de los frutos. (1) Si el acreedor condicional había hecho actos de disposición ó de administración, estos actos serían nulos, porque aun cuando la condición falte, jamás la ha tenido el acreedor; todos los actos que ha dejado, son, pues, puros hechos que no pueden tener ninguna influencia en derecho.

*Núm. 3. Efecto de la condición cuando se ha cumplido.*

101. ¿Cuál es el efecto de la condición cuando se ha cumplido? La respuesta depende de saber cuál es el efecto de la condición suspensiva. ¿Suspende esta la existencia de la obligación? La suspende en el sentido que la obli-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 345, núm. 547. Larombière, t. II, página 198, núm. 10 del art. 1,182 (Ed. B., t. I, pág. 400).

gación no produce los efectos jurídicos que le son inherentes, no da acción al acreedor y el deudor no está obligado á cumplirla. Mas la existencia de la obligación no se suspende, en el sentido que el contrato se forme solamente cuando el contrato se cumpla. El contrato se forma por el concurso del consentimiento de las partes contratantes; porque este consentimiento interviene, no en el cumplimiento de la condición, sino en el del contrato. Hay más; no se puede decir que todos los efectos del contrato condicional, se suspenden hasta que la condición se cumple; el deudor debe velar por la conservación de la cosa, durante el tiempo que la condición está en suspenso, si la cosa se deteriora por su culpa, él soporta el riesgo. No es, pues, exacto que el contrato condicional no es perfecto, sino hasta que la condición se cumple; en ese caso es cuando debe reunir todos los elementos esenciales á su formación. (1) ¿El acreedor y el deudor deben consentir desde el momento en que la condición se realiza? Nó, ciertamente; la ley misma lo dice, puesto que decide que si el acreedor muere durante el tiempo en que la condición está en suspenso, sus derechos pasan á sus herederos. Hay, pues, derechos; y cómo podría haberlos si el contrato no estuviera formado? Es preciso limitarse á responder á nuestra cuestión que cuando la condición se ha cumplido, el contrato es puro y simple y produce todos los efectos que le son inherentes.

102. Pothier explica de diferente manera. Parte del principio que el acreedor condicional no tiene ningún derecho de crédito formado antes de la existencia de la condición, que no tiene más de una simple esperanza. Ya hemos dicho antes que el Código no admite esta teoría. Antes del cumplimiento de la condición, el acreedor puede

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 165, núm. 101 bis, II. En sentido contrario, Demolombe, t. XXV, pág. 354, núm. 378.

ejercer los actos de conservación de su derecho, puesto que lo tiene, y que lo transmite á sus herederos si muere durante el tiempo que la condición está en suspenso. Pothier admite también este efecto de la obligación condicional uniéndola á la retroactividad de la condición; por medio del efecto de retroactividad de la condición, dice, el derecho será tenido como adquirido en el tiempo del contrato, y, por consiguiente, haber sido transmitido á su heredero. (1) Esto no nos parece exacto. Si es cierto, como lo dice Pothier, que el derecho de crédito se forma solamente cuando se ha cumplido la condición, se podrá decir que desde ese momento las partes deben consentir; entonces, ¿el contrato no podrá formarse si el acreedor ha muerto, y un contrato no formado puede pasar á sus herederos?

La retroactividad de la condición hace válidos todos los actos de disposición, administración y goce que el acreedor condicional ha hecho durante el tiempo en que la condición estaba en suspenso y, por el contrario, anula todos los actos hechos por el deudor condicional. ¿Se debe aplicar este principio á los arrendamientos? ¿y el deudor condicional debe restituir los frutos que ha percibido? Ya hemos examinado estas cuestiones ántes (núms. 80, 82 y 84.)

#### § V. DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

*Núm. 1. Efectos de la condición mientras está en suspenso.*

##### *I. Derechos del deudor condicional.*

103. El art. 1,183 dice que la condición resolutoria no suspende el cumplimiento de la obligación. Si la obligación debe ser cumplida, es porque existe; en cuanto á su exis-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 220.

tencia es pura y simple, y solamente la rescisión es condicional. Según los términos del art. 1,183, el acreedor está obligado á restituir lo que ha recibido; en caso de que el acontecimiento previsto por la condición llegue, el acreedor es, en ese sentido, deudor condicional.

La rescisión ó anulación del contrato produce también el efecto de que las partes deben restituirse recíprocamente lo que recibieron en virtud del contrato. Esto no es decir que deba colocarse en la misma línea la resolución y la anulación, como lo hace M. Larombière: (1) esto es una equivocación evidente. La resolución tiene lugar por la voluntad de las partes contratantes, es una ley del combate; mientras que la rescisión y la anulación suponen un vicio que inficiona la obligación y que la hace rescindible ó anulable. Las consecuencias de la resolución, de la rescisión y de la anulación, difieren también: la resolución obra de pleno derecho en virtud de la voluntad de las partes; la rescisión y la anulación deben ser demandadas en justicia y la acción debe formarse en diez años. La prescripción de diez años confirma las obligaciones nulas ó rescindibles, y no se concibe la confirmación en caso de resolución; el contrato resuelto de pleno derecho es considerado como si no hubiera existido jamás, y las partes son libres, sin duda, de renovar sus convenios; más esto será un nuevo contrato. Los principios que rigen la resolución y la rescisión ó la anulación, son enteramente diferentes, y se debe evitar la confusión.

104. El contrato hecho bajo condición resolutoria, siendo puro y simple en cuanto á su existencia, recibe su cumplimiento como si no hubiera condición, según dice el artículo 1,183. Se sigue de aquí que el comprador bajo con-

1 Larombière, t. II, pág. 276, núm. 65 del art. 1,183 (Ed. B., t. I, pág. 423).

dición resolutoria tiene todos los derechos que resultan de la venta y responde de todas las obligaciones que se desprenden. Puede demandar la entrega de la cosa vendida pagando el precio y adquiriendo los derechos de mudanza. (1)

105. El comprador tiene todos los derechos de un tercero detentador y puede exonerar el inmueble de los privilegios é hipotecas que lo gravan, pero esto da lugar á dificultades cuando la condición resolutoria se ha cumplido. Volveremos al título "De las Hipotecas," que es la base de la materia.

106. El comprador tiene por aplicación á este principio, todas las acciones posesorias ó de petición relativas á la cosa vendida; si él adquiere una parte indivisa en un inmueble, puede demandar la partición y proceder amistosamente ó en justicia y con más razón puede responder á una acción de partición.

107. Puede prescribir contra el vendedor propietario ó contra los que pudieran pretender derechos reales sobre el inmueble. El art. 1,165 lo dice del comprador con pacto de rescate; esta disposición no es más que la aplicación de un principio general. Que no se alegue que la obligación de restituir la cosa impide la buena fe: el comprador posee en virtud de un título translativo de propiedad, y tiene la seguridad de que este título procede del verdadero propietario; en este caso, tiene buena fe y podrá prescribir. (2) La prescripción es contra él puesto que es propietario. Mas ¿qué sucederá si su derecho de propiedad es resuelto y el antiguo propietario es considerado menor? ¿La suspensión quedará suspendida? La cuestión es con-

1 Véase sobre este último punto, á Dallo, en la palabra *Registro*, núms. 273, 274, 2,507, 3,106, 3,107, 3,775, 4,110 y 5396.

2 Larombière, t. II, pág. 228, núm. 12 del art. 1,183 (Ed. B., tomo I, pág. 406).

trovertida. A nuestra vista, la menor edad suspende la prescripción y es la consecuencia de la retroactividad. - Vemos en esto lo que se ha dicho antes sobre la cuestión idéntica que se presenta para la condición suspensiva (número 95).

108. El principio que rige los derechos del deudor condicional tiene excepción en el caso previsto por el artículo 1,751. En general, el comprador puede expulsar al arrendador cuando este no tiene escritura auténtica ó está sin dato cierto (núm. 1,743). Hay excepción para el comprador con pacto de rescate (art. 1,743). Volveremos á tratar sobre esto.

## II. Derechos del acreedor condicional.

109. El contrato hecho bajo condición resolutoria es puro y simple; mas la resolución es condicional. Se sigue de aquí que el comprador bajo condición resolutoria es deudor de la cosa bajo condición suspensiva, y, por consiguiente, el vendedor es acreedor bajo condición suspensiva. El vendedor tiene, pues, por este título, todos los derechos que pertenecen al acreedor condicional. Especialmente los actos de conservación puede hacerlos por un propio derecho (art. 1,180). Volveremos á ver lo que se ha dicho sobre los efectos de la condición suspensiva.

## III. ¿Quién soporta los riesgos?

110. Si la cosa perece durante el tiempo en que la condición está en suspenso, ¿quién sufre la pérdida suponiendo que sea fortuita, el deudor condicional ó el acreedor condicional? Para hacer la cuestión más clara, ¿es el vendedor ó el comprador? La ley no decide la cuestión en términos formales. Según la opinión generalmente seguida, la pérdida es para el comprador, y no puede demandarse

la restitución del precio, aunque la condición resolutoria venga á cumplirse; es una consecuencia del principio que el Código sigue en lo que concierne á la condición suspensiva. El deudor condicional sufre los riesgos, porque el comprador es deudor condicional (núm. 109), por consiguiente, se le debe aplicar el art. 1,182. Se alega que la condición resolutoria cuando se ha cumplido anula el contrato como si nunca hubiere existido; entonces, ¿no se podría decidir que el vendedor soporte los riesgos, en el sentido de que la cosa perece para el propietario? A esto se responde que la resolución no puede tener lugar; en efecto, en caso de resolución, el comprador debe restituir la cosa, pero esta restitución se hace imposible, en tanto que el comprador no puede invocar la resolución de la venta para demandar la restitución del precio, porque él, por su parte, también está obligado á restituir la cosa, y como no puede restituirla, tampoco puede demandar la restitución del precio. (1)

Según el sistema del Código, esta argumentación nos parece decisiva. Hemos criticado la teoría legal y la aplicación que le han dado al tratar de la condición suspensiva (núm. 96). A nuestra vista, el acreedor condicional debería sufrir los riesgos, así como el acreedor puro y simple; bien está que este principio, si es cierto, debe recibir su aplicación á la condición resolutoria, porque esta condición implica una condición suspensiva; á decir verdad, no hay otra condición que la condición suspensiva, y una misma y sola condición no puede producir dos efectos distintos. Esto que se opone á la retroactividad de la condición resolutoria es nada menos que decisivo. El compra-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 168, núm. 102 bis, IV. Aubry y Rau, t. IV, pág. 97, nota 70 y los autores que han sido citados. En sentido contrario, Durantón, t. XI, pág. 104, núm. 91. Larombière, t. II, pág. 274, núm. 73 del art. 1,183 (Ed. B., t. I, pág. 426).

dor, dicen, no puede restituir la cosa, y, por consiguiente, no puede demandar la restitución del precio. Esta razón será justa si es por su culpa por lo que el comprador no restituye la cosa, aunque sea por caso fortuito, pero el deudor de una cosa cierta no está librado por la pérdida de la cosa (art. 1,302), y no se hace el deudor de la cosa cuando la condición se ha cumplido?

111. ¿Si la cosa sólo está deteriorada y se cumple la condición resolutoria, la pérdida será para el vendedor ó para el comprador? La cuestión es controvertida. Si se admite que el comprador soporta la pérdida total, hay que ser lógico y poner también los deterioros á su cargo; es decir, que el vendedor tendrá el derecho de rechazar la cosa, ó de reponerla restituyendo al comprador la totalidad del precio. Hay otra razón decisiva para decidirlo así. El comprador es deudor de la cosa bajo condición suspensiva; sobre este principio hay que fundarse para poner los riesgos á su cargo; si se le aplica el art. 1,183 en caso de pérdida total de la cosa, hay que ser consecuente y aplicarlo también cuando la cosa se deteriora. Inútilmente se invoca el antiguo derecho, pues el Código lo ha derogado en el art. 1,183, y es este el obstáculo que rige en la materia. Inútilmente también se objeta el principio de la retroactividad; sin duda, la consecuencia lógica de este principio, sería que considerándose el contrato como si nunca hubiere existido, el vendedor volviese á tomar su cosa en el estado en que se encontrase, si el deterioro no era por culpa del deudor, pues el caso fortuito debe perjudicar al propietario. Respondemos que el Código no sigue el principio de la retroactividad cuando se trata de los riesgos, y, por tanto, debe hacerse á un lado, pues si se aplicase, jamás podrían ponerse los riesgos á cargo del comprador.

No se ha tenido en cuenta cuando la pérdida es total, y

desde entonces, tampoco puede tenerse cuando se trata de la pérdida parcial. (1)

*Núm. 2. Efecto de la condición resolutoria cuando no se realiza.*

112. Cuando la condición resolutoria no se realiza, la resolución deja de estar suspendida y no puede ya tener lugar. Es decir, que el contrato que dá lo que fué en su principio, puro y simple. De donde resulta que el vendedor, bajo condición resolutoria, jamás ha sido acreedor condicional. Si, pues, ha hecho actos con este carácter, son nulos desde el momento en que la condición no se realiza, y esto sin decir que todos los actos hechos por el comprador quedan válidos.

*Núm. 3. Efectos de la condición resolutoria cuando se realiza.*

113. El art. 1,183 dice: "La condición resolutoria es aquella que cuando se cumple, efectúa la resolución de la obligación." En el art. 1,168 la ley se sirve de la palabra "rescindir" para marcar el efecto de la condición resolutoria. El término jurídico de "revocación" es el que supone la nulidad de la obligación, aun para el pasado, como respecto de terceros, en tanto que la palabra "revocación" se usa también en los contratos que se revocan sin retroactividad, *ex nunc*, como se dice en la escuela (art. 958), y la palabra "rescisión" se emplea cuando cesa un contrato para lo futuro: el arrendamiento se rescinde, es decir, acaba, ó deja de producir sus efectos; pero jamás se resuelve, porque hay siempre un hecho cumplido que no puede destruirse, como lo diremos más adelante. La reso-

1 Demolombe, t. XXV, pág. 44, núm. 463. En sentido contrario, Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 381, nota 3 y Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 364, núm. 1,809.

lución es más enérgica, siempre tiene efecto retroactivo; y cosa extraña, la ley no lo dice; el art. 1,179, que expone el principio de la retroactividad, sólo habla de la condición suspensiva. Pero si la ley no se sirve de la palabra "retroactividad," hablando de la condición resolutoria, si aplica á esta condición los efectos de la retroactividad en términos muy claros; el art. 1183 dice: "que pone las cosas en el mismo estado, como si la obligación no hubiese existido. Esto es decir que jamás ha habido contrato, ni acreedor ni deudor, como si nada hubiese habido entre las partes. Sin embargo, ha habido un contrato que ha producido sus efectos como un contrato puro y simple; si es traslativo de propiedad, el acreedor ha llegado á ser propietario, y ha podido realizar actos de disposición, enagenar, conceder derechos reales. Todos estos actos caen con el derecho del que los ha hecho: la nada queda en lugar del contrato.

114. La condición resolutoria de que nos hemos ocupado se llama "expresa," porque es estipulada por las partes contratantes. Lo que la caracteriza y la distingue de la condición resolutoria tácita, de que hablaremos más adelante, es que se obra de pleno derecho. El Código no lo dice en términos formales; pero el principio resulta, sin duda, de la combinación de los arts. 1,183 y 1,184.

Si se trata de la condición resolutoria tácita, el artículo 1,184 dice que "en este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho," lo que supone que hay "otro caso" en que el contrato se resuelve de pleno derecho. En efecto, el art. 1,183 dice que la condición resolutoria expresa obra la revocación de la obligación. "La ley no agrega que la resolución se hace de pleno derecho, pero es bien claro el sentido de las expresiones que emplea, y es el cumplimiento de la condición el único que resuelve el contrato, sin que sea necesario requerimiento, ni demanda judicial.

La razón es muy clara, y es, que tal es la voluntad de las partes contratantes formalmente expresadas, y la voluntad de las partes es su ley, (art. 1,134). (1)

115. Este principio se aplica sin dificultad á las condiciones casuales. Yo os vendo mi casa situada en Gand, pero si soy nombrado á desempeñar tal función en Gand la venta será resuelta. Si soy nombrado, desde el día de mi nombramiento, la venta será resuelta, sin necesidad de constituir en mora, ni de demanda judicial. Toda interpe-lación y toda acción sería inútil. A qué viene una consti-tución en mora, cuando nuestra voluntad se ha manifes-tado al tiempo del contrato? ¿A qué una demanda judicial, cuando la resolución se efectúa, no por sentencia del juez, sino por la ley del contrato? Veremos más adelante las consecuencias que resultan del principio. Lo mismo suce-de cuando la condición es potestativa. Yo os vendo mi ca-sa situada en Bruselas, bajo la condición de que la venta será resuelta si me establezco en Bruselas. Desde el día en que yo me estableciera en Bruselas, la venta sería resuelta de pleno derecho, en virtud de nuestra voluntad. Esto es tan evidente, admitido el principio, que no se comprende como se haya controvertido la cuestión. (2) Sólo decimos esto para hacer una reserva: hay una condición resolutoria potestativa que no obra siempre de pleno derecho; ésta es el pacto comisorio. Volveremos á tratarlo.

116. ¿Cuál será el efecto de la resolución entre las par-tes? El art. 1,183 lo dice: las cosas vuelven á su antiguo estado como si la obligación no hubiese existido. Si el con-trato no ha sido cumplido, ni se ha hecho nada, nada ha-brá por hacer, ordinariamente el contrato se cumple inme-diatamente; las partes deberían entonces restituirse reci-procamente todo lo que cada una haya percibido en virtud

1 Demolombe, t. XXV, pág. 449, núm. 472.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 347, núms. 553 y 554.

del contrato. Si se trata de una venta, el comprador res-tituirá la cosa con las mejoras que haya recibido mientras la resolución estuvo en suspenso, y en nuestra opinión, los frutos que haya percibido, (núm. 85). El vendedor resti-tuirá el precio con sus intereses.

¿El comprador deberá una indemnización por razón de los deterioros que experimente la cosa? Si sobrevienen por su culpa, la afirmativa es cierta, pues siendo deudor bajo condición, debe conservar la cosa con los cuidados de un buen padre de familia; y si no cumple esta obligación, deberá los daños y perjuicios que resulten de su culpa. Si los deterioros sobrevienen sin su culpa, no deberá respon-der, según los verdaderos principios. Pero, el Código ha derogado estos principios en materia de condición suspen-siva (art. 1,182); y la condición resolutoria supone una condición suspensiva: el comprador bajo condición reso-lutoria, es deudor de la cosa si la condición se realiza, y, por tanto, es deudor bajo condición suspensiva; por consi-guiente, debe aplicársele el art. 1,182, como lo hemos di-cho más arriba, (núm. 111). (1)

117. El principio formulado por el art. 1,183, tiene una consecuencia muy importante en lo que se refiera á los ac-tos de disposición que ha hecho el propietario bajo condi-ción resolutoria. Puesto que las cosas vuelven al mismo estado, como si no hubiese habido contrato, resulta que el comprador jamás ha sido propietario, y desde entonces no ha podido hacer acto alguno de propiedad, y si lo hace, los actos caerían con el derecho del que los ha hecho. De ahí el viejo adagio: "*Resoluto jure dantis, resolvitur jus ac-cipientis.*" La ley aplica este principio á la venta hecha

1 Demolombe, t. XXV, pág. 441, núm. 463. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 80, nota 71 del pfo. 302.

con pacto de retroventa, (arts. 1,664 y 1,673), y el mismo principio recibe su aplicación en todos los casos en que la transmisión de la propiedad se hace bajo condición resolutoria. De donde resultan graves inconvenientes, puesto que todas las ventas y las concesiones de derechos reales, son resueltas, y esto es una verdadera perturbación en las relaciones civiles. El legislador no puede poner obstáculo, puesto que tal es la voluntad de las partes contratantes.

Los terceros no se perjudican; la publicidad, que según la legislación nueva, se dá á las transacciones sobre inmuebles, les evitan el daño de resolución que les amenaza, y con frecuencia se negarán á contratar por no ver resueltos los derechos que adquirieran. El comprador, bajo condición resolutoria, es el que sufrirá el mayor perjuicio; los bienes que poseé bajo condición resolutoria, estarán, de hecho, fuera del comercio, mientras la condición esté en suspenso.

118. ¿En qué sentido tiene efecto contra los terceros compradores, la condición resolutoria? ¿Esto quiere decir que el primer vendedor puede obrar en resolución contra el segundo comprador? Se ha dicho alguna vez que la acción de resolución es á la vez real y personal, ó como se dice en el lenguaje de la escuela: "*personalis in rem scripta*." Esta teoría encuentra algún apoyo en el texto del Código; en los términos del art. 1,164, el vendedor, con pacto de retroventa, puede ejercer su acción contra un segundo comprador; ¿no es esto decir que el vendedor ejerce contra el tercero la acción de resolución? Respondemos que esto es imposible. En efecto, la acción de resolución, es una acción que nace del contrato, y por tanto, una acción esencialmente personal, que no puede formarse sino entre el acreedor y el deudor. ¿Es este un contrato que tiene efecto respecto de terceros, ó es que el tercero comprador es

deudor del primer vendedor? Todas estas cuestiones suponen dudas jurídicas.

A decir verdad, cuando la condición resolutoria es expresa, no hay lugar á una acción personal del vendedor, á ménos que se suscite una discusión sobre el punto de saber si la condición se ha cumplido. Si el cumplimiento de la condición es cierto, se obra de pleno derecho la resolución de la venta y no hay ya ni acreedor ni deudor; el vendedor es considerado como si hubiese sido siempre propietario, y no en nombre del deudor, sino en propiedad de su cosa. No obra en resolución, puesto que el contrato es resuelto de pleno derecho, obra en reivindicación, y esta acción se ejercita contra todo poseedor, y, por consiguiente, contra el tercero comprador lo mismo que contra el primer comprador. En este sentido es en el que la resolución tiene efecto respecto de terceros y es también en este sentido como lo diremos en el título "De la Venta," en el que el vendedor con pacto de retroventa tiene acción contra el segundo comprador, y su acción no es la de retroventa, es la de reivindicación. (1)

119. ¿Cuál es el efecto de los actos hechos por un tercero contra el propietario bajo condición resolutoria? Los acreedores personales del comprador pueden embargar el inmueble, puesto que él tiene la propiedad. ¿Qué sucederá con la expropiación cuando se cumpla la condición? Debe distinguirse, como hemos dicho más arriba (núm. 93), si hay acreedores hipotecarios del vendedor ó de anteriores propietarios; en este caso, el embargo llega á ser común para todos, así como la expropiación; y como sus derechos son anteriores á la venta, el fallo podrá oponerse al vendedor. Pero si no hay acreedores anteriores, el fallo de adjudicación pronunciado contra el comprador no tendrá

\*1 Compárese Larombière, t. II, pág. 231, núm. 17 del art. 1,183 (Ed. B., t. I, pág. 406.

efecto respecto del vendedor; siendo resuelto el derecho del propietario bajo condición resolutoria, sus acreedores personales jamás han tenido derecho sobre el inmueble, pues como si nunca hubiese estado en el dominio de su deudor, y, por tanto, el embargo y la adjudicación caerían. (1)

Lo mismo sucede con los fallos pronunciados contra el comprador, cuando reconocen á terceros derechos reales sobre el inmueble vendido. El fallo equivale á un contrato. El comprador no puede ya gravar el inmueble con derechos reales ni por vía de fallo ni por convenio. No puede decirse que es el causahabiente del vendedor, porque rescindiéndose la venta retroactivamente, jamás ha sido causahabiente del vendedor; debe, pues, aplicarse el principio en virtud del cual el vendedor no puede estar ligado por un fallo en que no ha sido parte ni ha sido representado. ¿Si el fallo es favorable al comprador, puede invocarlo el vendedor? Se enseña la afirmativa; nosotros volveremos á ver la cuestión al tratar de la cosa juzgada.

120. Se aplica el principio de la rescisión á los actos de administración hechos por el comprador? Ya hemos examinado la cuestión más arriba. (n. 83.)

121. El artículo 1183 se aplica á toda especie de contrato. Podría responderse que la ley no distingue y que por consiguiente, no hay lugar á distinguir. Esto sería aplicar los principios de derecho de una manera mecánica. Hay que ver si la distinción no resulta de los términos de la ley. El artículo 1183 dice que la condición resolutoria es aquella que, cumpliéndose, pone las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiese existido. Esto supone que las cosas pueden volver á ese estado, es decir, que la resolución, tal como la ley la entiende, es posible. La re-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 80, pfo. 302.

solución es posible cuando los contratos se furdan inmediata y definitivamente en el momento en que se forman: tales son la venta, la donación, el cambio, etc. El efecto de estos contratos consiste en un hecho jurídico, la traslación de la propiedad; este hecho puede ser destruido con todas sus consecuencias por la condición resolutoria que se cumple. Poco importa que el comprador haya sido puesto en posesión, pues las consecuencias de esta posesión pueden también desaparecer, y el comprador restituirá los frutos como si hubiese poseído el vendedor. (1) No sucede lo mismo con los contratos que se confunden sucesivamente, tales como el arrendamiento. Las partes frecuentemente estipulan la resolución del arrendamiento, por ejemplo, si el arrendatario es funcionario, para el caso en que sea llamado á ejercer sus funciones en otra ciudad. Esto no es una resolución, pues es imposible que el arrendamiento sea resuelto, como si no hubiese habido contrato. En efecto, el arrendatario ha ocupado las fincas arrendadas como arrendatario; hé ahí un hecho que no puede desaparecer. Y la intención de las partes ciertamente no es hacerlo desaparecer, pues todo lo que desean es poner fin al arrendamiento y por tanto, la pretendida condición resolutoria no es, pues, sino un término que pone final al contrato, porque el arrendamiento ha existido, ha producido sus efectos y estos efectos quedan resueltos. Volveremos sobre la cuestión al tratar del término.

Lo mismo sucede con el contrato de renta vitalicia. Se admite generalmente que las partes puedan estipular que el contrato quedará resuelto por la falta de pago de las pensiones. Pero esta pretendida resolución, no lo es. Durante todo el tiempo que el contrato ha existido, el deudor

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 85, nota 90, pfo. 302. Larombière, tomo II, pág. 284, núm. 72 del art. 1,183 (Ed. B., t. I, pág. 426). Demolombe, t. XXV, pág. 447, núm. 469.

ha tenido, en su favor, los modos de extensión del contrato, que hubiera aprovechado si para él hubiesen cambiado; las pensiones que ha debido pagar extinguen el precio de estas suertes, y es imposible que la resolución destruya los efectos que el contrato ha producido, y, por tanto, la resolución solamente pone fin al contrato. Esto es también lo que impropriadamente se llama un término resolutorio. (1)

Un caso singular se presentó ante la Corte de Lieja. Una sentencia del rey Guillermo, del 22 de Julio de 1820, acordó la concesión de un camino de Lieja á la frontera de Prusia, entre Chenée y Theux. Habiendo comprendido los concesionarios que el Gobierno tuvo el proyecto de enderezar el antiguo camino, lo que hubiera perjudicado á la nueva comunicación, se dirigieron al rey, que decidió que el proyecto no tendría lugar, y por efecto de esta resolución, las acciones de la compañía concesionaria fueron explotadas. Después de la revolución, el Gobierno belga construyó un camino de hierro de Lieja á Verviers, é hizo la reforma de la calzada. La compañía, viendo en estos trabajos una violación á las obligaciones contraídas por el Estado, demandó la resolución de la concesión, el reembolso de todo lo que había anticipado y los daños y perjuicios.

Estas pretensiones fueron rechazadas por la Corte de Lieja, y sobre la demanda intervino una sentencia de denegada casación fundada en que la resolución era imposible. La Corte invocó el texto del art. 1,183, según el cual es de la esencia de la condición resolutoria que las cosas vuelvan á su antiguo estado, como si el contrato no hubiese existido. Siguese de esto, que la condición resolutoria no puede aplicarse á los contratos de naturaleza tal, que

1 Caen, 16 de Diciembre de 1843 (Daloz, palabra *Renta Vitalicia*, núm. 100). Compárese una decisión análoga en materia de privilegios de invención. Denegada casación, 27 de Mayo de 1839 (Daloz, palabra *Privilegio de Invención*, núm. 215).

es imposible volver las cosas á su estado primitivo. Todo lo que puede demandarse, son los daños y perjuicios contra la parte que no ha cumplido sus obligaciones. En el caso, las obligaciones respectivas de las partes contratantes consistían, por parte de la compañía, en construir á su costa el camino de la Veadre, con el derecho de percibir los pasajes durante un tiempo determinado, y por parte del Estado en permitir la construcción, la percepción de los pasajes, y no autorizar la reforma del camino de la Clef. El Estado faltó á esta última obligación pero fué imposible rescindir lo que se había hecho, dejando el camino á la propiedad privada; el camino entró en el dominio público, y era imposible que no permaneciera, y desde entonces la resolución no pudo ser pronunciada.

#### § VI.—DE LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA.

*¿En qué caso tiene lugar la condición resolutoria tácita?*

122. El art. 1,184 dice: "La condición resolutoria siempre se sobreentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación." Esto es lo que se llama condición resolutoria tácita, porque no se estipula por las partes contratantes, sino que se "sobreentiende" en virtud de la ley. Esta condición viene del uso, y en derecho romano solo existió para los contratos innominados, y no se la conocía en los países de derecho escrito. Pothier nos dice los motivos por los cuales la jurisprudencia admite la condición resolutoria, en caso de falta de cumplimiento de las obligaciones, sin que haya sido estipulada.

Según el rigor de los principios, la condición resolutoria debería estipularse, esto es lo que se hizo en derecho romano bajo el nombre de pacto comisorio; y en defecto de

estipulación, cada una de las partes tenía solo la acción que nacía del contrato, para obtener el cumplimiento forzado. Este procedimiento no carecía de dificultad. La más frecuente, dice Pothier, es la de no poder sin grandes gastos, hacerse pagar de sus deudores. Con frecuencia sucedía que los gastos absorbían una parte del crédito. La resolución, ahorra estas largas y costosas demandas; basta establecer el hecho de la falta de cumplimiento que no puede negarse, después de un plazo que el juez concede, y la resolución se pronuncia si el deudor no cumple sus obligaciones. (1)

Pothier no dá más razón que la condición de utilidad, es decir, de equidad. Los autores modernos agregan que la equidad está de acuerdo con el derecho. En los contratos sinalagmáticos, la obligación de una de las partes es causa de la obligación contratada por la otra; si, pues una de ellas no llena sus obligaciones, la obligación de la otra cesa, por lo mismo que hay una causa. (2) ¿Será cierto que la condición resolutoria tácita es una consecuencia lógica de los principios que rigen la causa? El error nos parece evidente. La causa es un elemento esencial de los convenios, y donde no hay causa, no hay contrato; más la causa existe desde que hay obligaciones correlativas, y entonces es cuando las obligaciones no se han cumplido: el acreedor, ¿no tiene su acción para obligar al deudor á cumplir sus obligaciones? Esto es suficiente para que haya causa. No es, pues, exacto que cuando el comprador no paga el precio, la obligación del vendedor no tiene ninguna causa, el vendedor tiene una acción y una acción revestida de un privilegio; puede obligar al comprador á cumplir su obligación y él, por su parte, debe llenar la suya. He ahí los verdaderos principios.

1 Pothier, *Del Contrato de Venta*, núm. 476. *De las Obligaciones*, núm. 672.

2 Larombière, t. II, pág. 294, núm. 1 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 430). Demolombe, t. XXV, pág. 460, núm. 489.

Lo que se presenta como un motivo de derecho, no es más que una consideración de equidad. El vendedor no se obliga á entregar la cosa, sino bajo la condición de que el comprador pague el precio; si este no paga, no cumple su obligación, y la equidad demanda que el vendedor sea también eximido de la obligación que contrajo. Se puede decir que esa fué la intención de las partes contratantes, y por esa razón, estipularon el pacto comisario. ¿Qué hace el legislador? Estipula para las partes sobreentendiéndose la condición resolutoria.

123. ¿En qué contratos se sobreentiende la condición resolutoria? El art. 1,184 responde á la cuestión, diciendo que es en los contratos sinalagmáticos. Esta expresión tiene un sentido legal, puesto que el art. 1,102 define el contrato sinalagmático: es aquél, en el cual los contratantes, se obligan recíprocamente unos con otros, es decir, el contrato que la doctrina llama sinalagmático perfecto. (1) De aquí se sigue que la condición resolutoria no es sobreentendida en los contratos bilaterales imperfectos; lo cierto en esto es, que esos contratos no son sinalagmáticos en el sentido de la ley; porque el texto del art. 1,184 no se las puede aplicar. El espíritu de la ley se opone igualmente. ¿Sobre qué se funda la condición resolutoria tácita? Sobre la intención probable de las partes contratantes. ¿Y cuándo se manifiesta esta intención? Desde el momento en que las partes consienten. Si cuando se hizo el contrato, una sola de las partes se obligó, ¿se puede decir que la otra tiene derecho de demandar que sea librada de sus obligaciones aunque no las tenga? La cuestión es absurda.

Para mayor abundamiento, el art. 1,184 es inaplicable á los contratos unilaterales. Aquí el argumento del texto

Véase el tomo XV de estos *Principios*, pág. 490, núm. 435.

toma nueva fuerza. Decir que la condición resolutoria es sobreentendida en los contratos unilaterales como en los bilaterales, es decir que lo es en todos, puesto que todo contrato es bilateral ó unilateral; esto sería, pues, borrar del art. 1,184, la palabra "sinalagmáticos." El intérprete tiene derecho de alterar el texto de la ley. Si al menos hubiera motivo para decidir, se podría invocar la analogía. Mas ninguna de las razones que se invocan para sobreentender la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos, puede tener aplicación en los contratos unilaterales. Estas razones se reducen á decir que la equidad demanda que si una de las partes no llena sus obligaciones, la otra sea librada de las suyas; esto supone que cada una de las partes está obligada, lo que excluye los contratos unilaterales. (1)

Sin embargo, la mayor parte de los autores siguen la opinión contraria. Desechamos, desde luego, un argumento que no es una razón jurídica. "Todos los contratos, dice Troplong, se hacen actualmente bajo la influencia de las mismas reglas de lealtad y de equidad." La lealtad no tiene nada que ver con este debate, porque no es á causa de la mala fe ó de la deslealtad del deudor por lo que el acreedor tiene derecho á la resolución. En cuanto á la equidad, acabamos de decir en qué sentido autoriza la demanda en resolución, cuando una de las partes falta á sus obligaciones; este motivo supone dos obligaciones reciprocas. ¿Se ha visto generalizar la condición, extendiendo, por equidad, á todos los contratos lo que el texto dice de los contratos bilaterales? Respondemos que el intérprete no tiene ese derecho. En efecto, el art. 1,184 establece una condición legal; pero no hay condición legal más que en virtud de una ley, como no hay presunción legal más que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 82, nota 79, pfo. 302.

en virtud de la ley, ni hay substitución legal más que en virtud de una ley, y como sin la ley no habría hipoteca legal. Cuando un derecho es legal, el legislador solo tiene el derecho de establecerlo; él solo es juez de las consideraciones de equidad por las cuales se sobreentende la condición resolutoria en ciertos contratos, y él solo podrá aplicar á todos los contratos lo que ha establecido para los contratos bilaterales.

Se invocan textos, más los textos que se citan, atestiguan contra los que buscan un apoyo. Así se prevee en los arts. 952 y 954, (1) es decir, la revocación ó resolución de las donaciones por falta de cumplimiento de las cargas; pero cuando una donación es hecha con carga, deja de ser un contrato unilateral y es bilateral; este caso está comprendido en el art. 1,184.

Se citan otros artículos que conceden plazos. ¿Es esto un plazo ó una resolución? El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha faltado ó cuando por su causa han disminuido las seguridades que había dado al acreedor por su contrato (art. 1,188). El art. 1,188 no tiene nada de común con el art. 1,184; lo probaremos más adelante. Si el usufructuario abusa de su posesión, los tribunales pueden pronunciar la extinción del usufructo (artículo 618). Esto es una pena, ¿y una pena es una resolución? Después de haber citado confusamente un gran número de disposiciones, todas más ó menos extrañas á la condición resolutoria tácita, M. Larombière agrega: "es preciso reconocer que estos diversos casos de resolución no entran en los términos rigurosos del art. 1,184." (2) Si no son comprendidos en el art. 1,184, que solo es relativo á

1 Duvergier sobre Toullier, t. III, 2, pág. 367, nota b. Demolombe, t. XXV, pág. 467, núm. 495.

2 Larombière, t. II, pág. 298, núms. 3 y 4 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 433). Duvergier sobre Toullier, t. III 2, pág. 367, nota 2.

la condición resolutoria tácita, es preciso decir que estas disposiciones especiales son extrañas á nuestra materia. Entonces, ¿por qué las invocan? En cuanto á las disposiciones que tienen alguna analogía con el art. 1,184, las examinaremos en el título bajo la rúbrica de la cual están colocadas.

124. En los términos del art. 1,184 la resolución puede ser demandada cuando una de las partes no cumple su obligación. ¿Se necesita que haya una culpa ó una negligencia que reprochar al que no ha cumplido la obligación? Los autores responden negativamente, fundándose en los términos generales de la ley que no distingue. ¿No es esto demasiado absoluto? El art. 1,184 agrega que el juez puede conceder un plazo al demandado según las circunstancias. ¿Cuáles son estas circunstancias? La ley no lo dice; toca, pues, al juez apreciarlas, y él puede, por consiguiente, conceder un plazo al deudor, fundándose en su buena fe y en la ausencia de toda culpa. En este sentido, la negligencia del deudor puede tomarse en consideración por el juez é influir sobre su decisión. (1)

125. Si el deudor no cumplió su obligación por efecto de un hecho imputable al acreedor, éste no podría demandar la resolución. El arrendador designa un notario para recibir las rentas; el arrendatario se presenta ante el notario, quien se niega á cumplir las instrucciones. Se juzgó que en estas circunstancias no hubo lugar á demandar la resolución del arrendamiento por la razón muy clara de que no hubo falta de cumplimiento de la obligación. Se objetó que el arrendatario hubiera debido hacer ofertas reales y consignar en las formas determinadas por la ley (art. 1,257 y sig.) La Corte respondió que esta pretensión

1 Larombière, t. II, pág. 303, nota 6 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 434). Aubry y Rau, t. IV, pág. 83, nota 82. Demolombe, tomo XXV, pág. 468, núm. 497.

fué sin fundamento: las ofertas reales y la consignación, no se prescriben sino cuando el deudor quiere librarse. En el caso, no se trató de librarse; el juez solo debió fijarse en una cosa, y es, que por culpa del acreedor no pudo el deudor librarse, porque la negativa del mandatario de recibir las rentas se hizo constar por acta del secretario, lo que fué decisivo. (1)

126. Cuando haya errores recíprocos por parte de cada uno de los contratantes, es al juez á quien toca pesarlos. La Corte de Casación ha decidido que los jueces de hecho tienen un derecho absoluto de apreciar los perjuicios de la parte para quien se ha faltado en el cumplimiento del contrato. En el caso, la Corte de Lyon pronunció la resolución, aunque el demandante, bajo ciertos aspectos, contravino también á sus obligaciones. El mediero de un ingenio comenzó, contra las cláusulas del contrato, la explotación de la finca sin la autorización del Prefecto, y aun contra su prohibición. Por este motivo la resolución debió pronunciarse. El mediero objetó que por su lado el arrendador se negó á solicitar la autorización como se había obligado á hacerlo. La Corte respondió que esto no le excusaba de haber violado, al mismo tiempo, el contrato y una ley de orden público. (2) Se ve la diferencia que existe entre este caso y el que juzgó la Corte de Bruselas. Hubo falta de cumplimiento, imputaba al que había faltado á sus obligaciones, porque la mala voluntad del arrendador, no impidió al mediero demandar y obtener la autorización administrativa, dejando á salvo la reclamación de daños y perjuicios contra aquél.

127. ¿La falta de cumplimiento parcial de las obligaciones contraídas por una de las partes autoriza á la otra á demandar la resolución? Ateniéndose al texto debería

1 Bruselas, 1º de Mayo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 403).

2 Denegada casación, 8 de Enero de 1850 (*Dalloz*, 1850, 1, 11).

decidirse que la resolución puede ser pronunciada, porque la ley no exige que la falta de cumplimiento sea total. Pero en una materia tradicional que se rige por la equidad más bien que por el derecho, debe consultarse la tradición para interpretar el texto. Pothier comienza por establecer el principio de que el vendedor puede demandar la resolución de la venta cuando el comprador no paga el precio. Después agrega: "Respecto de todas las otras obligaciones, sea del vendedor, sea del comprador, se deciden según las circunstancias, como se decide si su falta de cumplimiento dá lugar á la resolución del contrato, esta tiene lugar cuando lo que se me ha prometido es de tal naturaleza, que de no ser lo mismo, yo no hubiese contratado. Si no puede asegurarse que yo no hubiera querido comprar la cosa, sino solamente que yo no hubiese querido comprarla, yo no podría demandar la resolución del contrato, sino solamente una disminución del precio." Pothier aplica esta distinción á la evicción parcial, que puede, según las circunstancias, autorizar la resolución. (1)

La jurisprudencia es dudosa. Se ha juzgado que la falta de entrega por el vendedor, de alguno de los accesorios del objeto vendido, como sucede en el caso de la entrega de una máquina de vapor, dá lugar á la resolución de la venta. Este accesorio fué, es cierto, un elemento esencial de la cosa. Pero la Corte de Casación ha decidido, en principio, que los jueces no pueden, bajo el pretexto de la poca importancia de los objetos no entregados, sustituir arbitrariamente á la anulación del contrato, una indemnización pecuniaria pagada al vendedor por el comprador: (2) Los editores de Zachariæ admiten este principio, pero con reserva la condición resolutoria, dicen, aun en el caso de falta de cumplimiento simplemente parcial "cuando por lo

1 Pothier, *De la Venta*, núms. 145 y 476.

2 Casación, 12 de Abril de 1843 (Sirey, 1843, 1, 281).

menos, se trata de una obligación positiva de dar ó de hacer," no tocaría, en semejante caso, al juez sustituir la resolución demandada por una de las partes, con una indemnización pagada por la otra. (1) Volveremos á tratar esta reserva.

En 1866, la Corte de Casación rindió una sentencia en el sentido de Pothier, lo mismo que una sentencia de principio. "Pertenece á los tribunales, dice la Corte, buscar en los términos del contrato y en la apreciación de la intención de las partes, cuál es la extensión y el alcance de la obligación subscripta por la parte que habría faltado." Esto es lo que enseña Pothier; la Corte se fundó en la esencia misma de la condición resolutoria. "La resolución pronunciada por el art. 1,184 es la confirmación de esta regla de equidad, que no permite dejar, á uno de los contratantes, en los lazos del contrato, cuando la otra parte no le proporciona el equivalente." Es preciso ver cuándo hay falta de cumplimiento parcial, y si está en la obligación principal ó en una cláusula accesoria. En el caso, la sentencia atacada justifica que la violación de la obligación reprochada á una de las partes, no concierne más que á una cláusula accesoria. La Corte concluyó que no había lugar á la resolución del contrato principal, sino que una condenación á daños y perjuicios sería suficiente reparación. (2)

En una sentencia más reciente, la Corte de Casación aprueba formalmente la doctrina de Pothier, interpretando el art. 1,184 por el art. 1,636, relativo á la evicción parcial. Un establecimiento industrial fué vendido en 200,000 francos, bajo esta condición, que el vendedor evitase toda concurrencia en el territorio en que estaban si-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 38, pfo. 302.

2 Denegada casación de la Sala Civil, 29 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 27).

tuados los molinos. El comprador demandó la resolución de la venta por infracción á esta cláusula. Fué cierto que el vendedor faltó á su obligación, así lo atestiguó la Corte de Rennes. Pero, dijo ésta, la infracción tuvo muy poca importancia; los hechos que el comprador reprochó al vendedor no representaron sino un valor insignificante de unos veinte mil francos, aun cuando los negocios hechos por el comprador se fijaron en millones, por cada año. En semejante situación, dijo la Corte, la equidad y la justicia no permiten pronunciar la resolución, pues siendo relativamente poco graves los daños, bastó conceder al comprador una indemnización. La Corte no dá otro motivo en derecho, que el texto del art. 1,184, que según ella, permite negar la acción resolutoria. Se demandó en Casación, por violación del art. 1,184. Este artículo, dijo el demandante, no dá al juez el derecho de negar la resolución, autoriza simplemente conceder un plazo cuando la obligación no cumplida es todavía susceptible de cumplimiento. La Corte de Casación rechazó la demanda. El art. 1,184, dice ella, debe combinarse, en materia de venta, con el art. 1,636: si el comprador sufre evicción solamente de una parte de la cosa, hay falta de cumplimiento parcial de la obligación contraída por el vendedor, de hacer propietario al comprador. ¿Qué decide la ley? El comprador obtendrá la resolución de la venta, si la parte por la que ha sufrido evicción es de tal importancia, relativamente al todo, que el comprador no hubiese comprado sin la parte de que ha sido privado. La Corte aplicó este principio, por analogía en el caso, Como la venta versó sobre un establecimiento industrial y sobre la clientela que tenía, pudo asemejarse la falta del vendedor á una evicción parcial, lo que dió al juez del hecho un poder soberano de apreciación. (1)

1 Denegada casación, 26 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 365)  
Compárese denegada casación, 4 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 361).

La jurisprudencia de la Corte de Casación, es, pues, variada. Se ha ensayado conciliar las diversas decisiones que acabamos de citar, aplicando la última solo al caso en que la resolución se demande en razón de una contravención á una obligación de no hacer. (1) Esto, desde luego, es hacer decir á la Corte lo que no ha dicho, pues ni señal hay en sus sentencias, de la distinción que pretende establecerse entre la obligación de dar ó de hacer, y la obligación de no hacer. El texto del Código es igualmente contrario á esta distinción; si se atiende al texto, debe seguirse la primera jurisprudencia de la Corte y decidir que toda infracción al contrato, justifica la resolución. Por fin, no vemos nosotros que ésta distinción encuentre apoyo en los principios. El art. 1,184 no expone un principio jurídico, deroga más bien el rigor del derecho, ó sea, como dice la Corte de Casación, una regla de equidad; y por tanto, el juez debe tener en esta materia una grande latitud de apreciación. (2)

El deudor cumple en parte el contrato, después, accidentes de fuerza mayor le impiden concluir el cumplimiento. ¿Hay lugar de pronunciar la resolución? La Corte de Casación ha opinado que nó. Ha juzgado en términos demasiado absolutos, que la ley supone la negativa del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones; la ley no dice esto. En el caso, la equidad estuvo evidentemente por el deudor; la insurrección de los negros en la Isla de Santo Domingo impidió á ambas partes cumplir el contrato, no pudo, por tanto, ser cuestión de resolución. El propietario de dos ricas habitaciones siguió al general Leclerc en la expedición emprendida para reconquistar la Colonia; trató

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 83, pfo. 302, nota 81.

2 Compárese Larombière, t. II, pág. 306, núm. 10 (del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 435).

con un negociante para que girase estos establecimientos, de los que le cedió la cuarta parte á título de recompensa por los servicios que prestó. En cumplimiento de este contrato, el negociante se estableció en la Colonia con su familia, pero á su llegada las dos habitaciones estaban en poder de los negros. Ambas partes se encontraron en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones; el propietario no pudo entregar la cuarta parte de las habitaciones que había cedido, y el cesionario no pudo administrar ni velar por su cuidado. Determinada, por estas consideraciones de hecho, la Corte de Poitiers se negó á pronunciar la resolución del contrato y adjudicó al cesionario la cuarta parte de la indemnización que la ley de 1826 concedió á los colonos. La decisión fué fundada en la equidad, más bien que en el rigor del derecho y fué confirmada por la Corte de Casación. (1)

128. El art. 1,978 trae una excepción á la regla establecida por el art. 1,134: cuando el deudor de una renta no paga las pensiones, el acreedor debería tener el derecho de obrar en resolución del contrato, al menos por la renta; el art. 1,978 no le permite demandar el reembolso del capital, ni reclamar la restitución de la posesión de la finca enajenada por él. Diremos, en el título de los "contratos aleatorios," cuál es el motivo de ésta disposición que no es una verdadera excepción al principio de la condición resolutoria tácita. Se admite que hay también una excepción en materia de partición; nosotros hemos examinado la cuestión en el título de las "Sucesiones." (2) Examinaremos en el título de la "Venta" la cuestión de saber si la condición resolutoria existe en las ventas de muebles; la afirmativa es cierta.

1 Denegada casación, 27 de Marzo de 1832 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,246, 2°)

2 Véase el tomo X de estos *Principios*, pág. 559, núm. 460.

*Núm. 2. ¿Cómo obra la condición resolutoria tácita?*

129. La condición resolutoria expresa, obra de pleno derecho (núm. 114). No sucede lo mismo con la condición resolutoria tácita: "en este caso, dice el art. 1,184, el contrato no se resuelve de pleno derecho." ¿Cuál es la razón de la diferencia? El motivo por el cual la condición resolutoria expresa, obra de pleno derecho, no recibe aplicación en la condición resolutoria tácita. Si la condición resolutoria estipulada por las partes, obra de pleno derecho, es porque tal es su voluntad, y su voluntad tiene lugar de ley. La condición resolutoria tácita, está sobreentendida por el legislador; se funda en consideraciones de equidad, más bien que en motivos de derecho; y la equidad que la justifica no es una causa absoluta de revocación, son las circunstancias las que justifican la resolución, pero estas circunstancias pueden ser tales, que la resolución no deba ser pronunciada; acabamos de citar ejemplos (núm. 127). Hé ahí por qué el juez debe intervenir para apreciar los hechos. Hay también otra razón, por la cual la resolución no puede tener lugar de pleno derecho en el caso del art. 1,184. La condición resolutoria tácita se funda en la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por una de las partes. Cuando el deudor no cumple sus obligaciones, el acreedor puede extorcharlo, sea persiguiendo el cumplimiento directo de la obligación si consiste en dar, sea demandando los daños y perjuicios. El acreedor tiene, pues, dos derechos en caso de falta de cumplimiento; el art. 1,184 lo dice: "Aquella de las partes para quien se ha faltado al cumplimiento de la obligación, puede elegir, entreforzar á la otra al cumplimiento del contrato, cuando es posible, ó demandar la resolución con los daños y perjuicios. Esta elección entre dos derechos, necesita una manifestación de voluntad, y

desde entonces, no puede ser cuestión de una resolución de pleno derecho, pues esta resolución privaría á la parte interesada de uno de los derechos que le pertenecen del derecho de perseguir el cumplimiento forzado del contrato. Pero una simple manifestación de voluntad no basta, porque el derecho á la resolución no es un derecho absoluto, está subordinado á la apreciación de las circunstancias.

Hé ahí por qué el juez debe intervenir para pronunciar la resolución. Esta es la diferencia esencial que existe entre la condición resolutoria expresa y la condición resolutoria tácita; la primera tiene lugar por la voluntad de las partes, y la otra resulta de la decisión del juez.

130. Síguese de ahí, que en el caso de resolución expresa, el juez, regularmente, no interviene. Es el contrato el que anticipadamente ha pronunciado la resolución, si llega tal suceso, y desde el instante en que se cumple la condición, el contrato queda resuelto. Nada hay que demandar, y, por tanto, tampoco hay acción que intentar. Cuando haya alguna duda sobre el punto de saber si la condición realmente se ha cumplido tal como las partes la estipularon, el debate naturalmente debe llevarse ante los tribunales, pero la única cuestión que el juez deberá resolver, es el punto de hecho. No es él quien pronunciará la resolución, se limitará á declarar que estando cumplida la condición, el contrato está resuelto en virtud de la voluntad de las partes contratantes. El juez no tendrá ni necesidad de hacer esta declaración, basta que haga constar que la condición se ha cumplido; desde entonces la voluntad de las partes recibe su cumplimiento y el contrato queda resuelto. Con mayor razón el juez no puede decidir que el contrato no quedará resuelto, aunque la condición resolutoria se haya cumplido. Esto sería violar el art. 1,184 según el cual, el contrato tiene lugar de ley, y esta ley obliga al juez lo mismo que á los contratantes.

131. El principio establecido por el art. 1,184, de que la condición resolutoria no obra de pleno derecho, recibe excepciones. En materia de venta de mercancías y efectos muebles, la resolución de la venta tiene lugar de pleno derecho, en provecho del vendedor, después de la expiración del término convenido para el retiro (art. 1657). Volveremos á ver esta disposición en el título de la "Venta." Hay casos en que la ley pronuncia la resolución, fundándose en la voluntad tácita de las partes contratantes. En los términos del art. 1,913, el deudor de una venta perpetua, puede ser obligado al retracto, si deja de cumplir sus obligaciones durante dos anualidades. Se ha juzgado, en este caso, que la resolución del contrato no debe ser demandada judicialmente; el acreedor puede proceder por vía de ejecución si hay un título auténtico. Volveremos sobre este punto en el título de los "contratos aleatorios." Se cita el art. 960 que pronuncia la revocación de la donación, por causa de superveniencia de hijos, pero esta disposición nada tiene de común con la condición resolutoria tácita. (1)

132. El art. 1,184 dice que la resolución debe demandarse judicialmente. ¿Se necesita que la acción judicial sea precedida de una constitución en mora? No expondremos la cuestión, pues la respuesta nos parece tan evidente, que un autor de nota respondió el pro y el contra en un mismo número. M. Larombière comienza por establecer, en principio, que el acreedor debe previamente constituir en mora á su deudor, cuando por lo menos, se trate solo de un simple retardo; da por razón que la acción resolutoria es una acción extrema de indemnización. Esto no es exacto, el texto mismo de la ley lo prueba; el art. 1,184 dice que el acreedor puede demandar la "resolución con daños y perjuicios," y por tanto, la resolución no tiene lugar de

1 Compárese Durantón, t. XI, pág. 101, núm. 89.

indemnización; el buen sentido, por otra parte lo dice. ¿Cuál es el efecto de la resolución? Poner las cosas en el mismo estado que tenían, como si el contrato no hubiese existido; esto es lo que indemnizará al acreedor de la pérdida que ha sufrido por la falta de cumplimiento del contrato y de la ganancia que no ha realizado? Después de decir que el acreedor debe constituir en mora á su deudor antes de intentar la acción, M. Larombière agrega que no es necesario, sin embargo, un requerimiento, pues basta con la citación dada judicialmente, para que el vendedor esté en mora. Esto es decir, nó, después de haber dicho sí. (1)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está conforme con nuestra opinión. Se ha juzgado que no es necesario constituir su mora previamente, á menos que el contrato imponga esta obligación. (2) Se concibe el interés que el deudor tiene en ser constituido en mora antes que la acción se entable, y es porque quiere reservarse un medio de prevenir el juicio. El requerimiento le advertía que el acreedor ha decidido ejercer su derecho con todo rigor.

133. En los términos del art. 1,184, "puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias." Esta es una consecuencia del principio de que la resolución, en el caso del art. 1,184, no es un derecho absoluto. Cuando las partes estipulan una condición resolutoria, no se concibe que el juez obtenga la resolución concediendo un plazo. Pero cuando la resolución se funda en la falta de cumplimiento del contrato, el juez es ministro de equidad, y la equidad puede exigir que el contrato no sea resuelto inmediatamente. En este sentido es en el que el informan-

1 Larombière, t. II, pág. 352, núm. 44 (Ed. B., t. I, pág. 452).

2 Lieja, 22 de Febrero de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 224) y 1º de Junio de 1835 (*ibid.*, 1835, 2, 224). Hay sentencias de la Corte de Francia en sentido contrario; las citaremos en el título *De la Venta*.

te del Tribunado ha explicado el art. 1,184. "La autorización dada á los tribunales de poder, en este caso, conceder un plazo, no supone una infracción al principio ya consagrado de que los contratos tienen lugar de ley entre los que los celebran. Aquí, la resolución del contrato es demandada por el mismo que puede perseguir el cumplimiento. El plazo que es permitido al juez conceder al deudor para cumplir el contrato antes que la resolución sea concedida, se funda en un sentimiento de *humanidad*. Tiene á socorrer á aquel que, *circunstancias desgraciadas* han impedido cumplir, en el día fijado, las obligaciones que ha contraído." (1) Las expresiones de "humanidad y "circunstancias desgraciadas," no están bien aplicadas, pues restringen la aplicación de la ley, en límites demasiado estrechos. La ley las emplea hablando de la cesión de bienes que el deudor "desgraciado" y de buena fe puede demandar judicialmente (art. 1,286), en el caso en que el deudor esté en imposibilidad de cubrir íntegramente sus deudas, nada tiene de común con el caso en que el deudor pide un plazo para cumplirlas. El juez debe inspirarse en la equidad que rige toda esta materia. Se pregunta cuales son las "circunstancias" que el juez puede tomar en consideración. Respondemos con la Corte de Burdeos que no habiéndolas definido la ley, han dejado, por esto mismo, la más amplia latitud al juez. (2) Es inútil dar ejemplos y citar aplicaciones: el juez decide soberanamente como ministro de equidad.

134. Pothier nos enseña como debe procederse cuando el vendedor demanda la resolución de la venta por falta de pago del precio. El juez pronuncia un primer auto por el cual fija cierto plazo en el que ordena que el comprador estará obligado á pagar; vencido el plazo, se permitirá al

1 Informe de Favard, núm. 61 (Loaré, t. VI, pág. 197).

2 Burdeos, 8 de Agosto de 1829 (Daloz, palabra *Venta*; núm. 688).

vendedor volver á entrar en posesión de la cosa vendida. Si el comprador no paga en este plazo, el vendedor debe obtener un segundo fallo que obligue al comprador á cumplir con el primero, ó se declara resuelta la venta. (1) El Código no prescribe esta manera de proceder, aunque la redacción del art. 1,184 la supone. Puede, pues, abreviarse el procedimiento; el juez pronunciará inmediatamente la resolución subordinándola á la única condición de que el demandado no cumpla sus obligaciones en el plazo que la sentencia le conceda. (2)

135. ¿Puede el deudor impedir la resolución cumpliendo sus obligaciones, y hasta qué momento puede hacerlo? Se enseña, y con razón, que el deudor es admitido á pagar hasta que el juez pronuncie la resolución del contrato. En efecto, el acreedor jamás tiene un derecho estricto á la resolución, porque no es en virtud del contrato como tiene lugar, sino porque el juez la pronuncia por consideraciones de equidad. Así, pues, aun cuando un primer fallo hubiera concedido un plazo y el deudor lo haya dejado pasar sin cumplir sus obligaciones, podrá todavía pagar en la segunda instancia: el contrato subsiste, y mientras no es resuelto, el deudor es admitido á cumplirlo. Hay más; la resolución no llega á ser definitiva sino cuando el fallo ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada. El demandado puede interponer apelación y ésta anula el fallo de primera instancia; el contrato conserva, pues, su fuerza, y por consiguiente, el deudor tiene el derecho de pagar durante la instancia de apelación. (3)

136. Según el art. 1,134, la parte que ha sufrido la falta de cumplimiento de la obligación, tiene la elección en-

1 Pothier, *De la Venta*, núm. 476. *De las Obligaciones*, núm. 672.

2 Larombière, t. II, pág. 355, núm. 49 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 453).

3 Demolombe, t. XXV, pág. 482, núm. 515. Larombière, t. II, pág. 353, núm. 46 (Ed. B., t. I, pág. 453).

tre demandar la resolución del contrato y perseguir el cumplimiento. El derecho de resolución, que no es más que una facultad fundada en la equidad, no puede perjudicar el derecho estricto que el acreedor tiene en virtud del contrato, para exigir el cumplimiento forzado. No sucede lo mismo en el caso de la condición resolutoria expresa. Cuando las partes han estipulado la condición resolutoria, no pueden ya, después del cumplimiento de la condición, demandar el cumplimiento del contrato: desde que la condición se realiza, no hay ya contrato, y es, por tanto, imposible perseguir el cumplimiento. Hay más, aun cuando las partes estuviesen de acuerdo para sostener el contrato no podrían hacerlo, pues no pueden revalidar un contrato, que por su propia voluntad, está considerado como si no hubiese existido; esto sería anular la condición resolutoria y el efecto que ha producido, y este es un hecho cumplido que ningún poder humano puede destruir. Sin duda, las partes son libres para convenir cuando una venta es resuelta, que el comprador conserve la propiedad de la cosa y el vendedor el precio, pero este convenio sería una nueva venta, y resultaría una nueva traslación de propiedad. Esta es una consecuencia lógica de la condición resolutoria expresa, obra de pleno derecho, y por tanto, cuando se cumple, el vendedor es considerado haber sido siempre propietario, y el comprador jamás ha tenido derecho sobre la cosa; por mejor decir, no hay vendedor ni comprador puesto que no ha habido venta. Así pues, solo en virtud de una nueva venta, es como el antiguo comprador puede llegar á ser propietario.

137. El que tiene el derecho de obrar en resolución puede renunciar y atenerse al cumplimiento del contrato. La facultad de renunciar no sería disputada. Se trata de derechos que son de interés privado, y cada uno es libre de

renunciar á lo que solo está establecido en su favor. El interés general, lejos de ser contrario á esta renuncia, la reclama cuando el propietario bajo condición resolutoria ha hecho actos de disposición; estos actos caerían si se pronunciase la resolución y subsistirían, por el contrario, si el acreedor renuncia á la acción resolutoria. En efecto, mientras no se pronuncia la resolución, el contrato subsiste y la renuncia hace imposible la resolución; el contrato continuará subsistiendo, y por consiguiente el comprador quedará propietario y todos los derechos concedidos por él serán firmes.

138. La renuncia ó la facultad de obrar en resolución puede ser expresa ó tácita. Esto es de derecho común, puesto que la renuncia es una manifestación de voluntad, y el consentimiento puede ser tácito lo mismo que expreso. La renuncia tácita, como todo consentimiento tácito, da lugar á dificultades. Hay que guardarse de confundirla con una renuncia presumida. La renuncia jamás se presume; hay más, las renunciaciones son de derecho estricto, como lo dice la Corte de Burdeos; (1) difícilmente se les admite porque no se renuncia á un derecho útil. Se necesita, pues, para que haya renuncia, que el hecho de que se deduce no deje duda alguna sobre la voluntad que tiene el acreedor de renunciar al derecho de resolución. (2) La cuestión llega á ser una dificultad de hecho, porque se trata de apreciar la intención del acreedor. Un padre interviene en el arreglo que su hijo hace con sus acreedores; se obliga á caucionar las obligaciones contraídas por el hijo, bajo la condición de que la fianza no tendría efecto, sino cuando el hijo obtuviese el consentimiento de todos sus acreedores; se estipuló, por otro lado, que el padre am-

1 Burdeos, 11 de Julio de 1832 (Daloz, palabra *Rentas Constituidas*, núm. 181, 2°).

2 Larombière, t. 11, pág. 420, núms. 99 y 100 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 478).

pararía y dispondría del activo de su hijo. Este despidió demandar la firma de todos los acreedores, el padre demandó la resolución de la fianza. Se le opuso que había cumplido el acuerdo, en lo que le era favorable, interviniendo en los negocios de sus hijos, y, por tanto, no puede pedir la resolución. (1)

Por el contrario, se ha juzgado que no hubo renuncia en el caso siguiente. El acreedor de una renta vitalicia estipula el derecho de resolución; cede el lugar de su hipoteca privilegiada á los prestadores que habían anticipado el dinero con el cual el deudor de rentas compró la finca, obligando una parte del precio á la creación de la renta vitalicia. El acreedor tuvo dos derechos; la acción de resolución del contrato y la acción personal garantizada por un privilegio; la renuncia del lugar que le daba su privilegio no suponía la renuncia al derecho de obrar en resolución. (2)

139. El acreedor que tiene el derecho de obrar en resolución, tiene también el de perseguir el cumplimiento del contrato. ¿Renuncia á uno de estos derechos ejerciendo el otro? Supongamos que comienza por demandar el cumplimiento: en este caso, no hay lugar á duda; generalmente se enseña que el acreedor conserva su elección; es decir, que si el deudor no cumple el contrato, el acreedor podrá intentar la acción resolutoria. La razón es bien clara, ¿Cuándo puede el acreedor obrar en resolución? Cuando el deudor no cumple su obligación. Por tanto, antes de demandar la resolución, es natural que el acreedor demande el cumplimiento del contrato. Tal es, por otra parte, el verdadero derecho del acreedor, el derecho que le dá su

1 Casación, 20 de Agosto de 1833 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,227).

2 Burdeos, 11 de Julio de 1832 (Daloz, palabra *Rentas Constituidas*, núm. 181, 2°).

contrato, y solamente cuando llega á obtener el cumplimiento, es cuando se decidirá á entablar la acción resolutoria. Así, pues, persiguiendo el cumplimiento, no manifiesta la voluntad de renunciar á la resolución: tiene dos derechos, ejerce desde luego el que es inherente al contrato, dejando á salvo obrar en resolución; no hay en esto intención alguna de renuncia. (1)

¿Si el acreedor comienza por demandar la resolución, podrá perseguir también el cumplimiento? La afirmativa nos parece cierta, aunque la cuestión sea controvertida. En efecto, la ley no exige que el acreedor ponga en mora al deudor antes de obrar en resolución; basta que conste que el deudor no cumple su obligación, para que el acreedor pueda demandar la resolución. El acreedor que tiene la elección puede, pues, intentar desde luego la acción resolutoria: ¿manifiesta por esto renunciar al cumplimiento del contrato? Por lo demás, cuando un acreedor demanda la resolución del contrato, no es porque no quiera el cumplimiento, sino porque no puede obtenerlo, y es por la dificultad de obtener el pago, por lo que la antigua jurisprudencia introdujo la acción resolutoria. Por tanto, cuando el acreedor obra en resolución, su acción sólo prueba una cosa, y es que no ha podido obtener el cumplimiento; pero él nada renuncia, éste es siempre su derecho esencial, y es por esto por lo que ha contratado. Si, pues, en el curso de la acción resolutoria advierte el modo de obtener su pago, ¿por qué no ha de poder abandonar la acción y perseguir el cumplimiento del contrato? Se alega un viejo adagio: "*E lecta una via non datur recursus ad alteram.*" La objeción prueba demasiado, porque podría también o-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 172, núm. 104 bis. II. Massé, y Vergé sobre Zachariae, t. III, pág. 382, nota 8. Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 370, núm. 1,839. Larombière, t. II, pág. 415 número 96 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 476). Demolombe, t. XXV, pág. 494, núms. 529 y 530.

nerse el adagio en la primera hipótesis, cuando el acreedor intenta primero el cumplimiento y después la resolución; y sin embargo, los autores están de acuerdo, casi todos, en permitirle cambiar de vía. El adagio, después de todo, nada prueba, supone que eligiendo una de las vías se renuncia á la otra, y en el caso, la voluntad de renunciar no existe. (1)

La Corte de Casación ha consagrado la doctrina que enseñamos. Ha decidido, en principio, que el acreedor que tiene dos derechos, la acción hipotecaria y la acción resolutoria, no se presume que renuncia á ésta porque ejercita la primera. Las dos acciones, dice la Corte, le son dadas para el mismo objeto, el pago del crédito. Si conviene al acreedor dar la preferencia á la acción hipotecaria, es bajo la condición sobreentendida de que esta acción será eficaz. Si, contra su intento, es desechada su acción, puede volver á intentar la acción resolutoria que no había abandonado, y cuyo ejercicio solamente había suspendido hasta el fin del procedimiento del orden. (2) Estos motivos se aplican también á la hipótesis en que el acreedor comienza por obrar en resolución: comenzar por una de las vías, no es renunciar á la otra. En efecto, toda renuncia es de derecho estricto, basta que haya duda sobre la voluntad de renunciar, para que no pueda admitirse.

140. ¿Deben aplicarse los mismos principios al caso en que el acreedor demanda el pago contra un segundo comprador, presentándose en el orden para ser colocado? ¿Puede después de esto demandar la resolución? Esta es la hipótesis en la que se ha pronunciado la sentencia de la Corte de Casación, que acabamos de citar (núm. 139). La Cor-

1 Demolombe, t. XXV, pág. 498, núm. 531. En sentido contrario, Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 373, núm. 1,841 y la mayor parte de los autores citados en la nota 1<sup>a</sup> de la pág. 154.

2 Denegada casación, 11 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 256).

te no distingue esta hipótesis de aquella en que la controversia existe entre el primer vendedor y el comprador, y no hay lugar á distinguir, siendo idénticos los principios. La cuestión, sin embargo, es controvertida, y debemos detenernos un momento para combatir los motivos que se dan en favor de la opinión contraria. Presentarse al orden, dice Troplong, es ratificar la venta hecha por el comprador. La expresión, al menos, es mala, y en derecho, debería hablarse un lenguaje jurídico. Se "ratifica" ó se "confirma" un acto viciado y nulo en razón del vicio que lo afecta. ¿Acaso la venta hecha por el comprador es nula? ¿Qué importa que no haya pagado su precio? No por eso es menos propietario, y él trasmite la propiedad al segundo comprador, dejando á salvo al primer vendedor obrar en resolución. Troplong continúa, y dice que, "el vendedor que se presenta al orden para ser pagado, adquiere la transmisión de la propiedad de manos del tercero comprador, y se priva, por consiguiente, del derecho de resolver en seguida lo que ha sido consumado á su vista, con su concurso y su participación." ¿Qué presentarse al orden para obtener su pago, es concurrir á la venta! La venta se hace sin participación del primer vendedor, y obrando en resolución, no ataca directamente esta venta, obra contra su comprador. Sin duda, la resolución volverá á obrar contra el segundo comprador, y la buena fe, dice Troplong, se opone á que el tercero comprador sea inquietado por lo mismo que ha "ratificado" el acto. ¿Todavía la "ratificación!" ¿No puede decirse que en fuerza de repetir una palabra, que en el caso no tiene sentido, se le dá la fuerza de un argumento invencible? La buena fe nada tiene que hacer en esta cuestión, lo mismo que la ratificación. Bajo el imperio del Código Civil, el tercero comprador pudo quejarse, no del vendedor que obró en resolución, sino del legislador; siendo privadas las transmisio-

nes de los inmuebles, los terceros compradores no tienen medio alguno de asegurarse de la existencia de la acción resolutoria, ni tampoco de destruirla. La nueva legislación ha corregido la falta del Código Civil: los terceros son advertidos por la publicidad y pueden destruir la acción resolutoria; y, por tanto, no son engañados. ¿Por qué, pues, se habla de buena fe? (1)

141. El Código Civil comprometió los derechos de los terceros; éstos podían sufrir la evicción por la acción resolutoria del vendedor, aunque no hubiesen tenido medio alguno de conocerla ni de prevenir sus efectos. Nuestra ley hipotecaria, así como la ley francesa sobre la inscripción, han subordinado la conservación de la acción resolutoria del vendedor, á la conservación del privilegio: si éste se extingue, la acción resolutoria se extingue igualmente; además, cumpliendo las formalidades de la purga, el comprador evita la acción resolutoria, al mismo tiempo que los privilegios y las hipotecas que gravan el inmueble. Expondremos el nuevo sistema en el título "De las Hipotecas."

Aquí bastará hacer notar que la innovación no es más que un remedio parcial del vicio que acabamos de señalar. Las leyes nuevas no se aplican más que á la acción de resolución del vendedor por falta del pago del precio; este es el caso más frecuente de resolución y de daño, que principalmente amenaza á los terceros compradores. Hay aun otros casos de resolución que las nuevas leyes no prevenen y que, por consiguiente, nos están sujetos á la publicidad. Los derechos del tercero comprador no están, pues, enteramente asegurados. Pero el intérprete debe acep-

1 Larombière, t. II, pág. 216, núm. 96 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 476. Demolombe, t. XXV, pág. 501, núms. 535 y 536. En sentido contrario Troplong, *De las Hipotecas*, t. I, núm. 225. *De la Venta*, t. II, núm. 659.

tar la ley con sus imperfecciones; el juez es llamado á aplicar la ley y no á corregirla. (1)

142. La condición resolutoria tácita, exige una acción judicial, en tanto que la acción resolutoria expresa, obra de pleno derecho. De ahí la cuestión de saber quién puede alegar la resolución, según que resulte de un fallo ó de la ley. La exposición de la cuestión basta para resolverla. Puesto que la condición resolutoria tácita, solo obra por una acción judicial, la consecuencia es, que solamente quien tiene el derecho de obrar puede alegar la resolución, ó sea la parte para quien se ha faltado al cumplimiento de la obligación, es la única que puede obrar en resolución; si no prefiere perseguir el cumplimiento; es, pues, la única parte en juicio que puede aprovechar la resolución pronunciada por el juez, no teniendo efecto el fallo sino entre las partes quejasas. Otra cosa sucede con la condición resolutoria expresa. Esta obra de pleno derecho, y desde el momento en que la condición se cumple, el contrato es resuelto como si jamás hubiese existido, y, por tanto, este contrato no puede producir efecto alguno en provecho de nadie ni contra ninguno. Los terceros pueden valerse de la resolución. Si, por ejemplo, la cosa fué poseída por un tercero detentador, podría rechazar la acción de reivindicación que se intentara contra el propietario, cuyo derecho desaparece por la condición resolutoria. (2)

143. ¿La resolución voluntaria produce los mismos efectos que la resolución judicial? Como esta cuestión se presenta sobre todo en materia de venta, la reservamos al título que trata de la cuestión.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 175, núm. 205 bis, VI. Larombière, t. II, pág. 373, núms. 64 y 65 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, páginas 463, 464).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 171, núm. 104 bis, I.

*Núm. 3. Efectos de la condición resolutoria tácita.*

144. Hemos dicho cuales son los efectos de la condición resolutoria expresa (núms. 113 y siguientes.) ¿Estos efectos son los mismos cuando la resolución es pronunciada por el juez en virtud del art. 1184? Por regla general sí. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 1168 refiere la condición resolutoria; el art. 1183 arregla los efectos cuando la condición se cumple. Este artículo supone que la condición ha sido estipulada por las partes contratantes. Después viene el art. 1184 que define la condición resolutoria tácita y expone el principio de que esta condición no obra de pleno derecho; esta es la única diferencia que establece la ley entre la condición resolutoria expresa y la condición resolutoria tácita; debe, pues, decirse que los efectos son los mismos, salvo la excepción que resulta del art. 1184 con las consecuencias que se desprenden. La ley dá el nombre de condición resolutoria á la condición que se sobreentiende en los contratos sinalmáticos, no determina los efectos excepto en lo que concierne al modo de obrar. Nos parece que la consecuencia es evidente; los efectos son idénticos. La ley, sin duda, podría estar redactada más metódicamente, pero el Código no es un manual. Por otra parte, los principios no dejan duda alguna, la condición resolutoria, por su naturaleza misma, produce los efectos que la ley y la doctrina le dan, y la condición resolutoria tácita es una condición resolutoria que el art. 1184 califica así; esto es decisivo. El principio no es dudoso; (1) hay, sin embargo, controversias en la aplicación.

145. ¿La condición resolutoria tácita tiene efecto retroactivo cuando es pronunciada por el juez? Se admite

1 Durantón, t. XI, pág. 101, núm. 88.

generalmente la afirmativa y con razón. Es cierto que el art. 1,184 no lo dice, pero el único objeto del art. 1,184 es establecer la diferencia que existe entre la condición expresa y la condición tácita, en lo que concierne al modo de obrar; en cuanto á los otros efectos, son idénticos (número 144), lo que es decisivo. Es, por otra parte, de la esencia de la condición resolutoria volver las cosas al mismo estado que tenían, como si no hubiese habido contrato. Si la condición resolutoria no tuviese efecto retroactivo, no sería una condición, sería un plazo, pues no podría decirse que el contrato estaba resuelto, habría que decir que había terminado para el futuro.

Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Lyon bastante confusa. El Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia había decidido que el contrato litigioso fué un arrendamiento, y la condición resolutoria no recibe aplicación en el arrendamiento. La Corte juzgó que el contrato tuvo de arrendamiento y de venta, lo que hizo dudosa la aplicación del art. 1,184. No se encuentra más que un argumento en los considerandos, y es, que la resolución, siendo pronunciada por el juez, no tendría efecto retroactivo. La razón es mala. (1) Es cierto que el juez pronuncia la resolución, pero lo hace en virtud de la ley; y ¿por qué la ley le permite pronunciarla? Porque se funda en la intención probable de las partes contratantes. ¿Y la voluntad tácita no tiene el mismo efecto que la voluntad expresa? La sentencia de la Corte de Lyon ha sido casada.

146. ¿Cuál es el efecto de la retroactividad entre las partes contratantes? Se aplica el derecho común; las cosas vuelven á su antiguo estado, como si no hubiese existido el contrato. ¿Si el contrato ha producido efectos que no pueden anularse, deberá concluirse que la resolución no podrá ser pronunciada? Tal fué la dificultad que se pre-

1 Lyon, 29 de Junio de 1855 (Daloz, 1857, 1, 281).

sentó ante la Corte de Lyon en el caso siguiente: Una mina es arrendada por treinta y seis años: el arrendatario cede las ventajas y las cargas de su contrato mediante 300,000 francos pagaderos por un tercero. El cesionario paga los dos primeros plazos, no paga el tercero y no cumple las cargas que se habían impuesto al concesionario. Por consiguiente, la resolución del contrato fué pronunciada. ¿Pero cómo debió entenderse la resolución? ¿Fué esta una resolución retroactiva que volvía las cosas á su antiguo estado como si no hubiese habido contrato? La Corte de Lyon dijo que fué imposible dar efecto retroactivo á la resolución. En efecto, dice la sentencia, la posesión transmitida al cesionario tuvo por objeto una explotación de carbón; el contrato aseguró, pues, al cesionario una serie de productos sucesivos provenientes de la substancia de la cosa, y la disminución en una proporción igual á su valor, siendo estos productos reputados como representantes de otras tantas ventas parciales como se consumían por el hecho de la percepción; una vez hecha la percepción, todo estuvo cumplido, la restitución no podía hacerse, y, por consiguiente, tampoco pudo tratarse de retroactividad. La Corte de Casación, por el contrario, expone como principio que la retroactividad establecida por el art. 1,183, se aplica al caso en que la condición resolutoria es tácita, como al caso en que la condición resolutoria es expresa; debe, pues, aplicarse al contrato que tiene por objeto la cesión del derecho de explotar, durante cierto número de años, las diversas minas de carbón existentes en un perímetro determinado, cuando el contrato llegó á ser resuelto por culpa del arrendatario, después de haber recibido en parte su cumplimiento. Es cierto que no fué posible al arrendatario dejar la mina en el estado en que la había tomado, pero pudo volver á ponerla en el estado en que se encontró, tocando á los tribunales arreglar lo que estuvo obli-

gado á restituir en razón del goce que hubiese tenido, y los daños y perjuicios que debía pagar. (1)

147. ¿La retroactividad de la condición tiene efecto respecto de terceros? Sí, y sin duda alguna; siendo el contrato resuelto como si jamás hubiese existido, el propietario bajo condición resolutoria ningún derecho ha tenido sobre la cosa, y por tanto, todos los derechos que ha concedido llegan á caer con el suyo. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (2) Hay, sin embargo, una reserva que hacer para las ventas de muebles. La acción contra los terceros es una acción de reivindicación, y los muebles corpóreos no pueden ser reivindicados contra los terceros poseedores de buena fe (art. 2,279) (3) Por consiguiente, la resolución ningún efecto tiene respecto de ellos; lo tendría en el caso en que, por excepción, es admitida la reivindicación. Los muebles incorpóreos quedan en el derecho común; por consiguiente, la acción de resolución tendrá efecto contra los terceros detentadores. (4)

148. ¿El acreedor que demanda la resolución puede obrar directamente contra los terceros detentadores? Hemos dicho que tiene este derecho cuando se trata de una condición resolutoria expresa. En este caso, no hay acción de resolución, sino que el contrato se resuelve de pleno derecho, y con el contrato desaparecen los derechos de los terceros. La resolución puede oponerse á los terceros en el sentido de que el propietario que reivindica puede alegar la resolución lo mismo que los terceros pueden invocarla, (núm. 142). No sucede lo mismo con la condición resolutoria tácita. Esta debe ser demandada judicialmente,

1 Casación, 31 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 281).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 85, nota 89, pfo. 302.

3 París, 10 de Agosto de 1832 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,215).

4 Larombière, t. II, pág. 432, núm. 112 del art. 1,184 (Ed. B., tomo I, pág. 482).

y por tanto, el contrato subsiste hasta el fallo así como los actos de disposición hechos en virtud del contrato. De ahí se sigue que el contrato debe, ante todo, ser resuelto. ¿Y contra quien debe intentarse la acción resolutoria? Esta es una acción esencialmente personal, puesto que nace de la falta de cumplimiento de un contrato; no puede, pues, formularse más que por el acreedor contra el deudor; y solamente cuando el contrato sea resuelto por sentencia del juez, es cuando el acreedor podrá obrar contra los terceros detentadores, no como acreedor, sino como propietario; y su acción es una acción de reivindicación, y no de resolución. Cuando el propietario reivindica contra los terceros, ¿puede oponerles el fallo que ha pronunciado la resolución del contrato? Nó, porque la resolución no existe sino en virtud de un fallo, y éste no tiene efecto alguno respecto de terceros que no han sido partes en el juicio. Para evitar un nuevo juicio, el acreedor que demanda la resolución, debe tener cuidado de llevar al juicio, al tercero comprador, durante la instancia de resolución; el fallo será, en este caso, común al deudor y á los terceros, y por consiguiente, el acreedor podrá pedir inmediatamente la reivindicación. Así, si se trata de una venta, la acción deberá intentarse simultáneamente contra el comprador y contra el tercero detentador, y el tribunal pronunciará, también simultáneamente, la resolución y la reivindicación. (1)

149. En nuestra opinión, el vendedor no tiene el derecho de obrar en resolución contra el tercero comprador, debe formular su acción contra el comprador que no ha cumplido su obligación, dejando á salvo poner en juicio al segundo comprador si quiere evitarse un segundo procedimiento. (2) La doctrina, en este punto, es indecisa, y

1 Demolombe, t. XXV, pág. 488, núms. 520 y 521. Compárese Larombière (bastante confuso) t. II, pág. 390, núm. 70 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 468).

2 Colmet de Santerre, t. XI, pág. 117, núm. 95,

hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Casación de Bélgica muy clara y muy precisa; pero la Corte se engañó, en nuestro concepto. El Tribunal de 1.ª Instancia de Bruselas, había juzgado en el sentido de nuestra opinión, y los motivos que dió nos parecen irrefutables. Se trató de la acción del vendedor primitivo; el comprador vendió sin haber pagado el precio. La obligación contraída por él, de pagar el precio, no engendra más que una acción personal, extraña al tercer comprador, á menos que éste, comprando, no se obligue personalmente para con el primer vendedor, lo que no sucedió en el caso. Así, ninguna acción personal puede ser dirigida contra el tercer comprador; esto no puede ser considerado sino á razon de la cosa que detiene, y debe restituirla cuando el título, por le cual le ha sido transmitida, es resuelto; esta acción es puramente real, es una acción en reivindicación, porque para reivindicar, es preciso ser propietario. La dificultad se reduce, pues, á saber si el vendedor es propietario desde el momento en que obra directamente contra el tercer comprador. ¿Cómo sería entonces que el contrato, por el cual es despojado de la propiedad, subsiste hasta el momento en que éste es resuelto por sentencia del juez? El vendedor puede, sin duda, demandar esta resolución; mas es preciso que la demande, y esto no es suficiente, porque el juez puede no pronunciarla. La conclusión es irrefragable: antes de obrar en reivindicación contra el tercer comprador, es preciso que el vendedor haga pronunciar la resolución contra el primer comprador.

Este juicio fué reformado por la Corte de Bruselas. La sentencia está motivada muy débilmente; se limita á declarar que la acción de abandono contra el tercer comprador deriva un "derecho real;" á este título puede ser directamente intentada contra un segundo comprador, salvo que éste demande la puesta en juicio del primer comprador.

El primer juez había respondido antes á este singular argumento. Se pretende que el vendedor que, ante toda resolución, obra directamente contra el tercer comprador, obra en virtud de un "derecho real." ¿Cuál será este derecho real? ¿La propiedad? Ya la ha renunciado, y el comprador, que ha vuelto á ser propietario, conserva la propiedad hasta que el tribunal pronuncia la resolución de la venta que le ha transmitido la propiedad. El comprador ha transmitido su derecho al segundo comprador; en consecuencia, en el momento en que una acción en reivindicación es intentada contra el segundo comprador, éste es propietario; ¡el vendedor reivindica, pues, contra el propietario! He aquí un absurdo jurídico que no puede ser.

La Corte de Casación confirma la sentencia de la Corte de Bruselas. (1) Comienza por decir que la acción en resolución, tiene por objeto revocar la venta y tiende directamente á hacer entrar al vendedor en la propiedad de la cosa que no había enajenado sino bajo una condición tácita que afecta las transmisiones ulteriores de la propiedad de esta misma cosa; se percibe desde luego el origen del error en que cae la Corte de Casación, esta es la teoría tradicional de una especie de acciones que serán al mismo tiempo personales y reales ó, como se dice en la escuela, *actiones personales in rem scriptæ*: verdadera monstruosidad jurídica, porque es jurídicamente imposible que una sola y misma acción sea personal, es decir, dirigida contra el deudor que no puede dirigirse más que contra él, y real; es decir, dirigida contra la cosa que no puede dirigirse más que contra ella. Es esto, sin embargo, lo que sostiene nuestra Corte de Casación. La acción en resolución del vendedor, acción personal, participa de la naturaleza de

1 Denegada casación, 22 de Febrero de 1845 (*Pasierisia*, 1845, 1, 320). Las autoridades favorables á esta opinión, citadas en la requisitoria del Procurador general Devvandre.

las acciones reales, y, por consiguiente, es personal-real; ahí se ve la monstruosidad del error. La conclusión es que la acción puede ser intentada contra el detentador de la cosa. La Corte no se fija en que hay aquí dos acciones esencialmente diferentes, una acción personal contra el comprador y una acción real de reivindicación contra el tercero comprador. Si el vendedor no persigue más que al tercero comprador, este responderá que es propietario; ¿puede un propietario ser obligado á abandonar? Se dirá que el vendedor obligará á la resolución. Mas, ¿contra quién, contra el tercero comprador que está en juicio? Esto es imposible, porque este comprador es tercero en el contrato, y no es el que ha faltado á sus obligaciones, es su autor y solo él puede responder á la acción en resolución. La Corte agrega que el segundo comprador, puede demandar la puesta en juicio de su autor. No se trata de lo que puede hacer el comprador, sino de lo que debe hacer el vendedor; este que es el demandante, es el que debe intentar la acción.

150. ¿Qué tiempo dura la acción de resolución intentada según el art. 1,184? En la opinión que acabamos de enseñar, la respuesta es muy sencilla. (1) El vendedor tiene dos acciones, una personal contra el comprador y la otra real contra el tercero detentador. La acción personal es la acción en resolución propiamente dicha, proviniendo del contrato y teniendo por objeto obtener la resolución. La duración de esta acción es la de todas las acciones personales; es decir, treinta años. No hay lugar de aplicar á la acción en resolución la disposición excepcional del artículo 1,104, que limita diez años la duración de la acción en nulidad ó en rescisión. La acción resolutoria no es una acción en nulidad, no se funda en un vicio que toque al

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 174, núms. 105 bis, IV y 105 bis, VI.

contrato, sino que supone, al contrario, que el contrato es válido, y se puede demandar la resolución en virtud de la condición resolutoria que es sobreentendida. (1) Se vé aquí, cuánto importa seguir con exactitud el lenguaje jurídico; los que asimilan la acción resolutoria á la acción en rescisión, deberían aplicar la misma prescripción á una y otra acción, lo cual sería una falsa aplicación, y, por consiguiente, una violación de los arts. 2,262 y 1,304.

En cuanto á la acción que el vendedor tiene contra los terceros, es una acción en reivindicación, acción real que dura también treinta años; mas la que el demandado puede rechazar por la prescripción de diez ó veinte años, si tiene título de buena fe. (2) El primitivo comprador no puede valerse de la prescripción; en efecto, la acción que el vendedor intenta contra él, no es una acción real en reivindicación, sino acción personal, y ésta no puede ser rechazada por la prescripción, sino que dura siempre treinta años.

De esto se deduce que la acción del vendedor puede tener diferente duración, según que obre contra el comprador ó contra un tercero detentador. Esto confirma nuestra opinión sobre la diferencia de dos acciones, y esto prueba también el error de la opinión contraria que confunde las dos acciones. Si las dos acciones se confunden en una sola, ¿por qué una, la que es contra el acreedor, dura siempre treinta años sin que el comprador pueda valerse de la prescripción, mientras que la que es contra el tercero detentador, puede durar diez ó veinte años nada más? ¿Es que una sola acción puede ser regida por dos diversas prescripciones?

1 Juicio del Tribunal de Bruselas del 6 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 6).

2 Compárese Demolombe, t. XXV, pág. 530, núms. 563-565.

151. Hemos supuesto que se trata de la condición resolutoria tácita. La condición resolutoria expresa no dá lugar á una acción en resolución, puesto que el contrato es resuelto de pleno derecho en virtud del contrato mismo. Solamente puede haber lugar entre las partes demandadas en restitución; estas acciones tienen la duración ordinaria de treinta años. Si un tercero detentador posee la cosa, la acción del vendedor será una reivindicación regida por los principios que acabamos de recordar. (1)

El demandado que tiene la acción del vendedor, ¿puede oponerse á la prescripción? No hay duda en cuanto al tercero comprador, si es de buena fé. Podrá creerse que el primitivo comprador puede también valerse de la prescripción puesto que la acción intentada contra él es una acción de reivindicación. Esto no es obstáculo, mas hay otro, que el comprador no tiene ningún título, puesto que el contrato en virtud del cual posee, es resuelto como si no hubiese existido jamás. Volveremos á hablar sobre esto al tratar de la *Descripción*.

152. Si la acción es intentada en virtud de un contrato que tiene por objeto bienes muebles, durará siempre treinta años, aun en el caso en que, por excepción, los bienes muebles pudieran ser reivindicados contra los terceros poseedores. No puede ser cuestión de prescripción puesto que no se aplica mas que á los inmuebles.

153. La condición resolutoria tácita dá lugar á las mismas dificultades que la condición resolutoria expresa, en lo que concierne á los actos de administración y de posesión hechos por el propietario cuyo derecho es resuelto. Si se admite el principio que hemos sentado (núm. 144) sobre la identidad de las dos condiciones, la solución no es dudosa. La doctrina y la jurisprudencia sostienen los actos de administración cuando se trata de la condición resolu-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 175, núm. 105 bis, V.

toria expresa, lo mismo que la condición resolutoria tácita y la razón de decidir es idéntica. (1)

Esta opinión nos ha parecido difícil de conciliar con el efecto que el art. 1,183 agrega á la condición resolutoria que se ha cumplido. Si no ha habido contrato, ¿cómo concebir que el propietario esté ligado por estos hechos por un detentador que jamás ha tenido derecho sobre la cosa?

154. Difieren mucho las opiniones en lo que concierne á los frutos percibidos por el propietario bajo condición resolutoria. ¿Debe restituírseles? En nuestra opinión la afirmativa no es dudosa. La condición resolutoria tácita produce los mismos efectos que la condición resolutoria expresa; porque cuando el contrato es resuelto por sentencia del juez, las cosas vuelven á su mismo estado, es como si no hubieran existido, (art. 1183.) Pero si no ha habido contrato, y el detentador no ha tenido derecho sobre la cosa ¿á título de qué conservará él los frutos? Atribuírseles, es violar el art. 1,183, porque si, en virtud del contrato resuelto, el propietario ha tenido derecho de percibir los frutos y de conservarlos, no se puede decir que este contrato es considerado como si no hubiese existido, es violar también el art. 54 que asienta el principio fundamental de esta materia, sobre que los frutos pertenecen al propietario. Y cuando una venta es resuelta, ¿quién ha sido propietario desde la percepción de los frutos, el comprador? Nó, ciertamente, es el vendedor, porque los frutos deben serle restituidos.

La opinión contraria se sigue generalmente en lo que concierne á la condición resolutoria expresa. Mas los pareceres se dividen mucho cuando se trata de la condición resolutoria tácita. Unos proceden lógicamente y deciden

1 Demolombe, t. XXV, pág. 505, núm. 538. Lieja, 20 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 364).

que no hay lugar á restituir los frutos; en efecto, si el comprador tiene derecho cuando el contrato es resuelto en virtud de una condición resolutoria expresa, no se comprende por qué no podría conservarlas cuando la venta es resuelta en virtud de la condición resolutoria tácita: las dos condiciones son idénticas, y donde hay identidad de principio, debe haber identidad de efecto. (1) Los autores inconsecuentes, comienzan por asentar como regla, que el comprador bajo condición resolutoria expresa no debe restituir nada de los frutos, pues hacen excepción cuando la venta es resuelta en virtud de la condición resolutoria tácita del art. 1,184. Troplong es de esta opinión; nos parece que motiva tan mal la excepción como la regla. "Los frutos, dice, no pueden ser demandados contra el comprador, porque es quien los ha hecho suyos por su buena fe y por su industria." ¿Quiere esto decir que el comprador es poseedor de buena fe en el sentido del art. 550? Basta leer este artículo para convencerse de que no puede ser aplicado al comprador que poseé, no en virtud de un título viciado, sino en virtud de un título resuelto. Si el comprador no es poseedor de buena fe en el sentido legal de la palabra, ¿para qué hablar de su "buena fe" y de su "industria?" ¿Dónde se ha dicho que la industria dá derecho á los frutos? Hemos llegado á la excepción. Cuando la venta es resuelta en virtud de la condición resolutoria tácita, el vendedor tiene derecho, según Troplong, de demandar contra el comprador todos los frutos percibidos. La razón es que la resolución del contrato produce un efecto retroactivo. Preguntamos si por ventura la condición resolutoria expresa no tiene efecto retroactivo, y, ¡cosa singular! la ley no dice formalmente que la condición resolutoria tácita lo tenga; se deduce por consecuencia del art. 1,183 y de los principios. La retroactividad, tendría,

1 Demolombe, t. XXV, pág. 508, núms. 540 y 541.

pues, un efecto más considerable en el caso en que no la pronuncia la ley, que cuando la establece en los términos más enérgicos. Continúa Troplong: "El comprador que no tiene buena fe y rehusa cumplir su obligación, falta á un título justo para hacer suyos los frutos." ¿De qué "buena fe," y de qué "título justo" querrá hablar el autor? ¿Será de la buena fe legal del art. 550? El comprador no la tiene, más en el caso de la condición resolutoria expresa que en el de la condición resolutoria tácita. Si se trata de una ó de otra buena fe, remitimos á Troplong al art. 547 que parece haber olvidado, y en el cual dice que los frutos pertenecen, no al que poseé de hecho con buena fe, sino al que es propietario. (1)

La jurisprudencia distingue. Entre las partes admite el principio de la restitución de los frutos; la Corte de Casación motiva esa decisión sobre la retroactividad establecido por el art. 1,183. (2) Mas el efecto retroactivo de la condición resolutoria, dice la Corte en otra sentencia, se restringe á los contratantes ó á sus herederos. ¿Cuál es el fundamento de esta distinción? La Corte de Casación dice que la venta transmite la propiedad al comprador; que desde entonces todos los frutos le pertenecen, y que, por consiguiente, los terceros que, en cumplimiento del contrato han percibido los frutos, no deben devolverlos al vendedor, cuando, usando del derecho de resolución, hace anular la venta. (3)

No es posible conciliar estas decisiones, la contradicción es evidente. Si la retroactividad resuelve la propiedad del comprador con respecto al vendedor, y le obliga á restituir los frutos, el mismo principio debe tener las mis-

1 Troplong, *De la Venta*, t. II, núm. 652.

2 Casación 23 de Julio de 1834 (Daloz, en la palabra *Venta*, número 1,377).

3 Denegada casación, Sala Civil, del 18 de Julio de 1854 (Daloz, 1854, 1, 357).

mas consecuencias en cuanto á los terceros; ¿pueden estos tener cualquier derecho en virtud de un contrato que la ley declara nula al grado de ser considerada como si no hubiera existido? Y si, á pesar de la nulidad del contrato, los terceros no deben ninguna restitución, ¿por qué el comprador ha de estar obligado á restituir los frutos que ha percibido? Hay en esto una falta completa de principios. La Corte establece distinciones que la ley ignora, disponiendo que la condición resolutoria que se ha cumplido vuelva las cosas al mismo estado como si el contrato no hubiera existido; el art. 1,183 no distingue los efectos del contrato entre las partes y los efectos del contrato con respecto á los terceros; con qué derecho la Corte distingue lo que la ley nó? Esto es hacer la ley y la ley está ya hecha, si es mala, que la cambien, pero no le pertenece al intérprete corregirla.

155. El art. 1,184 dice que la parte que demanda la resolución puede reclamar daños y perjuicios: este es el derecho común, de donde se sigue que también debe daños y perjuicios en caso de que el acreedor demande el cumplimiento del contrato. La doctrina y la jurisprudencia dicen que se aplican los principios generales que rigen los daños y perjuicios. (1)

#### § VII. DEL PACTO COMISARIO.

156. En derecho romano, la condición resolutoria, no es sobre entendida para el caso en que una de las partes no satisfaga sus obligaciones. Si las partes quisieron que el contrato fuese resuelto en caso de falta de cumplimiento, ellas debieron estipular: esta cláusula se llama pacto comisario. En nuestro derecho moderno, es inútil estipular

1 Demolombe, t. XXV, pág. 492, núm. 523. Bruselas, 29 de Noviembre de 1861 y 31 de Marzo de 1869 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 303. 1869, 2, 158).

la resolución para el caso en que una de las partes no satisfaga sus obligaciones, puesto que la condición se sobre entiende en virtud de la ley. Sin embargo nada es más frecuente que esta cláusula, y conserva el nombre de pacto comisario. ¿Cuál es el efecto? ¿Tiene el pacto comisario los efectos de una condición resolutoria expresa ó de una condición resolutoria tácita? Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina hay alguna incertidumbre sobre este punto. Creemos que la cuestión está basada en términos muy absolutos y la respuesta tiene que ser lo mismo. Todo depende de la intención de las partes contratantes. ¿Por qué insertarán en su contrato una cláusula que la ley sobreentiende? Es muy difícil conocer esta intención que puede variar en un caso á otro. El pacto comisario puede, pues, tener efectos muy diferentes, según la voluntad de las partes. Lo que las partes quieren expresar en la cláusula es lo que estipulan; es preciso ver en qué términos está concebido el pacto comisario. (1)

#### Núm. 1. Primera hipótesis.

157. Sucede con mucha frecuencia que el pacto comisario no es una cláusula de estilo; es decir, que las partes ó el redactor de la escritura no hacen más que reproducir la condición resolutoria tácita, tal cual está formulada por el art. 1,184. Se ha dicho en una escritura, que si una de las dos partes no cumple con ninguna de sus obligaciones, la otra tendrá derecho de demandar la resolución. La cláusula formulada así producirá los efectos de una condición resolutoria expresa, donde no hay otro efecto que el que el art. 1,184 atribuye á la condición resolutoria tácita? El interés de la cuestión consiste en saber si el pacto comisario obra de pleno derecho, ó si la resolución

1 Esto es lo que dijo muy bien la Sala de Casación de Bruselas. Denegada casación, 19 de Noviembre de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, página 212).

deberá ser demandada en justicia, con poder, para el juez, de conceder un plazo al demandado, según las circunstancias.

La opinión general es que, en esta primera hipótesis, el pacto comisorio se confunde enteramente con la condición resolutoria tácita. (1) Este es un principio tradicional, formulado por Casaregis, que la expresión de una condición intrínseca, y que siempre es sobreentendida, no agrega nada al efecto de esta condición. (2) Esta regla de interpretación es muy racional. La ley dice: "Si una de las partes no cumple su obligación, la otra podrá demandar la resolución del contrato." Las partes transcriben esta disposición en la escritura que hacen de sus convenios. ¿Esta cláusula cambiará de naturaleza y de efecto, por estar en una escritura? Para que así fuera, se necesitaría que la intención de las partes hubiera sido transformar la condición resolutoria tácita en condición resolutoria expresa. Es fácil probar que no puede ser esa su intención. Lo más común es que las partes no redacten la escritura, y si la cláusula resolutoria es insertada, es por una antigua costumbre de las cláusulas de estilo; ¿se podrá decir que, en ese caso, la intención de las partes sea de derogar la ley? Nó, ciertamente. Es necesario decir más: no es ese su interés. Si la condición resolutoria tácita, escrita en el contrato, tiene por efecto asimularlo á una condición resolutoria expresa, resultará que el contrato es resuelto de pleno derecho; es decir, á pesar de las partes. Así como la venta será resuelta cuando el comprador no paga el precio, de la misma manera el vendedor querrá mantenerla, procurando su cumplimiento. El vendedor se pondría á

1 Véase el pasaje de Casaregis, en Massè, *Derecho Comercial*, tomo III, pág. 352, núm. 1,821.

2 Colmet de Santarre, t. V, pág. 172, núm. 105 bis, I. Larombière, t. II, pág. 361, núm. 53 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 455). Demolombe, t. XXV, pág. 518, núm. 549.

merced del comprador, exponiéndose á que éste, si la compra no le convenía, rehusase cumplir para que el vendedor fuera obligado á volver á tomar la cosa. ¿Podrá admitirse que una de las partes consienta en hacer depender de la mala voluntad de la otra el cumplimiento del contrato y su resolución?

Hay más. Cuando el comprador no paga el precio, el vendedor tiene dos derechos: tiene la elección, dice el artículo 1,184, ó de obligar al comprador á cumplir el convenio, ó de demandar la resolución con daños y perjuicios. Las partes insertan la cláusula resolutoria en la escritura de venta, y si esta cláusula equivale á una condición resolutoria expresa, la venta será resuelta de pleno derecho, y, por consiguiente, el vendedor no podrá demandar el cumplimiento del contrato. ¿Podrá admitirse que se desprenda de uno de los derechos que le pertenecen, nada menos que el más esencial, el de exigir el cumplimiento del contrato? Inútilmente se busca una razón por la cual las partes obrarían así, y no se puede suponer que obrasen sin razón.

Esto responde á una objeción que se puede hacer contra nuestra opinión. La condición resolutoria es expresa ó tácita. Es expresa cuando es estipulada por las partes y es tácita cuando no está escrita en el contrato, sino sobreentendida por la ley. Pero, la condición resolutoria por falta de cumplimiento del contrato deja de ser tácita cuando es estipulada por las partes; el pacto comisorio no es sobreentendido, es expreso, y, por consiguiente, una condición expresa que debe producir el efecto de toda condición expresa; es decir, obrar de pleno derecho la resolución del contrato. Respondemos que hay una gran diferencia entre la condición resolutoria expresa y el pacto comisorio. Cuando las partes sujetan la resolución de sus conve-

nios á una condición resolutoria casual ó potestativa, su voluntad es que el contrato sea resuelto cuando la condición se cumpla; su solo derecho, si la condición se realiza, consiste en exigir las restituciones que una debe hacer á la otra para poner las cosas en el mismo estado que si el contrato no hubiera existido; no puede ser cuestión para ellas de demandar el cumplimiento del contrato, puesto que es nulo por su propia voluntad y no podrían sostenerlo aun cuando quisieran (núm. 116). Es de otro modo cuando las partes estipulan el pacto comisorio, es decir, la resolución para el caso en que una de ellas no cumpliera su obligación. En caso de falta de cumplimiento, el acreedor tiene dos derechos entre los cuales puede escoger: puede exigir el cumplimiento forzado del contrato ó demandar la resolución. Estipulando el derecho de demandar la resolución, el acreedor no renuncia al derecho de exigir el cumplimiento. Puesto que tiene la facultad de elegir entre dos derechos, conviene que manifieste su voluntad declarando cuál es el derecho que se propone ejercer. Desde entonces el contrato no puede ser resuelto de pleno derecho.

Se alega el texto del art. 1,184 para deducir que el pacto comisorio obra de pleno derecho. El segundo párrafo del art. 1,184 dice: "*En ese caso*, el contrato no es resuelto de pleno derecho;" es decir, en el caso de la condición resolutoria tácita, previsto por el primer párrafo. En consecuencia, desde que la condición resolutoria no es tácita, desde que está escrita en el contrato obra de pleno derecho la resolución. (1) Se responde que las palabras "en este caso" son empleadas por oposición á la condición resolutoria expresa, la cual es tratada en el art. 1,183. (2) La res-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 349, núm. 554.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 83, nota 83, pfo. 302 y todos los autores.

puesta no es decisiva, porque se puede decir que el pacto comisorio es comprendido en el art. 1,183, puesto que está estipulado por las partes. Conviene, pues, penetrar más á fondo la esencia del pacto comisorio y probar, como lo hemos hecho, que, aunque escrito en el contrato, el pacto difiere esencialmente de la condición resolutoria expresa.

158. ¿Cuál será el pacto comisorio en esta primera hipótesis? Puesto que se confunde con la condición resolutoria tácita, se concluye que tendrá los efectos que el artículo 1,184 agrega á esta condición; es decir, que la resolución deberá ser demandada en justicia, y que el juez podrá conceder un plazo al demandado, según las circunstancias. El orador del Gobierno, Bigot-Préameneu, interpreta el pacto comisorio en este sentido, después de haber analizado el art. 1,184. Aun cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, se podrá probar la falta de cumplimiento, examinando las causas, distinguiendo en ellas un simple retardo, y si en el examen de esas causas hay algo favorable, el juez se verá obligado por la equidad á conceder un plazo. (1) Hay una sentencia de la Corte de Lieja, en este sentido. Un arrendamiento enfiteútico contenía la siguiente cláusula: "En caso de falta de cumplimiento de las condiciones, el arrendador podrá demandar la resolución del arrendamiento." El enfiteuta retardó el pago del cánon y el arrendador demandó la resolución del arrendamiento. Después del requerimiento de pago, el enfiteuta ofreció pagar la suma que debía; estas ofertas fueron rechazadas, y el arrendador pretendió que la cláusula resolutoria era expresa, y que si no se aplicaba se violaban los arts. 1,183 y 1,184. Estas pretensiones fueron rechazadas. La Corte dijo muy bien que la intención de las partes no había sido de hacer obrar de

1 Exposición de los Motivos, núm. 70 (Loaré, t. VI, pág. 159).

pleno derecho la resolución del contrato, puesto que había obligación expresa para el arrendador, de formular la demanda. Como el enfiteuta había ofrecido pagar no se podía decir que había faltado á sus obligaciones. Parece que la Corte insiste sobre una circunstancia de la causa que no nos parece nada decisiva, y es que el enfiteuta había hecho sus ofertas antes que el arrendador hubiera formulado su demanda en resolución; á nuestra vista, el deudor podía aun pagar después de entablada la demanda y durante todo el curso de la instancia; este es el derecho común, y el pacto comisorio no derogó este punto. (1)

159. En general, habrá una acción judicial, puesto que el pacto comisorio equivale á la condición resolutoria tácita. Mas no hay nada de absoluto en esta materia, todo depende de la intención de las partes contratantes. Un propietario concedió una reducción á su arrendatario sobre lo que le debía, estipulando que la suma que restaba sería pagada en un plazo de dos años, reservándose el derecho de poder anular la rebaja consentida. La palabra *anular* indica, en este caso, una condición resolutoria y la resolución está al arbitrio del acreedor. El primer juez declaró la resolución cumplida porque el arrendatario no había pagado en los dos años y que el arrendador se había reservado todos sus derechos contra él. Este es un error: Se juzgó por la Corte de apelación y por la Corte de casación que el propietario tenía solamente la facultad de anular la rebaja en caso de que el deudor no cumpliera sus obligaciones, porque, un derecho facultativo exige una manifestación de voluntad. La dificultad está en saber si es necesaria una demanda judicial. No es este punto el que conduce al debate.

La Corte de Paris se limitó á declarar que el acreedor

1 Lieja, 9 de Agosto de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 49).

debía constituir en mora al deudor. La Corte de casación se expresa en términos más generales, no exige un requerimiento, y con razón, esperamos lo mismo; es suficiente una escritura que constituya el ejercicio de la facultad reservada; no habiendo manifestado su voluntad el propietario por ninguna escritura, de anular la rebaja, el arrendatario hubiera podido cumplir la condición pagando la suma que debía. (1)

Se estipuló en un arrendamiento que el precio debería pagarse, á más tardar, tres meses después de la espiración de cada año, bajo "pena de prescripción" y que el arrendatario estaría obligado á entregar sin contradecir, si el arrendador lo quería. ¿Qué es eso de pena de prescripción? Una mala expresión para marcar que habría resolución si el arrendatario no pagaba en el plazo fijado. ¿Es esta una condición resolutoria expresa regida por el artículo 1,183? La Corte de Bruselas lo juzgó así. Creemos que sobre este punto se equivocó. La cláusula que dice que el precio debía pagarse bajo pena de resolución, reproduce solamente la disposición del art. 1,184. Sin embargo, derogó en el sentido que las partes se sometieron á la voluntad del arrendador, y como el arrendatario se obligó á entregar sin contradecir, cuando el arrendador quisiera, fué suficiente, como lo hizo el propietario, manifestarle un mandato de desocupar los lugares. (2) La decisión fué justa en el fondo, pero mal motivada.

El propietario de una mina, concedió su explotación con la condición de que la interrupción sola de los trabajos de explotación durante nueve meses, haría volver la mina á su poder. Esta resolución ¿debía ser demandada en justicia? La Corte de Riom decidió que la demanda en resolución, podía ser formulada sin ser precedida de una

1 Denegada la casación, 4 de Abril de 1859 (*Dalloz*, 1859, 1, 451);  
2 Bruselas, 11 de Febrero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 49).

constitución en mora; que la falta de cumplimiento del contrato, vencido el término, el derecho á la resolución estaba adquirido, sin que el juez pudiera, en ese caso, conceder un plazo para cumplir el contrato. ¿Es necesario concluir de aquí, como lo hace un recopilador, que la falta de cumplimiento de una obligación de hacer, resuelve de pleno derecho el contrato cuando se ha cumplido? La Corte no dice esto. Hay acción judicial, por consiguiente, no puede ser cuestión de una resolución de pleno derecho. Más las partes habían derogado el art. 1,184, en el sentido que, según su intención, la resolución debía haber tenido lugar desde que la interrupción de la explotación era constante; esto se comprende por la naturaleza de la obligación impuesta al arrendatario y por el interés que tenía éste de una buena explotación. (1)

160. Queda una dificultad. Se vé por los ejemplos que hemos dado que es muy difícil determinar el carácter del pacto comisorio. ¿Cuándo equivale á la condición resolutoria tal cual es definida por el art. 1,184? Es esta una cuestión de interpretación que es preciso abandonar á la prudencia del juez. Los autores consideran como una simple cláusula resolutoria, reproduciendo el art. 1,184, el pacto que estipula que el contrato será resuelto si el deudor no cumple sus obligaciones. (2) Esto nos parece muy dudoso. El art. 1,134 no dice que el contrato será resuelto, dice que la parte para con la cual la obligación no ha sido cumplida, puede demandar la resolución, lo que implica la necesidad de una demanda judicial. Cuando las partes dicen que el contrato será resuelto, no hablan de una demanda; dicen, por consiguiente, que habrá resolución sin demanda; aquí está bien la condición resolutoria

1 Riom, 4 de Agosto de 1840 y el análisis del recopilador (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,202, 7°).

2 Véanse los autores citados, pág. 171, nota 3.

expresa del art. 1,183. No insistimos, porque no se pueden decidir cuestiones *á priori*, ni en uno ni en otro sentido.

*Núm. 2. Segunda hipótesis.*

161. El pacto comisorio dice que el contrato "será resuelto de pleno derecho" si una de las partes no cumple sus obligaciones. Esta cláusula deroga formalmente el art. 1,184. En efecto, el Código dice que la condición resolutoria tácita no obra de pleno derecho, en tanto que las partes declaren que el contrato será resuelto de pleno derecho si el deudor no cumple sus obligaciones. Es necesario decir que, en este caso, las disposiciones del art. 1184 no tendrían aplicación. La ley dice en cuál sentido no obra de pleno derecho la condición resolutoria tácita; es que la resolución debe ser demandada en justicia y que se puede conceder demandado un plazo según las circunstancias. Resulta en el caso, que obrando el pacto comisorio de pleno derecho, la resolución no deberá ser demandada en justicia (1) y que el juez no podrá conceder plazo al demandado. Tal es, al menos, el principio, salvo decisión contraria que resulte de la voluntad de las partes.

El Código deroga, bajo este concepto, el antiguo derecho. Se consideraba en otro tiempo el pacto comisorio como una simple amenaza. Cualesquiera que fuesen las expresiones de que los contratantes se servían, su voluntad era inútil para obrar la resolución de pleno derecho. Los tribunales, dice Toullier, se obstinaban en juzgar que esas cláusulas no tenían más efecto que la sentencia de los jueces, según la gravedad del hecho y las circunstancias. Toullier tiene razón de criticar una jurisprudencia que se

1 Bruselas, 1° de Julio de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 440), 23 de Mayo de 1825 (*ibid.*, 1825, pág. 409).

sometía a la voluntad de las partes, cuando la misión del juez es de asegurar el cumplimiento de lo que las partes quisieron. (1) Mas la dificultad está en precisar cuál es exactamente su intención.

162. Es cierto que el pacto comisorio que certifica que el contrato será resuelto de pleno derecho, deroga el artículo 1,184. ¿Pero hasta dónde va la derogación? El primer punto está fuera de duda, y es que, aun así formulado el pacto comisorio, no equivale á la condición resolutoria expresa.

Esto obra la resolución por fuerza del contrato, porque las partes lo han querido y han manifestado su voluntad en el contrato, siendo inútil que la manifiesten de nuevo. Hay más; no podría ni aun manifestar una voluntad contraria, y aunque quieran sostener el contrato resuelto no podrían si la resolución ha tenido lugar, porque no depende de ellas destruir un hecho consumado. ¿Es lo mismo con el pacto comisorio? Nó, porque este que tiene derecho de demandar la resolución, tiene aun otro derecho, el de demandar el cumplimiento de la escritura; estipulando la resolución de pleno derecho; no ha renunciado al derecho esencial que tiene de su contrato, habiendo dos derechos, puede elegir, porque la elección exige una manifestación de la voluntad. Es preciso que el acreedor diga lo que quiere: si desea obrar en resolución ó exigir por fuerza el cumplimiento del contrato. He aquí una diferencia entre el pacto comisorio y la condición resolutoria expresa, que resulta de la naturaleza misma del pacto comisorio. (2) De aquí procede una consecuencia muy importante. La condición resolutoria expresa obra la resolución del contrato

1 Toullier, t. II, 2, pág. 346, núm. 550. Demolombe, t. XXV, página 519, núm. 550 y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,199.

2 Colmet de Santorre, t. V, pág. 173, núm. 105 bis, II. Demolombe, t. XXV, pág. 522, núm. 553.

de una manera absoluta; toda persona interesada puede valerse de la resolución. No es lo mismo con el pacto comisorio, que no puede invocarse más que por el interesado que lo estipuló, es decir, por el acreedor para con el cual la obligación no ha sido cumplida; el deudor no puede, ciertamente, valerse de la falta de cumplimiento de sus obligaciones para demandar la resolución. Entonces, cuando hay falta de cumplimiento, el contrato subsiste y el acreedor condena el derecho de elegir que le dá el art. 1,184: puede obligar al deudor al cumplimiento del contrato ó de demandar la resolución. (1)

163. Si el acreedor opta por la resolución del contrato, debe demandarla. ¿Cómo debe formular su demanda? ¿Es cierto que no debe obrar en justicia, sino que debe constituir al deudor en mora por una notificación? La duda viene del art. 1,656, que dice: "Si ha sido estipulado al tiempo de la venta de inmuebles, que, precisa el pago del precio en el término convenido, la venta será resuelta de pleno derecho; el comprador puede, sin embargo, pagar el precio después de la espiración del plazo, en tanto que no haya sido puesto en mora por un *requerimiento*" Este artículo es una aplicación de los principios que acabamos de expresar, que la venta no es resuelta de pleno derecho más que en interés del vendedor; es preciso que declare si su intención es de llevar á cabo la resolución. La ley dice que el vendedor manifieste esta intención por una "modificación;" esta disposición del art. 1,656 ¿es también una aplicación de los principios generales ó la deroga? la cuestión es muy controvertida, los autores se dividen y la jurisprudencia vacila. La dificultad está en saber si es precisa una notificación para manifestar la elección que pertenece al acreedor, entre el cumplimiento y la resolución

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 35, nota 88, pfo. 302.

del contrato. Creemos que, según los principios, se debe responder negativamente. El contrato será resuelto, si el acreedor quiere que lo sea; he aquí lo que quiere decir pacto comisorio cuando se estipula de pleno derecho. Por consiguiente, desde que el acreedor ha declarado su voluntad, la resolución debe tener lugar. Inútilmente se dice que el deudor no es puesto en mora mas que por un requerimiento ú otro acto equivalente (art. 1,139). No se trata de constituir al deudor en mora; la puesta en mora es necesaria para afirmar que el acreedor tiene derecho á daños y perjuicios á razón de la falta de cumplimiento del contrato; mientras que en el pacto comisorio, se trata de saber si el acreedor quiere usar del derecho que tiene á la resolución del contrato. No hay nada de común entre un derecho de elección que no exige mas que una simple declaración de voluntad y el derecho á daños y perjuicios por la falta de cumplimiento del contrato. Es preciso, pues, dejar aquí el art. 1,139, que es extraño al debate. Si el deudor lo disputa, el acreedor deberá probar que hay falta de cumplimiento del contrato y hará esta prueba según el derecho común; no es necesario que certifique la falta de cumplimiento por una notificación. Sin duda la notificación es el medio más fácil de probar que el deudor no ha cumplido sus obligaciones; más una cosa es saber lo que la prudencia recomienda al acreedor hacer, y otra cosa es saber lo que la ley obliga á hacer. Se objeta al art. 1,656 que quiere un requerimiento, mas esta disposición no es la aplicación de un principio general, no se puede formar una regla y exigirla en todos los casos en que se trate para el acreedor de optar entre la resolución y el cumplimiento del contrato. ¿Se demandará porque el art. 1,656 quiere un requerimiento? Se puede responder con Troplong, que es á razón de la importancia de la venta inmueble y para prevenir toda dificultad. Puede ser que el legislador hiciera

bien de exigir un requerimiento en todos los casos para prevenir toda dificultad; mas el intérprete no tiene que ver con lo que el legislador debía hacer; está ligado por lo que el legislador ha hecho y si hay un vicio no tiene permiso de llenarlo. (1) Merlin reprocha á la Corte de Casación haber juzgado el pró y el contrato de la cuestión que nos ocupa. (2) Esto prueba que es dudosa. En efecto, el acreedor recurre generalmente al requerimiento. Si tiene un título auténtico, puede obrar por vía de mandato y repetir directamente lo que el deudor le debe restituir. (3) Sin embargo, este rigor puede ser moderado, en hecho, por voluntad de las partes contratantes. Si el acreedor, á pesar de la cláusula enojosa del pacto comisorio no usa de su derecho, si concede plazos á su deudor, renunciando finalmente á exigir la rescisión del contrato, no podría en seguida, sin previo requerimiento, declarar que tiene el contrato por resuelto. La Corte de Gand lo juzgó así en materia de arrendamiento; su decisión concilia el derecho con la equidad. Libra al arrendador de volver sobre su renuncia para el porvenir; más el arrendatario debe contar con la indulgencia del propietario, puesto que el contrato fué hecho en ese sentido. Porque los convenios, y especialmente los arrendamientos, deben ser hechos de buena fe. Si, pues, el arrendador entiendo por avenirse, valerse del rigor del pacto comisorio, la equidad y la justicia exigen que declare al arrendatario este cambio de voluntad. (4)

164. ¿El deudor puede aun detener la resolución, cumpliendo sus obligaciones, después que el acreedor ha ma-

1 Troplong, *De la Venta*, t. II, núms. 666 y 667. Larombière, *tomó t. II*, pág. 364, núm. 55 del art. 1,184, y pág. 367, núms. 58 y 59 (Ed. B., t. I, pág. 458). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 84, nota 85 y las autoridades que se han citado.

2 Merlin, *Cuestiones de Derecho*, t. VI, pág. 272, en la palabra *En fiteusis*, pfo. III.

3 Bruselas, 25 de Junio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 188).

4 Gand, 19 de Enero de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 149).

nifestado su voluntad de resolver el contrato? Nos parece que la negativa es evidente. Cuando hay condición resolutoria tácita, el deudor es esperado siempre á pagar, hasta que el juez haya pronunciado la resolución del contrato (núm. 135). La razón es muy sencilla, porque el acreedor no tiene ningún derecho positivo á la resolución, sino hasta que el juez la pronuncia por condiciones de equidad; y mientras el contrato subsista, el deudor tiene, naturalmente, el derecho de cumplirlo. Es enteramente distinto en el caso del pacto comisorio, porque el contrato es resuelto de pleno derecho desde el momento en que el acreedor declara que hizo uso de la cláusula resolutoria, y estando resuelto el contrato, ¿cómo podría el deudor impedir la resolución? ¿Cómo cumpliría un contrato que ya no existe? El art. 1,656 confirma esta opinión. Si se ha convenido que la venta sea resuelta de pleno derecho por falta de pago en el precio convenido, el comprador podrá, sin embargo, pagar después del vencimiento del plazo, "siempre que no haya sido puesto en mora por una notificación." La expresión "puesto en mora" no es exacta á nuestro modo de ser; porque no se trata de constituir en mora al comprador, sino de saber si el vendedor opta por la resolución, y desde que ha manifestado su voluntad, la venta es resuelta de pleno derecho, como lo dice el contrato.

Esta es la opinión generalmente seguida, y es afirmada por la jurisprudencia. (1) Hay algunos disentimientos (2) insignificantes. Se invoca la equidad cuando las partes han querido suprimirla. La condición resolutoria tácita establecida por el art. 1,184, es una disposición de equidad. Estipulando la resolución de pleno derecho, las partes su-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 85, nota 87 y las autoridades que han sido citadas. Bruselas, 1º de Julio de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, página 40).

2 Durantón, t. XI, pág. 526, núm. 556. Delvincourt, t. III, página 157).

primen la equidad; es preciso, pues, atenerse á la cláusula resolutoria que es de rigor.

165. Se pregunta si el juez puede conceder un plazo al demandado conforme al art. 1,184. Bajo el punto de vista de los verdaderos principios, la cuestión no se comprende aún. Se concibe que el juez conceda un plazo cuando es él quien pronuncia la resolución, porque el deudor es entonces esperado á pagar hasta que el Tribunal resuelve el contrato, y la equidad puede exigir que el juez conceda un plazo para hacer el pago. Mas cuando la resolución se hace de pleno derecho, tiene lugar por la voluntad del acreedor, y el juez no interviene, porque desde que el acreedor ha manifestado su voluntad, el contrato es resuelto. ¿Cómo podrá el juez conceder un plazo para cumplir el contrato cuando no lo hay? Esto es contradictorio. El art. 1,656 viene confirmando esta opinión, pues dice formalmente que el juez no puede conceder un plazo al comprador después que el vendedor ha requerido al comprador cumplir sus obligaciones. (1)

166. La Corte de Paris juzgó lo contrario en el siguiente caso: Una escritura decía que por falta de pago de un solo término, el arrendamiento sería rescindido de pleno derecho, si así lo quería el arrendador, sin más formalidad que una simple notificación, expresando su voluntad de rescindir y si no pagaba en el mes de la fecha. A pesar de la notificación no pagó, y la Corte concedió un plazo al arrendatario, invocando el art. 1,244 y consideraciones de equidad. El plazo, decía la sentencia, no puede causar ningún perjuicio al arrendador, mientras que la denegación ocasionaría la ruina del arrendatario. La sentencia fué casada y así debía ser. El art. 1,244 es extraño al debate, concierne al plazo de gracia que el juez concede

1 Laroombière, t. II, pág. 363, núm. 55 del art. 1,184 (Ed. B., tomo I, pág. 456).

al deudor cuando quiere y puede cumplir su obligación, mientras que, en el caso, el arrendamiento estaba resuelto y el deudor no podía pedir un plazo para cumplir. En cuanto á la equidad, el juez no debía tenerla en cuenta, puesto que estaba ligado el deudor por una cláusula de rigor que derogaba la disposición de equidad del artículo 1,184. (1) El Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia de Bruselas juzgó en el mismo sentido que la Corte de París, invocando los mismos motivos, es decir, el art. 1,244 y las razones de equidad y de humanidad sobre las cuales está fundado. Sobre la apelación, esta decisión fué reformada; la Corte no respondió directamente al argumento sacado del art. 1,244, mas lo refutó implícitamente, diciendo que había un contrato entre las partes, y que el juez debía respetarlo. El cumplimiento de los contratos, dice la sentencia, es de interés general, porque tiende á prevenir los procesos, evitando á todo deudor la peligrosa confianza de poder algún día hacer convertir en estipulación conminatoria una obligación en la cual hay, en principio, un rigor aceptado con todo conocimiento. (2) Hay una sentencia en el sentido contrario de la Corte de Colmar; decide que así en la nueva legislación como en la antigua, las cláusulas resolutorias estipuladas sobreentendidas, son consideradas siempre como no conminatorias. Este es un error: el Código hace una ley al juez, al cumplir los contratos de las partes contratantes y no deroga á este principio, lo que es de orden público, cuando se trata del pacto comisorio; el art. 1,656 lo prueba. Es cierto que el artículo 1,244 permite al juez conceder plazos al deudor; esto es lo que el Tribunal de primera instancia hizo, pro-

1 Casación, 2 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 284) y sobre sentencia Orleáns, 9 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 54).

2 Bruselas 7, de Febrero de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 62). Compárese Lieja, 9 de Febrero de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 210).

nunciando la resolución del arrendamiento. (1) La Corte reprochó esta decisión como inconsecuente, y es, por el contrario, muy jurídica. En efecto, la resolución debe ser pronunciada, esta es la ley del contrato. Faltaba después de esto, pagar los arrendamientos vencidos; aquí el juez puede usar de la facultad que le dá el art. 1,244, y este es el caso de usarlo. El departamento del Bajo-Rhin estaba invadido por el enemigo, y estas circunstancias desgraciadas ponían á los arrendatarios en la imposibilidad de pagar. Esto no impedía la resolución del contrato; mas como el juez no tenía derecho de sentenciarla, tampoco lo tenía de pronunciarla.

167. Queda una dificultad de hecho: ¿cuándo se puede decir que las partes, estipulando el pacto comisorio, han derogado el art. 1,184? Es cierto que no deben servirse de los términos usuales plagiados al art. 1,656, á saber que el contrato será resuelto de pleno derecho. No hay nada de términos sacramentales, todo depende de la intención de las partes contratantes. Una escritura decía, que si el arrendatario no pagaba su renta al vencimiento, le sería permitido al propietario, aunque el arrendatario hubiera pagado dos rentas vencidas, rescindir el arrendamiento sin recurrir á los tribunales. Esta cláusula es idéntica á la que la resolución tendría lugar de pleno derecho, porque esta última cláusula no significa otra cosa sino que el acreedor no tiene necesidad de demandar la resolución en justicia. (2)

Los acreedores, concediendo una transacción á su deudor, se reservan el ejercicio de todos sus derechos, aunque el deudor haya cumplido sus obligaciones en el plazo fijado. Se ha juzgado que esta cláusula lleva de pleno dere-

1 Colmar, 6 de Diciembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,204, II). Compárese en el mismo sentido, Nimes, 22 de Agosto de 1809 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1,204, I).

2 Bruselas, 5 de Julio de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 223).

cho la resolución del contrato, aunque la palabra "resolución" no haya sido pronunciada. La voluntad de las partes de resolver la transacción si el demandado no la cumple, no puede ser dudosa, y es, pues, inútil recurrir á los tribunales para hacer decidir al juez lo que las partes habían decidido implícitamente. (1)

Una escritura decía que el arrendatario debía pagar á más tardar á los tres meses después de la espiración de cada año, "bajo pena de prescripción." Esta expresión es mala y deja, además, alguna duda sobre la intención de las partes. Esto no es una pena ni una cláusula penal, porque no se trata de daños y perjuicios debidos por falta de cumplimiento; el arrendador quiere la resolución del arrendamiento y el arrendatario se somete por la ley del contrato. (2) ¿Hay siempre resolución de pleno derecho? Volveremos á hablar de la cuestión en el título "Del Alquiler."

Núm. 3. Tercera hipótesis.

168. Las partes estipulan que la resolución tendrá lugar de pleno derecho, sin puesta en mora ó sin requerimiento. ¿Hay aun, en este caso, una diferencia entre el pacto comisorio y la condición resolutoria expresa? No, porque la cláusula producirá los efectos que la ley agrega á la condición resolutoria casual ó potestativa. La resolución se hará en virtud de la voluntad de las partes escrita en el contrato y sin que el acreedor deba manifestar voluntad de hacer uso del derecho de resolución; mas también perderá el derecho que tenía en su contrato, de obligar al deudor. Renunció á su derecho estipulando el pacto comisorio bajo forma de condición resolutoria expresa, y como se trata de intereses puramente privados, es libre de

1 Denegada casación, 10 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,202, I).

2 Bruselas, 11 de Febrero de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*; núm. 1,202, 5°, y *Pasicrisia*, 1820, pág. 499).

renunciar lo que había estipulado en su favor. Mas como las renunciaciones son de derecho estricto, no se puede admitir que el acreedor haya renunciado al derecho más esencial que resulta del convenio que la cláusula formuló. Esto no es que los términos sean solemnes, la ley no prevee la cláusula; mas se debe admitir su validez, puesto que no tiene nada de contrario al orden público ni á las buenas costumbres. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

169. Cuando las partes estipulan el pacto comisorio, pueden demandar la resolución, sea en virtud del contrato, sea en virtud de la ley y tienen dos derechos: de aquí la cuestión de saber si ejercitando uno renuncian al otro. La cuestión no deja de tener interés. En la segunda hipótesis hay diferencia entre el pacto comisorio y la condición resolutoria tácita; en la tercera no queda nada de la condición tácita del art. 1,184; el pacto es una condición resolutoria expresa. Según todas las hipótesis, se puede levantar la cuestión de cosas juzgadas, sosteniendo que lo que ha detenido una demanda en resolución fundada en el contrato, no es más admisible para demandar la resolución en virtud de la ley y recíprocamente. La jurisprudencia asienta que la resolución convencional y la resolución judicial, son dos derechos distintos, y que, por consiguiente, el acreedor puede ejercer uno en defecto del otro.

Un arrendamiento enfiteutico contenía la cláusula siguiente: "Si el arrendatario no estipula la renta vencida de dos meses, le será permitido al propietario rescindir el arrendamiento, sin deber, para esto, recurrir á los tribunales." El arrendador intentó una acción contra el enfiteu-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 174, núm. 105 bis, III. Demolombe, t. XXV, pág. 528, núm. 558. París, 28 Termidor, año XI (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,202, III). Bruselas, 18 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 274).

ta y llegó á la resolución del contrato. Se pretendió, para el enfiteuta, que demandando la resolución en justicia, el arrendador quedaba sometido en todo al art. 1,184, y que no podía rescindir el arrendamiento por su sola voluntad. La Corte de Bruselas rechazó estas pretensiones. Demandar la resolución al juez, fué faltar al contrato, según el cual no tenía derecho el juez de rescindir el arrendamiento. Esto no fué más que renunciar á la resolución convencional, porque las renunciaciones no se substituyen fácilmente, y pudo haber motivo para hacer reconocer por el juez un derecho acordado en el contrato. En el caso, no se podía admitir la renuncia, tanto más cuanto que el objeto principal de la acción no era la resolución del contrato. (1)

170. Esto decide la cuestión de cosa juzgada. La demanda en resolución fundada en el contrato, tiene por causa la voluntad de las partes contratantes expresada en la escritura. Si se ha juzgado que no hay resolución convencional, nada impide que el acreedor no demande la resolución en virtud de la ley, porque la ley tiene otra causa, y, por tanto, no hay cosa juzgada. (2) Esto también está fundado en razón. El primer juez decidió que el contrato no estaba resuelto de pleno derecho en virtud de un pacto comisorio alegado por una de las partes y negado por otra, después de esto se demandó la resolución en virtud del art. 1,184: el debate es diferente; el juez no decidió en la primera instancia que no había lugar á resolución, decidió que no había nada de resolución de pleno derecho; falta la resolución judicial que puede siempre ser demandada, puesto que está escrita en la ley.

1 Bruselas, 5 de Julio de 1826 (*Rasicrisia*, 1826, pág. 223).

2 Bruselas, 12 de Marzo de 1866 (*Rasicrisia*, 1866, 2, 167).

SECCION III.—De las obligaciones á término.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

171. Pothier define el término un espacio de tiempo concedido al deudor para cumplir una obligación. La definición, reproducida por los autores modernos, (1) es incompleta, puesto que el término puede ser también estipulado en favor del acreedor; vale más decir con el art. 1,185, que el término es una cláusula que retarda el cumplimiento de la obligación.

172. Cuando la obligación es sin término ni condición, se le llama pura y simple, y existe desde el momento en que el contrato se hace por el consentimiento de las partes, no pudiendo ser exigido el cumplimiento desde luego y sin plazo. La obligación condicional no existe definitivamente sino cuando la condición se ha cumplido, y hasta aquí su existencia es en cierto sentido, y, por consiguiente, su cumplimiento se suspende. La obligación á término nace desde el momento en que el contrato se forma, mas su cumplimiento se retarda hasta el término fijado. (2)

173. La Corte de Bruselas hizo una aplicación notable de esas nociones elementales. Un comerciante firmó, en beneficio de su suegro, un pagaré concebido así: "Reconozco haber recibido de M. B. . . la suma de 2,800 francos que prometo devolver en efectos." Pagó esta suma la víspera de la declaración de su quiebra. El curador demandó la nulidad del pago, de donde nació la cuestión de saber si la deuda estaba vencida ó nó y si el pago era fraudulento. El Tribunal de 1.<sup>ª</sup> Instancia decidió que la deuda estaba vencida. En efecto, en el pagaré constaba un préstamo sin manifestación de la época en que se haría el reembolso;

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 228. Durantón, t. XI, página 120, núm. 96.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 402.

ta y llegó á la resolución del contrato. Se pretendió, para el enfiteuta, que demandando la resolución en justicia, el arrendador quedaba sometido en todo al art. 1,184, y que no podía rescindir el arrendamiento por su sola voluntad. La Corte de Bruselas rechazó estas pretensiones. Demandar la resolución al juez, fué faltar al contrato, según el cual no tenía derecho el juez de rescindir el arrendamiento. Esto no fué más que renunciar á la resolución convencional, porque las renunciaciones no se substituyen fácilmente, y pudo haber motivo para hacer reconocer por el juez un derecho acordado en el contrato. En el caso, no se podía admitir la renuncia, tanto más cuanto que el objeto principal de la acción no era la resolución del contrato. (1)

170. Esto decide la cuestión de cosa juzgada. La demanda en resolución fundada en el contrato, tiene por causa la voluntad de las partes contratantes expresada en la escritura. Si se ha juzgado que no hay resolución convencional, nada impide que el acreedor no demande la resolución en virtud de la ley, porque la ley tiene otra causa, y, por tanto, no hay cosa juzgada. (2) Esto también está fundado en razón. El primer juez decidió que el contrato no estaba resuelto de pleno derecho en virtud de un pacto comisorio alegado por una de las partes y negado por otra, después de esto se demandó la resolución en virtud del art. 1,184: el debate es diferente; el juez no decidió en la primera instancia que no había lugar á resolución, decidió que no había nada de resolución de pleno derecho; falta la resolución judicial que puede siempre ser demandada, puesto que está escrita en la ley.

1 Bruselas, 5 de Julio de 1826 (*Rasicrisia*, 1826, pág. 223).

2 Bruselas, 12 de Marzo de 1866 (*Rasicrisia*, 1866, 2, 167).

SECCION III.—*De las obligaciones á término.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

171. Pothier define el término un espacio de tiempo concedido al deudor para cumplir una obligación. La definición, reproducida por los autores modernos, (1) es incompleta, puesto que el término puede ser también estipulado en favor del acreedor; vale más decir con el art. 1,185, que el término es una cláusula que retarda el cumplimiento de la obligación.

172. Cuando la obligación es sin término ni condición, se le llama pura y simple, y existe desde el momento en que el contrato se hace por el consentimiento de las partes, no pudiendo ser exigido el cumplimiento desde luego y sin plazo. La obligación condicional no existe definitivamente sino cuando la condición se ha cumplido, y hasta aquí su existencia es en cierto sentido, y, por consiguiente, su cumplimiento se suspende. La obligación á término nace desde el momento en que el contrato se forma, mas su cumplimiento se retarda hasta el término fijado. (2)

173. La Corte de Bruselas hizo una aplicación notable de esas nociones elementales. Un comerciante firmó, en beneficio de su suegro, un pagaré concebido así: "Reconozco haber recibido de M. B. . . la suma de 2,800 francos que prometo devolver en efectos." Pagó esta suma la víspera de la declaración de su quiebra. El curador demandó la nulidad del pago, de donde nació la cuestión de saber si la deuda estaba vencida ó no y si el pago era fraudulento. El Tribunal de 1.<sup>ª</sup> Instancia decidió que la deuda estaba vencida. En efecto, en el pagaré constaba un préstamo sin manifestación de la época en que se haría el reembolso;

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 228. Durantón, t. XI, página 120, núm. 96.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 402.

pero toda obligación pura y simple es exigida inmediatamente. Es cierto que el art. 1,900 permite al juez conceder un plazo al deudor para la restitución, si el contrato no fija el término; mas esta disposición no transforma la deuda pura y simple en deuda á término; es una facultad de que el juez hace uso según las circunstancias; pero nunca podrá declarar la acción no admisible, lo que prueba que la deuda es exigible y que sólo se suspende momentáneamente por la concesión de un término de gracia. El tribunal anuló, sin embargo, el pago, porque había sido hecho la víspera del día en que el deudor se había fugado y cuando dejaba protestar un crédito de comercio aceptado, vencido y ejecutable por captura y de un valor igual á la suma que había pagado á su suegro. Sobre este último punto, la decisión fué reformada en apelación. No es suficiente para que un acto sea fraudulento, que el deudor haya obrado en fraude de sus acreedores, es necesario que el tercero sea cómplice del fraude; pero no se estableció que el suegro hubiera tenido conocimiento de la interrupción de los pagos de su yerno, sino en el momento en que recibiera lo que éste le debía (1)

174. El término puede ser cierto ó incierto. Es cierto cuando el acontecimiento que constituye el término sucede precisamente en una época conocida de antemano: este es el término ordinario concedido al deudor para cumplir su obligación.

El término es incierto, cuando se toma para que suceda, una época desconocida, aunque sea cierto que ha de suceder. Por ejemplo, cuando usted muera, cuando un tercero muera. En los legados, ese día es condición, porque es incierto si el legatario vivirá cuando el acontecimiento llegue. En los contratos no forma más que un término, por la razón que contraemos para nuestros herederos.

1 Bruselas, 19 de Julio de 1854 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 176).

El término es aun incierto si el día que se toma por término es incierto, aunque la época en que suceda, si sucede, sea cierta. El término, cuando usted sea mayor, es un término incierto bajo el concepto de que puede resultar de esta incertidumbre que el hecho jurídico sea condicional.

En fin, el término es doblemente incierto cuando es incierto que suceda, y, por consiguiente, incierto cuando sucederá. (1)

Importa mucho saber si el término es condición, porque la diferencia es grande entre la obligación á término y la obligación condicional. El art. 1,185 sienta este principio. "El término difiere de la condición en que aquél no suspenda la obligación sino que retarda solamente el cumplimiento." Más adelante veremos las consecuencias.

175. La manera en que el término está concebido puede dejar alguna duda sobre el punto de saber si las partes han entendido si se trata de término ó bajo condición. Si se estipuló que el deudor pagará "cuando pueda," ¿no es una condición puramente potestativa que el deudor es libre de no cumplir, diciendo que no puede hacerlo? La ley responde á la cuestión con el art. 1,901, que dice: "Si solamente se ha convenido que el deudor pague cuando pueda, el juez le fijará un término de pago según las circunstancias." Esta disposición se aplica por analogía á todas las obligaciones, porque hay aun motivos de decidir; las palabras "pagaré cuando pueda" no pesan sobre la existencia de la obligación, ésta es cierta, puesto que la deuda debe ser pagada. El deudor ha prometido cumplirla cuando pueda; es decir, cuando su posición se lo permita, y esto no quiere decir que sea libre de no pagar; interpretar así la cláusula, sería volver el contrato ilusorio, pe-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 402, núm. 651. Demolombe, t. XXV, página 536, núm. 572.

ro es cierto que se deben interpretar las cláusulas dudosas en el sentido en que pueden tener algún efecto, más bien que en el que no puedan tener ninguno. (1)

176. Si el deudor dice que pagará cuando quiera, se podrá creer que todo es potestativo de su parte. Esto sería anular la obligación; pero se debe suponer que las partes quisieron tratar seriamente. Es cierto que el deudor mismo no podría ser apremiado á pagar, porque se reservó la facultad de hacerlo á su voluntad. Mas sus herederos no podrían oponer esta excepción, porque es personal en su esencia y resultaría que la deuda jamás podría exigirse, lo que equivaldría á que no hubiera deuda. Pero siendo cierta la existencia de la deuda, no hay época incierta en que no pudiera exigirse. La Corte de Paris lo juzgó así en un caso en que el comprador de una granja se reservó el derecho de pagar el precio de 6.000 libras "á toda su comodidad y conveniencia." Se interpreta esta cláusula en el sentido que dependía de la voluntad del comprador fijar la época de pago; si no pagaba nada en su vida, había, pues, usado de todo su derecho; mas á su muerte, como su voluntad se había acabado con él, no podía extenderse á sus herederos la misma facultad, porque sería definido el término del pago, lo que sería contrario al mismo contrato, puesto que se había estipulado que el reembolso se había de hacer. (2)

177. El término es "de derecho de gracia." Es de "derecho," dice Pothier, cuando forma parte del contrato que ha hecho la obligación y está comprendido en ella expresa ó tácitamente. El contrato dá un "derecho" al deudor ó al acreedor: la parte en provecho del cual el término se ha convenido, no pide un favor invocándolo, sino que demanda el cumplimiento del contrato. No es lo mismo con

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 87, nota 3, pfo. 303.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 87, nota 3, pfo. 303.

el término "de gracia;" la expresión sola marca que es un favor. En otro tiempo, el príncipe podía concederlo; actualmente esta facultad solo pertenece al juez y nada más cuando la ley le dá este poder, porque es una derogación del rigor del contrato, y el juez no puede derogar los contratos, como no puede derogar la ley. Si el Código lo permite, es porque puede haber motivos de humanidad para modificar el rigor del derecho. Hablaremos del término de gracia, en los diversos títulos donde se encuentre la materia. (1) Hay diferencias notables entre el término de gracia y el término de derecho; nos limitaremos aquí á señalarlos. El término de derecho impide la compensación, porque una deuda á término, no es exigible; mientras que á pesar del término de gracia, la deuda es exigible, y, por tanto, compensable. Cuando al deudor se le ha vencido el término de derecho, pierde también el de gracia; mas aunque el término de gracia se venza, puede conservar el de derecho, como lo diremos adelante.

178. El término es "expreso" cuando proviene de una cláusula expresa, y es tácito cuando resulta de la naturaleza de las cosas que han sido objeto de la obligación ó del lugar donde debe hacerse el pago después del convenio. Por ejemplo, dice Pothier, si un empresario se obliga á edificarme una casa, debo esperar el tiempo conveniente para exigirle el cumplimiento de sus obligaciones. Si alguno se ha obligado á enviar una cosa á Roma á mi correspondencia, la obligación implica el término del tiempo necesario para que llegue esa cosa á Roma. (2)

La jurisprudencia ofrece aplicaciones más interesantes. Un negociante se obligó para con un literato á pagarle, á contar desde el 1.º de Octubre de 1835, una suma anual

1 Arts. 1,184, 1,244, 1,655, 1,656 y 1,900. Código de Procedimientos, arts. 122-124, c. de c., arts. 157 y 187.

2 Pothier, *Obligaciones*, núm. 228.

de 2,000 francos, pagadera hasta el momento en que el literato encontrara un empleo á su satisfacción. En 1843 el deudor se rehusó á pagar y fué juzgado que las partes no habían querido crear una renta perpetua, estipulando que la suma de 2,000 francos sería pagada hasta que el acreedor hubiera encontrado un empleo, habían manifestado claramente su intención de poner un término á la obligación del deudor y que, no habiendo sido estipulado expresamente el término, se debía interpretar razonablemente la estipulación y no conceder un término más largo que aquel que el acreedor necesitaba para procurarse un empleo. (1)

La misma Corte juzgó que cuando no se ha estipulado ningún plazo para cumplir una obligación, pertenece al juez determinar el plazo en el cual la obligación será cumplida, teniendo en consideración el objeto del contrato y la intención de las partes contratantes. (2)

179. La doctrina admite también un "término resolutorio" que tiene alguna analogía con la condición cuyo nombre lleva. Se entiende por esto un acontecimiento incierto que es señalado por una parte como límite de la duración de su obligación. De la llegada de este acontecimiento resulta que la obligación queda extringida; mas la extinción no tiene lugar retroactivamente, la obligación es resuelta solamente para avenirla. Esta es una diferencia esencial entre el término resolutorio y la condición resolutoria, y se sigue de aquí que se deben aplicar á esta cláusula los principios que rigen el término y no los que rigen la condición. La obligación existe y produce todos sus efectos de una manera irrevocable hasta que el término resolutorio llegue, de suerte que el deudor debe cumplir su obligación para el pasado, como si la obligación

1 Bruselas, 28 de Febrero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 336).

2 Bruselas, 26 de Junio de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 253).

fuera pura y simple, y si el término resolutorio llega, el deudor no puede repetir lo que ha pagado, debe pagar lo que no ha pagado aún. Esta es una obligación á término y éste pone fin á la obligación; solamente que en lugar de ser cierto como lo es de ordinario, el término depende de un suceso futuro é incierto. (1)

## § II.—EFECTOS DEL TERMINO.

### *Núm 1. ¿En favor de quién es estipulado el término?*

180. El art. 1,187 dice que el término es siempre estipulado en favor del deudor. Esta presunción está fundada sobre lo que sucede ordinariamente. Por lo común, como dice Pothier, el término es un espacio de tiempo concedido al deudor para pagar, con el fin de hacerle más fácil el cumplimiento de la obligación. Es, pues, natural admitir como regla que el término se considere estipulado en favor del deudor; sin embargo, en caso de duda, el contrato se interpreta contra el que lo estipuló y en favor del que contrató la obligación (art. 1,162).

El art. 1,187 agrega que pueden resultar de la estipulación, circunstancias en que el término esté también estipulado en favor del acreedor. Esto supone que el término es estipulado en favor de las dos partes contratantes y así es en el préstamo al interés: el deudor está interesado en el término porque le dá el plazo necesario para procurarse los fondos de que tiene necesidad para el reembolso, y el acreedor está interesado también porque encuentra una colocación para sus capitales.

El término puede ser estipulado únicamente en favor del

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 224. 226. Colmet de Santerro, t. V, pág. 130, núm. 103. Demolombe, t. XXV, pág. 446, núms. 466 y 467.

acreedor: así es en el depósito. El deponente tiene interés en que la cosa sea guardada durante el tiempo convenido y el depositario tuvo, por el contrario, interés en descargar su obligación lo más pronto posible. De esto también pueden resultar algunas circunstancias. Yo compro caballos, estipulando que me serán entregados para la feria de Gand; claro está que tengo interés en recibirlos en el plazo fijado, puesto que es el momento en que haré fortuna revendiéndolos.

181. Estas distinciones sirven para decidir la cuestión de saber si el deudor puede pagar antes del vencimiento del término. No hay ninguna duda cuando el término es estipulado exclusivamente en favor del deudor; y este puede renunciar, puesto que cada uno es libre de hacer lo que más le convenga (1). El acreedor no puede rehusar el pago, diciendo que el deudor no debe antes del vencimiento del término, porque debe á plazo, como dice un antiguo adagio; la deuda existe con todos sus efectos, salvo que el deudor no pueda ser obligado á pagar antes del vencimiento del término.

Cuando el término se estipula á favor del acreedor, tiene este la seguridad de que, contra su voluntad, no podrá el deudor pagar antes del vencimiento del término, porque esto sería privarlo de un derecho que adquirió en su contrato. Mas el acreedor puede renunciar al beneficio del término, puesto que solo fué estipulado en interés suyo, y en este caso la deuda se vuelve pura y simple y, por con-

1 Se ha juzgado que la cláusula por la cual se ha dicho que el adjudicatario de bienes de menores, podrá conservar el precio hasta la mayor edad, dándole el empleo que pueda ser indicado, no impide al comprador librarse más temprano (París, 16 Floreal, año X, en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 1,794, 1°). Esto nos parece dudoso, porque conservar el precio, es, en este caso, una obligación impuesta en el interés de los menores.

siguiente, exigible inmediatamente. (1) La ley le dice en materia de depósito (art. 1,944); es preciso decidir lo mismo en todos los casos análogos, puesto que hay la misma razón.

182. Hay alguna dificultad cuando el término se estipula en interés de las dos partes contratantes. En cuanto á esto, es cierto que una de ellas no puede renunciar el término en perjuicio de la otra, y así, en un préstamo el deudor no puede retituir el capital para hacer cesar el curso de los intereses. En el antiguo derecho, la opinión contraria prevalece por odio á la usura. No nos mezclaremos en estas ideas; (2) bajo el imperio de la legislación francesa, los intereses legales pueden ser estipulados, y, según nuestra legislación, las partes son libres de estipular el interés que quieran.

Otra es la cuestión de saber si el deudor puede pagar el capital antes del vencimiento de la deuda, ajustando los intereses hasta el día del término. La opinión de los autores se divide. Nosotros creemos que el deudor no tiene ese derecho; no puede, por sola su voluntad, derogar la ley del contrato; para modificarlo, es preciso el consentimiento de las dos partes contratantes. Inútilmente alegaron que el acreedor no experimenta ningún perjuicio por el pago anticipado. Se respondió que podría encontrarse con la dificultad de no poder colocar con seguridad el capital. (3) Hay otra respuesta más perentoria todavía. Los contratos son de ley, y, por consiguiente, el acreedor puede rehusar el pago que se le ofrece ateniéndose á lo que dice el con-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 419, núm. 675. Colmet de Santerre, t. V, pág. 180, núms. 110 y 110 bis.

2 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 382, núm. 1,861. La opinión contraria de Demolombe, permanece aislada (t. XXV, página 587, núm. 629).

3 Toullier, t. III, 2, pág. 420, núm. 677. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. III, pág. 386, nota 14. En sentido contrario, Durautón, t. XI, pág. 126, núm. 109, después Voet, XII, 1, 20.

trato; en esto no hace más que lo que tiene derecho de hacer.

Nuestra opinión está conforme á la jurisprudencia. En el año III se vendió una casa con obligación para el comprador de pagar á un tercero una suma de 22,000 libras, y se combinó expresamente que este pago no se haría antes de seis años. Sin embargo, el comprador quiso aprovecharse de la ley del 11 de Frimario, año VI, relativa al reembolso de las obligaciones contraídas durante la depreciación del papel moneda, é hizo ofertas de 821 libras en numerario, que representaban la suma de 22,000 libras en asignaciones. Un juicio declaró válidas estas ofertas. La decisión fué casada. La Corte dijo que la cláusula del contrato, que prohibía el pago antes de diez años, debía ser cumplida rigurosamente. En cuanto á la ley del año VI, el Tribunal había hecho una falsa aplicación, porque no concernía á los préstamos, porque el comprador no era un prestatario. (1)

En otro caso se estipuló que el precio de venta no sería pagadero sino después de la muerte del vendedor y de su mujer, y que entonces serían pagados los intereses por anualidades. Esta cláusula tuvo por objeto librar al vendedor de la pérdida que habría sufrido por la depreciación del papel moneda. Para eludir la cláusula, el comprador pretendió que debía ser considerada como una constitución de venta que el dendor tiene el derecho de reembolsar antes del término. La Corte de Casación decidió que el contrato litigioso sólo estableció una deuda de capital con plazo impuesto en favor del acreedor, y que este término no pudo anticiparse sin su consentimiento. (2)

1 Casación, 15 Nivoso, año VIII, (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,268).

2 Casación, 3 Brumario, año V (Dalloz, palabra *Obligación*, número 1,269).

Estas decisiones prueban que el acreedor puede tener interés en negar el reembolso de la deuda. Que tenga ó no interés, él puede invocar su contrato como una ley.

*Núm. 2. Efecto del término antes de su vencimiento.*

183. Suponiendo el caso ordinario, aquél en que el término se estipula en provecho del deudor; este es también el caso que prevee la ley en las disposiciones de la sección II, relativa á las obligaciones á plazo. El principio que domina esta materia es, por lo demás, aplicable á todas las hipótesis; éste es el del término que retarda solamente el cumplimiento de la obligación (art. 1,185); es, pues, extraño á la obligación, en sí mismo, y á sus efectos. No hay diferencia alguna entre la obligación á plazo y la obligación sin plazo, á no ser que la primera no pueda cumplirse inmediatamente, en tanto que la segunda es exigible tan luego como el contrato se forma; pero la exigibilidad de la deuda ó la demanda del cumplimiento son extraños á la esencia de la obligación; los efectos son, pues, idénticos. Hemos aplicado este principio á la cuestión de los riesgos, á pesar de la mala redacción del art. 1,138; las obligaciones de las partes son las mismas, que haya término ó no, el deudor siempre debe velar por la conservación de la cosa; si llega á perecer por caso fortuito, queda libre; y el acreedor debe, por tanto, de su parte cumplir las obligaciones que el contrato le impone. Lo mismo sucede con la translación de la propiedad, si el contrato tiene por objeto transferirla; haya término ó no, la propiedad se transmite al acreedor desde que el contrato es perfecto, y el contrato se perfecciona por el concurso del consentimiento, sin distinguir si hay un término ó si no lo hay. (1)

184. El art. 1,185 dice que el término retarda el cum-

1 Véase el tomo XVI de estos *Principios*, pág. 310, núm. 211.

plimiento de la obligación; la deuda no es, pues, exigible. Esto es lo que dice el art. 1,186: "Lo que no se debe sino al vencimiento de un plazo, no puede exigirse antes." De ahí, este viejo adagio que es popular, más bien que jurídico: "Quien debe á plazo no debe." El deudor no debe en este sentido, sino hasta el vencimiento del plazo, ni puede ser forzado á pagar, pues el acreedor no tiene acción contra él. En derecho, no puede decirse que el deudor á plazo nada debe, porque la obligación existe con todos sus efectos, (núm. 182) y, por tanto, hay un acreedor y un deudor. El deudor debe, pero no debe actualmente, sino hasta que el término se vence. (1) Si el acreedor persigue al deudor, la demanda no debe admitirse.

Síguese de ahí, que las deudas á plazo no pueden servir para la compensación. En efecto, esto es un pago que tiene lugar en virtud de la ley, y por tanto, supone que cada una de las partes puede obligar inmediatamente á la otra á pagar lo que debe; y cuando dos deudas son una sin plazo y la otra á plazo, el acreedor de la primera puede estrechar al deudor á pagar, pero el acreedor de la otra no tiene este derecho, y por tanto, la compensación no puede hacerse porque obligaría á pagar al deudor que, por el momento, no está obligado, en virtud del término que ha estipulado. (2)

185. Si el deudor paga antes del vencimiento del término, ¿cuál será el efecto de éste plazo? "Lo que ha sido pagado anticipadamente, dice el art. 1,186, no puede repetirse." Si el deudor paga anticipadamente, sabiendo que tiene un término, ciertamente que no puede repetir, porque al pagar, sabiendo que todavía renuncia al beneficio del término, la deuda llega á ser pura y simple, paga lo que debe y desde ese momento no hay lugar á la repetición.

1 Toullier, t. III, 2, pág. 410, núm. 662.  
2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 232.

Por otra parte, la repetición de lo indebido supone que el que paga no debe y lo hace por error. Pero si paga sabiendo que no debe, no puede repetir, como lo diremos en el título de los "*Cuasi contratos*."

¿Es esto todo lo que el art. 1,186 quiere decir? Si así fuese, la disposición sería inútil, porque la cosa es evidente, puesto que no es sino la aplicación de los principios generales. Creemos que el art. 1,186 tiene otro sentido; significa que el deudor no puede repetir lo que ha pagado antes del vencimiento del término, aun cuando hubiera pagado por error, es decir, ignorando que tenía un plazo. Tal es también el sentido literal de la disposición; el art. 1,186 dice de una manera absoluta que lo que se ha pagado anticipadamente no puede repetirse. Y tal es también el espíritu de la ley, es decir, la intención del legislador. Basta poner los arts. 1,185 y 1,186 en relación con lo que Pothier dice sobre los efectos del término, para convencerse de que los autores del Código han seguido paso á paso su guía habitual. Pothier comienza por decir, como lo hace el artículo 1,185, que el término se diferencia de la condición en que ésta suspende la obligación que debe formar el contrato, en tanto que el término no suspende la obligación, sino solamente el cumplimiento. Pothier aplica en seguida esta distinción al caso en que el deudor condicional ó á plazo pagase antes de la llegada de la condición, ó del vencimiento del término; el siguiente pasaje que transcribimos nos parece decisivo. "El que ha prometido bajo condición *no es deudor* hasta el cumplimiento de la condición; hay solamente esperanza de que podrá serlo; de donde se sigue, que si *por error* paga antes de la condición, podría repetir lo que ha pagado como cosa no debida. *Por el contrario*, el deber á cierto plazo que aun no ha llegado *es verdadero deudor*, y si paga antes del término no podría repetir, porque *habría pagado lo que efectivamente debía*." Pothier

agrega lo que dice también el art. 1,186, que aun siendo deudor no puede exigirsele lo que debe, sino hasta el vencimiento del plazo. (1)

Hé ahí, á la letra, las disposiciones del art. 1,186, con su comentario sacado de la fuente de que los autores del Código la han sacado. Pothier supone un pago hecho, "por error," por un deber condicional y por un deudor á plazo. El primero puede repetir: ¿Por qué? Porque no debe. El segundo no puede repetir. ¿Por qué? Porque debe. Y el que paga lo que "debe" no puede obrar en repetición de lo "indebido," y, por tanto, debe decirse con el artículo 1,186: "lo que se ha pagado antes del vencimiento del término, no puede repetirse." (2)

186. Este primer punto no nos parece dudoso; pero hay otra dificultad sobre la cual realmente hay duda. El deudor que paga hoy por error una suma de 1,000 francos, que no debía pagar sino en un año, paga lo que debía en cuanto al capital, y, por tanto, no puede repetir, pero paga también lo que no debía, respecto á intereses ó descuento; el acreedor aprovecha, por esta causa, una suma de 50 francos que le es debida, y, por tanto, hay pago de lo indebido hecho por error, y consiguientemente hay lugar á la repetición. (3) Esta opinión está fundada en los principios que rigen la repetición de lo indebido. Para rechazarla habría que probar que los autores del Código han querido derogar estos principios.

Se invoca, en favor de esta interpretación, el pasaje de Pothier que acabamos de citar. ¿Es también decisivo para el descuento, como lo es para el capital? A decir verdad, Pothier no se ocupa de esta cuestión en el núm. 230 de su

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 230.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 177, núm. 108 bis, II. Aubry y Rau, t. IV, pág. 88, nota 10, pfo. 303.

3 Durantón, t. XI, pág. 128, núm. 113. Marcadé, t. IV, pág. 454, núms. 1 y 2 del art. 1,186. Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 548.

tratado "De las Obligaciones;" pero la decide en su tratado intitulado: *De la Actio conditio indebiti* (núm. 152). El sostiene su decisión: el deudor, dice, no puede repetir el descuento como el capital; ¿cuál es la razón? ¿Es porque Pothier cree derogar los principios de la acción de repetición de lo indebido? Nó, su razón para decidir es que, el descuento es ilícito, lo mismo que el interés; y de ahí concluye, que no pudiendo el descuento ser lícitamente estipulado, tampoco, con mayor razón, puede ser demandado por vía de repetición, cuando no ha sido prometido. Como se ve, Pothier, negando al deudor á plazo, que ha pagado anticipadamente por error toda acción de repetición, tanto para el descuento como para el capital, no hace más que aplicar los principios generales de derecho; por aplicación de estos principios hubiera concedido al deudor la repetición del descuento; si se la niega, no es porque quiere hacer una excepción á la repetición de lo indebido, sino porque el descuento no es debido ni aun puede estipularse, puesto que el interés fué prohibido como una usura. Bajo el imperio de los nuevos principios que rigen los intereses, Pothier hubiera decidido, sin duda alguna, que el deudor podía repetir el descuento como indebidamente pagado por error. Por tanto, decidiéndolo así, nosotros no hacemos más que seguir la doctrina de Pothier, doctrina modificada por el cambio que hubo en la legislación sobre el interés y el descuento.

La opinión que combatimos (1) obliga á admitir una excepción á los principios de la repetición de lo indebido. Y una excepción demanda un texto; ¿en dónde está ese texto? Creemos haber probado que el art. 1,186 no hace más que consagrar los principios generales de derecho.

1 Es la de Colmet de Santerre y Aubry y Rau (más arriba página 200, nota 1).

Agregaremos que no hay razón de hacer una excepción. Se habla de las dificultades que se presentan en la aplicación, cuando se trate de apreciar la utilidad que obtenga el acreedor del pago anticipado. M. Demolombe responde muy bien que estos mismos inconvenientes se presentan en toda acción de repetición de lo indebido, pues el que ha recibido el pago indebido, está obligado á restituir todo lo que ha recibido, cuando es de buena fe, y siempre es muy difícil valuar este beneficio. (1) Después de todo, los inconvenientes no pueden obrar sobre los principios; y hay, además, un principio de equidad que domina esta materia, y que es decisivo: "nadie puede enriquecerse á costa de otro," y el acreedor se enriquecería á costa del deudor si pudiese guardar el descuento que el deudor ha pagado por error. Es cierto que el art. 1,186, entendido como lo explicamos, es una disposición inútil; pero esto no prueba que deba interpretarse contra los principios.

187. No pudiendo el deudor á plazo ser forzado á pagar, el acreedor no puede hacer acto alguno de cumplimiento sobre sus bienes. Esto es evidente, porque la acción sobre los bienes es una consecuencia de la acción sobre la persona, y el acreedor, en este caso, no puede perseguir á la persona del deudor. Lo mismo sucedería con el embargo. Hemos dicho ya la razón al tratar de la obligación condicional (núm. 89); los motivos de decidir son los mismos; es cierto, que á diferencia del deudor condicional el deudor á plazo es deudor, pero no lo es en el sentido de que se le pueda perseguir.

188. El acreedor á plazo puede hacer los actos de conservación de su derecho; la ley no lo dice, pero es inútil decirlo. En efecto, si el acreedor condicional puede hacer los actos de conservación, con mayor razón debe conce-

1 Demolombe, t. XXV, pág. 590, núm. 633.

derse este derecho al acreedor á plazo, cuyo crédito es cierto. La dificultad está en saber cuáles son los actos de conservación que el acreedor tiene derecho de hacer. Hay uno que esencialmente es conservatorio ó sea la interrupción de la prescripción. Pero la cuestión ningún interés tiene para el acreedor á plazo, porque según el art. 2,257 "la prescripción no corre respecto de un crédito á día fijado, sino hasta que ese día ha llegado." El acreedor conserva, pues, su derecho sin estar obligado á interrumpir la prescripción; la razón es, porque no tiene acción, y la prescripción sólo extingue la acción. (1)

¿Podría formular el acreedor una demanda antes del vencimiento del término, para obtener una condenación cuyo cumplimiento se retardara hasta el vencimiento del término? Nó, este no sería un acto simplemente conservatorio, sino una demanda contra el deudor, una acción judicial, y antes de vencerse el término, el acreedor no tiene el derecho de obrar. La condenación que obtuviera, perjudicaría el crédito del deudor, aun cuando no se ejecutase inmediatamente. Por otra parte, los tribunales no tienen el derecho de condenar para el futuro, su misión es prestar apoyo á los derechos actuales que el deudor desconoce. Sería necesaria una disposición formal de la ley para autorizarles á condenar para el futuro, á quien, bajo el punto de vista de la demanda judicial, aun no es deudor. (2)

189. Otra es la cuestión de saber si el acreedor, dueño de un documento bajo firma privada, puede demandar el reconocimiento al deudor, y si hay lugar, la rectificación judicial. Si la cuestión puede decidirse según los principios, no dudáramos responderla negativamente. El pro-

1 Demolombe, t. XXV, pág. 576, núms. 612 y 615.

2 Golmet de Santerre, t. V, pág. 180, núm. 109 bis. Compárense en sentido contrario, los autores y las sentencias citadas por Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,277.

cedimiento del reconocimiento de un documento, es también una acción judicial, y por tanto, un acto de cumplimiento, y el acreedor no puede hacer acto alguno de cumplimiento. Se objeta que reconocer el documento es un acto de conservación; esto no es exacto. Los actos de conservación son aquellos que el acreedor tiene interés en hacer, porque sin estos actos, su derecho correría el riesgo de perecer en todo ó en parte; y el documento conserva su fuerza probatoria todo el tiempo que la acción dura, y por eso el acreedor no tiene motivo alguno legítimo para obrar. (1) La tradición siempre es contraria y ha sido implícitamente consagrada por la ley de 3 de Septiembre de 1807, cuyo artículo 1.º está concebido así: "Cuando se haya pronunciado un fallo sobre una demanda de reconocimiento de obligación bajo firma privada, formulada antes del vencimiento ó exigibilidad de dicha obligación, no podrá hacerse ninguna inscripción hipotecaria en virtud de este fallo, sino á falta de pago de la obligación después de su vencimiento ó su exigibilidad, á menos que haya habido estipulación en contrario." Esta ley fué dada para terminar una controversia sobre la cual la Corte de Casacion estuvo en conflicto con las Cortes de apelacion. ¿El acreedor pudo pedir la inscripción en virtud del fallo de reconocimiento antes del vencimiento de la deuda, ó debió esperar el vencimiento? La ley de 1807 está contra la jurisprudencia de la Corte de Casacion. Según nuestra ley hipotecaria, la cuestión desaparece puesto que no hay ya hipoteca judicial. Puede decirse que la ley de 3 de Septiembre reconoció al acreedor de una deuda á plazo el derecho de pedir el reconocimiento, y sostiene, por tanto, el derecho tradicional.

1 Demolombe, t. XXV, pág. 577, núm. 616.

*Núm 3. Efecto del término después de su vencimiento.*

190. Según los arts. 1,185 y 1,186, el término suspende el cumplimiento de la obligación; de suerte que lo que solo se debe á plazo, no puede exigirse antes del vencimiento del término. Se sigue de esto que cuando el término se ha vencido, el cumplimiento no está ya suspendido, y el pago de la deuda puede ser exigido; la obligación llega á ser pura y simple. Esto es evidente, pero importa determinar desde cuándo llega á ser exigible la deuda. La tradición, la doctrina y la jurisprudencia han consagrado las reglas siguientes.

191. La deuda no llega á ser exigible sino hasta el día siguiente del en que el término se vence. En el lenguaje de la escuela se dice que el *dies ad quem*, el día del vencimiento está comprendido en el término y forma parte de él, esto significa que el día del vencimiento está concedido todo al deudor, lo que se funda en razón, porque antes de llegar este día no puede saberse si el deudor paga ó nó. Yo os debo pagar 1,000 francos el 1.º de Marzo, y solo hasta el 2 de Marzo podréis perseguir el pago de la deuda.

¿El *dies á quo*, es decir, el día en que el término comienza á correr, está también comprendido en el plazo? Yo subscribo el 1.º de Marzo un pagaré de 1,000 francos pagadero á diez días. Si el 1.º de Marzo se cuenta en el plazo de diez días, el día del vencimiento será el 10 de Marzo, y, por consiguiente, la deuda será exigible el siguiente día, 11 de Marzo. Si no se cuenta el 1.º de Marzo, el pagaré será exigible hasta el 12. Es de tradición que el *dies á quo* no se cuenta en plazo. Este uso está fundado en razón. En realidad, el tiempo se cuenta y corre de momento á momento, y, por tanto, según las reglas de las matemáticas, el tiempo deberá correr desde el instante en que el contrato es perfecto. Esto daría lugar, en la práctica, á mil

dificultades que los intérpretes sabiamente han prevenido estableciendo que el *dies á quo* no debe contarse. Puede citarse, en apoyo del principio tradicional, el art. 2,260 que resuelve que la prescripción se cuenta por días y no por horas.

192. Resta saber cómo se cuentan los días, los meses y los años. Para los días no hay duda alguna, se les calcula de minuto á minuto, y el día civil no termina sino hasta que la última hora del día suena.

En cuanto á los meses, se pregunta si deben contarse los plazos convenidos por meses astronómicos ó por meses civiles. Toullier tiene razón de decir que si los intérpretes en lugar de consultar los textos del derecho romano, se hubiesen atendido al simple buen sentido, jamás hubiera habido dificultad sobre este punto. ¿No deben contarse los meses tales como las partes los han entendido? y qué es lo que saben los contratantes si no un mes astronómico? El Código de Comercio ha sancionado la respuesta que el buen sentido dá á estas cuestiones (art. 132).

Para el cálculo del año, no hay dificultad alguna; se cuentan los doce meses, y el último día del duodécimo mes está todavía comprendido en el término (núm. 191). El 1º de Marzo de 1873, me obligo yo á pagaros una suma de 1,000 francos á un año; el 1º de Marzo del año de 1873 no está comprendido en el plazo, pero el 1º de Marzo de 1874 si está comprendido; el último día del plazo, será, pues, el 1º de Marzo de 1,874, y el día 2, la deuda será exigible. (1)

193. El acreedor puede obrar al vencimiento contra el deudor, pero no está obligado á hacerlo, ni el acreedor puro y simple está obligado á perseguir inmediatamente el cumplimiento de la obligación contraída en su favor. Pe-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 423, núm. 683. Demolombe, t. XXV, pág. 605, núms. 646-648.

ro si queda en la inacción, arriesga la prescripción de su crédito. Por lo demás, conserva todos sus derechos, aun contra la fianza, si el deudor llega á ser insolvente. Volvemos á ver este último punto en el título de la "Fianza."

Estos principios reciben excepción en materia de letras de cambio. El acreedor debe obrar, en este caso, como el Código de Comercio lo prescribe (arts. 117, 160, 161, 170 y 171). La excepción confirma la regla. (1)

#### § III.—VENCIMIENTO DEL TÉRMINO.

##### Núm. 1. Causas del vencimiento

##### 1. Quiebra.

194. Pothier expone el principio que el Código sigue en esta materia. "El plazo que el acreedor concede al deudor tiene por fundamento la confianza en su solvencia; así pues, cuando este fundamento llega á faltar, el efecto del término cesa." Por aplicación de este principio, el artículo 1,188 dispone que el deudor no puede ya reclamar el beneficio del término, cuando se ha declarado en quiebra. Es de principio que la quiebra del deudor hace exigibles todas sus deudas. La razón, desde luego, está en que el acreedor no siguió la fe del deudor, concediéndole un plazo, sino porque le creyó solvente; y no se lo hubiera concedido, si hubiese previsto que caería en quiebra. En seguida, para facilitar la liquidación de la quiebra, importa que las deudas á plazo lleguen á ser exigibles, pues siendo cierto el derecho de los acreedores, no se les puede desechar, y si el plazo estuviese pendiente, se retardaría ó embargaría la liquidación de la quiebra. El interés de la masa está, pues, de acuerdo con el acreedor á plazo. (2)

1 Demolombe, t. XXV, pág. 609, núms. 650 y 651,

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 111 bis, I. Demolombe, tomo XXV, pág. 614, núm. 657.

¿Cuándo hay quiebra? Según el Código de Comercio de 1,808 (art. 448), el hecho de la quiebra resulta de la suspensión de pagos, lo que basta para hacer exigibles las deudas no vencidas; el nuevo artículo 444 no se conforma ya con el hecho de que el comerciante haya cesado en sus pagos, sino que exige un fallo que declare la quiebra, lo que es más jurídico; en efecto, un comerciante no está en quiebra por el solo hecho de la suspensión de sus pagos; debe intervenir un fallo que haga constar esta suspensión y declare la quiebra. (1)

195. Sólo los comerciantes son declarados en quiebra. En cuanto á los no comerciantes insolventes, se dice que están en la insolvencia. Se pregunta si el vencimiento pronunciado por el art. 1,188 se aplica á la insolvencia lo mismo que á la quiebra. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitir la afirmativa. Nosotros nos atenemos á la opinión general; pero importa precisar el verdadero motivo de decidir. Hay en esto una duda muy seria. El art. 1,188 previene un vencimiento, y de los vencimientos debe decirse lo que se dice de las penas, que no lo hay sin ley, de donde se sigue que los textos que los establecen son de estricta interpretación. ¿Qué se responde á la objeción? Se invoca, desde luego, la analogía: la razón por la cual previene la ley el vencimiento contra el deudor en quiebra, se aplica lo mismo al caso de insolvencia. En el rigor de los principios, la analogía no es admisible en esta materia, pues las penas y los vencimientos no se extienden por vía de analogía. Por otra parte, no hay identidad de motivos. ¿Por qué al fallido se le vence el término? Porque las necesidades de la liquidación, y, por consiguiente, el interés mismo de los acreedores lo exige. Y en caso de insolvencia no hay más de acreedores en liquidación común

1 Metz, 16 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 206).

y, por tanto, no es rigurosamente necesario el vencimiento. (1) En el Consejo de Estado, Treilhard ha dicho que hay más que analogía entre la quiebra y la insolvencia, que hay identidad: "Se puede quebrar sin ser comerciante, y entonces la quiebra es llamada insolvencia; pero poco importa la denominación cuando la cosa es la misma." (2) Convenimos en que el legislador haya debido aplicar á la insolvencia lo que dijo de la quiebra; la razón dada por Pothier es suficiente; pero en el silencio de la ley, puede crearse un vencimiento? Tal es la dificultad. No puede encontrarse solución sino en los textos, y hay textos que aplican el principio del art. 1,188 á la insolvencia. "El vendedor, dice el art. 1,613, no estará obligado á la entrega, aunque hubiera concedido un plazo para el pago, si después de la venta el comprador cae en quiebra ó en estado de insolvencia." La ley equipara, pues, la insolvencia con la quiebra, cuando se trata de quitar al deudor el beneficio del término. El art. 1,913 está concebido en el mismo sentido: "El capital de la venta constituida en perpetuidad, llega á ser exigible en caso de quiebra, ó de insolvencia del deudor." Estas dos disposiciones no hacen más que aplicar el principio del art. 1,188 y prueban que en esta disposición el legislador se sirvió de la palabra "quiebra" para marcar el estado de insolvencia de todo deudor, comerciante ó no, como Treilhard lo dijo en el Consejo de Estado. El lenguaje es impropio, pero la intención del legislador nos parece evidente. La jurisprudencia es constante en este sentido. (3)

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 182, núm. 111 bis, I y todos los autores.

2 Sesión del Consejo de Estado del 18 Brumario, año XII, número 11 (Loché, t. VI, pág. 83).

3 Véase las sentencias citadas en el repertorio de Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,296. Hay que egregar la sentencia de Metz

196. La insolvencia dá lugar á una dificultad particular. Esta no se pronuncia por fallo; cómo, pues, se sabrá si el deudor está en estado de insolvencia? Se necesita desde luego que haya insolvencia. La costumbre, en París, definió la insolvencia en estos términos: "El caso de insolvencia se presenta cuando los bienes del deudor, así muebles como inmuebles, no bastan á los acreedores aparentes." De donde se sigue que la insolvencia es otra cosa que la quiebra. Un comerciante está en quiebra cuando cesa en sus pagos, aun cuando su activo exceda á su pasivo, lo que puede suceder cuando suspende sus pagos por efecto de un accidente momentáneo ó de contratiempos accidentales. Una persona no comerciante no está en insolvencia por el sólo hecho de la suspensión de sus pagos, si por lo demás, sus bienes bastan para cubrir sus deudas. De hecho sucederá frecuentemente que el deudor que cesa en sus pagos esté mal en sus negocios; cuando los dos hechos concurran no hay ya duda sobre el estado de insolvencia; solamente importa notar que la suspensión de pagos no basta por sí sola. (1) Esto es lo que la Corte de Caen ha juzgado muy bien. Para establecer que en el caso, el deudor estuvo en insolvencia, comienza la Corte por hacer constar que el 30 de Septiembre de 1841, dejó sin protestar un pagaré de 2,000 francos; que el 7 de Diciembre fueron pronunciadas contra él dos condenas por otros dos pagarés; que algunos días más tarde sufrió una nueva condena; que el 1.º de Enero de 1842 anunció sus dificultades á sus acreedores solicitando un rreglo; que por la misma época vendió sus bienes muebles y distribuyó el precio entre sus acreedores; que el 10 de Enero vendió igualmente sus imprecitada (más arriba, pág. 232, nota 1) y Rouen, 29 de Junio de 1871 (Dalloz. 1873, 2, 206).

1 Demolombe, t. XXV, pág. 631, núms. 666 y 667. En sentido contrario, Larombière, t. II, pág. 485, núm. 4 del art. 1,188 (Ed. B., t. I, pág. 502).

muebles para pagar sus deudas y que el precio no bastó para cubrir las todas. La Corte concluyó que desde el 31 de Diciembre de 1841, el deudor estuvo en estado de insolvencia, porque cesó en sus pagos y su activo fué inferior á su pasivo; doble circunstancia, dijo la sentencia, que caracteriza la insolvencia. (1)

197. Los hechos no siempre son igualmente característicos, y la jurisprudencia es algunas veces contradictoria. Como no se necesita de un fallo que declare la insolvencia y la ley no la define, la cuestión llega á ser una dificultad de hecho, lo que explica las decisiones, contradictorias en apariencia, rendidas por las cortes. Nosotros creemos que hay que atenerse á la tradición, en el silencio del Código, y, por consiguiente, aplicar la definición que dá la costumbre de París; el pasivo debe exceder al activo, y para que el estado de insolvencia sea cierto, es preciso que los muebles y los inmuebles del deudor hayan sido embargados y vendidos. Esto es lo que dice la Corte de Lieja. El apelante, dice la sentencia, no solamente dejó pasar dos años sin pagar los intereses del capital tomado á préstamo al demandado, sino que sus muebles habían sido embargados y vendidos y sus inmuebles expropiados. (2) La sentencia concluyó que el deudor está en insolvencia cuando es notoriamente insolvente. La Corte de Lieja no dijo esto; la notoriedad es una cosa muy vaga y la insolvencia es un hecho muy positivo. Se ha juzgado que las simples presunciones son suficientes para caracterizar la insolvencia: se necesita, dice la Corte de Rennes, que los embargos de los bienes muebles ó inmuebles del deudor atestigüen su impotencia para cumplir sus obligaciones. (3)

1 Caen, 23 de Mayo de 1842 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,296, 1).

2 Lieja, 9 de Marzo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 129).

3 Rennes, 24 de Marzo de 1812 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 398).

¿Un juicio verbal de pobreza bastaría? La afirmativa ha sido juzgada por la Corte de Lyon. (1)

Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Casación: el estado de insolvencia, dice la Corte, no resulta únicamente de un juicio verbal de carencia de bienes muebles del deudor, sino de la prueba de su insolvencia después de la excusión de todos sus bienes, así muebles como inmuebles. (2) En derecho, preferimos esta última decisión. Sin embargo, es posible que en cuanto al hecho la Corte de Lyon haya tenido razón; si el deudor no posee inmuebles, es evidente que el juicio verbal de pobreza, prueba su insolvencia.

Hay sentencias que parecen confundir la quiebra y la insolvencia. Se dijo en una sentencia de la Corte de Bruselas, que según los principios de la antigua jurisprudencia, tanto francesa como belga, el deudor no comerciante puede también estar en quiebra, y que estos principios son todavía los de nuestra nueva legislación. Esto es demasiado absoluto, y la Corte no tenía necesidad de invocar las reglas que rigen la quiebra para juzgar que, en el caso, el deudor estuvo en insolvencia, pues ésta fué evidente. Con el aviso dado por uno de los acreedores, dice la sentencia, hubiera habido aglomeración violenta de acreedores á cargo del deudor por la suspensión pública de pagos; el deudor que fué presidente de un tribunal en Flandes, cesó de ejercer sus funciones, y abandonó todos sus negocios, la insolvencia fué más que notoria. (3)

Los hechos juegan un gran papel en esta materia. Como

1 Lyon, 3 de Agosto de 1833 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,296, 1).

2 Denegada casación, 21 de Marzo de 1822 (Daloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1,637). Compárese Tolosa, 20 de Noviembre de 1835 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,297).

3 Bruselas, 17 ó 7 de Febrero de 1810 (Daloz, palabra *Privilegios*, núm. 1). 428.

no hay definición legal, no puede exigirse que todos los bienes del deudor necesariamente hayan sido embargados y vendidos. En un caso juzgado por la Corte de Bruselas, había habido una distribución de dinero proveniente de la venta de los bienes muebles; sería inútil, dijo la Corte, para establecer la insolvencia, atender á la excusión de los pocos bienes que quedaban al deudor, porque están en una grande desproporción con el importe de las deudas no pagadas. (1) También es posible que aun sin embargo alguno, la insolvencia del deudor sea patente; la Corte de Bruselas ha juzgado, y con razón, que el deudor que convoca á sus acreedores para proponerles arreglos, está en estado de insolvencia, juzgando por esto que sus deudas superan á su haber, y está en la imposibilidad de pagarlas. (2)

198. La aplicación del artículo 1188 ha dado lugar á otra dificultad. La ley dice que está vencido para el deudor el beneficio del término. ¿Qué debe decidirse si no se ha fijado término? El deudor se obliga á reembolsar el capital con fácil pago, y en todos los casos con la primera herencia que reciba, y obligándose su padre como fiador. Algunos días después el deudor es declarado en quiebra. ¿La deuda llega á ser exigible contra él y contra el fiador? Se ha juzgado que para el deudor no se ha vencido el término, pues este fué indefinido y el acreedor concedió el plazo ilimitado precisamente porque el deudor estaba ya en estado de insolvencia, y por tanto, no se encontró ni en el texto ni en el espíritu del art. 1188. (3)

199. La doctrina y la jurisprudencia extienden á la insolvencia el vencimiento que el art. 1188 previene en ca-

1 Bruselas, 23 de Marzo de 1811 (Daloz, palabra *Venta*, número 1,685).

2 Bruselas, 23 de Diciembre de 1810 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 214).

3 Bruselas, 25 de Mayo de 1864 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 137).

so de quiebra. Pero la ley no ha asemejado en todo la quiebra y la insolvencia, y como hay reglas especiales para el caso de quiebra, resulta una especie de conflicto entre el derecho civil y el derecho mercantil. Se ha juzgado que los acreedores hipotecarios no están sometidos á las reglas de la quiebra, en lo que concierne á la confirmación y reconocimiento de los créditos. ¿Es esto decir que no estando sometidos á la ley mercantil, no pueden invocar los derechos que resultan de la quiebra para los acreedores á plazo? Así se ha sostenido, pero la jurisprudencia ha seguido la opinión contraria. Hay, sobre este punto, una sentencia muy bien motivada de la Corte de Angers. El art. 1,188 no distingue entre los diversos acreedores, y la disposición del art. 444 del Código de Comercio, es también general. Introducir una distinción, no es ya interpretar la ley, sino abrogarla parcialmente. El espíritu de la ley es tan claro como su texto. Los acreedores hipotecarios y la masa de quirografarios, están igualmente interesados en que los créditos hipotecarios que gravan los inmuebles del fallido, sean liquidados juntamente con los créditos quirografarios; la hipoteca puede ser una garantía insuficiente, y la garantía real no quita al acreedor los derechos que tiene sobre su crédito personal, y por tanto, éste tiene derecho é interés en realizar inmediatamente su garantía, á fin de estar comprendido en las distribuciones por la parte de su crédito que no está garantizado por la hipoteca. Por su parte, los acreedores quirografarios están interesados en que los inmuebles hipotecados sean vendidos luego, porque el excedente del precio, si lo hay, les sirve de garantía. (1)

1 Angers, 15 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 107). Agen, 20 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 149). Compárense en sentido diverso, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 89, nota 17, pfo. 303.

200. El Código de comercio contiene disposiciones especiales para garantizar á los acreedores contra los actos que el deudor pudiera hacer en fraude de sus derechos; así es que permite anular las inscripciones valuadas en los diez días de la interrupción del pago por una deuda contraída más de quince días ántes. ¿Se podrán aplicar estas disposiciones al acreedor hipotecario que ha contratado con un deudor no comerciante en apariencia? La dificultad se presentó en el caso siguiente: Por escritura del 24 de Agosto de 1842, un notario autorizó una hipoteca para asegurar un préstamo de 120,000 francos que le había sido hecho anteriormente. El acreedor no inscribió su hipoteca sino hasta el 6 de Mayo de 1843; el 11 de Mayo, el deudor desapareció de su casa y el 29 de Junio la quiebra fué declarada y trasportada al día de la fuga del notario. Dos días ántes de la declaración de la quiebra, el acreedor hipotecario había practicado un embargo sobre los bienes hipotecados. Los síndicos de la quiebra demandaron la nulidad porque fué hecho en virtud de un crédito no vencido y porque la inscripción había sido valuada en los diez días de la interrupción de los pagos. La Corte de Rouen y, sobre apelación, la Corte de Casación decidieron que el deudor habla perdido el beneficio del término desde el momento en que el embargo fué practicado, puesto que su fuga hacía constar su insolvencia. ¿Pudieron aplicarse al acreedor las disposiciones de la ley comercial? La Corte de Casación decidió negativamente; dijo que el deudor no tenía más de la calidad de notario y que ningún persegui-miento tendría lugar para declarar su quiebra en la época en que sus inmuebles fueron valuados. Nos parece que la ley comercial era aplicable, desde el momento en que el notario fué constituido en quiebra á título de comerciante. Es preciso atenerse á la decisión de la Corte de apelación que juzgó, de hecho, que no había lugar á anular la ins-

cripción, puesto que todas las circunstancias probaban la buena fé del acreedor. (1)

*II. Disminución de las seguridades convencionales.*

201. También el deudor es privado del beneficio del término, "cuando por su causa han disminuido las seguridades que había dado para el contrato á su acreedor." ¿Cuál es el motivo de esta prescripción? El relator del Tribunal lo ha desarrollado en su relato. "El término no es concedido más que en favor de los intereses que tiene el acreedor; cuando la confianza disminuye por causas que lo habían fundado, es preciso que la ley le deje obrar como haría si no hubiera tenido ninguna seguridad en el momento del contrato." (2) Es decir, que el acreedor no trata con el deudor sino bajo condición de tener seguridades que le son concedidas por el contrato. Se debe, pues, aplicar el principio de la condición resolutoria tácita; si el deudor falta á su obligación disminuyendo por su culpa las seguridades sin las cuales el acreedor no hubiera tratado desde luego, el acreedor debe tener el derecho de mandar el reembolso de su crédito. No es lo mismo demandarla; la ley pronuncia la prescripción del deudor disponiendo que no puede reclamar el beneficio del término. Solamente la naturaleza de las cosas se opone á que esta prescripción tenga lugar de pleno derecho. Dos condiciones se requieren para que el deudor sea privado del beneficio del término. Es preciso, desde luego, que haya dado para el contrato seguridades á su acreedor y falta después que por su culpa las haya disminuido.

202. Es preciso que el deudor haya dado por el contrato seguridades á su acreedor: tales como la hipoteca y la

1 Denegada casación, 10 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 209).  
2 Favard, Informe núm. 64 (Loché, t. VI, pág. 198).

prenda. Si el acreedor estipula una hipoteca, la garantía real se vuelve una condición del contrato y el deudor no puede hacer nada que disminuya los derechos del acreedor. Tampoco puede hacer actos de posesión que, por sí mismos, son actos de un buen padre de familia si estos actos perjudican al acreedor, como por ejemplo, no podrá desmontar, destruyendo un arbolado, porque el desmónte, aunque provechoso para el deudor, perjudica al acreedor privándolo de una parte de su prenda ó garantía, quedando disminuida su seguridad; de aquí, la consecuencia que el deudor pierda el beneficio del término.

¿Se debe aplicar este principio á los privilegios? El vendedor tiene un privilegio para el pago del precio. Si el comprador disminuye los fondos, demuele la casa, destruye un bosque, el vendedor ¿podrá valerse del art. 1,188? Algunos autores lo afirman. (1) A nosotros nos parece dudoso. ¿El privilegio es una seguridad que el deudor dá al acreedor por su contrato? Nó, no es el deudor, es la ley la que confiere el privilegio; la voluntad del deudor no se tiene en cuenta para nada; el privilegio es agregado á la calidad del crédito y la ley es la que determina esta calidad, lo cual decide la cuestión. Inútilmente dicen que el acreedor ha contado con el privilegio, y que, sin esta garantía, no habría vendido á término. El legislador habría, sin duda, podido asimilar el privilegio á la hipoteca; mas los términos del art. 1,188 no pueden aplicarse á las garantías legales, y cuando se trata de una prescripción, es preciso atenerse al texto, porque las prescripciones son de estricto derecho.

La ley dá á los acreedores un derecho de prenda sobre

1 Durantón, t. XI, 148. núm. 125. Larombière, t. II, pág. 489, número 11 del art. 1,188 (Ed. B., t. I, pág. 504). Demolombe, t. XXV, pág. 636, núm. 675).

los bienes de su deudor, (art. 2,092, y ley hip., art. 7). ¿Podrá el acreedor demandar el reembolso de su crédito si el deudor toca su prenda disminuyendo sus bienes? Nó, y por la misma razón, pues el derecho de prenda no es una seguridad que el deudor dá al acreedor por su contrato. Todo el mundo está de acuerdo en este punto. (1) Sin embargo, ¿no se podría decir, como ha sucedido con el privilegio, que el acreedor ha contado con los bienes del deudor, y que éste, disminuyendo el valor por su culpa, engañe á su acreedor? Se responde que no se trata de una seguridad estipulada, y que, por consiguiente, no se puede decir que el deudor ha violado la ley del contrato, y esto es cierto; mas, ¿no se puede decir lo mismo del privilegio? Es preciso ser consecuente y hacer á un lado la aplicación del art. 1,188, puesto que la seguridad no es convencional.

203. La disminución de las seguridades no es suficiente, es preciso que sea por culpa del deudor, porque sólo en este caso es cuando falta á sus obligaciones, y sobre la violación de estas obligaciones está fundado el vencimiento. Si, pues, las seguridades disminuyen por un caso fortuito, el término no será declarado vencido para el deudor. ¿Quiere esto decir que el acreedor debe sufrir las consecuencias del caso fortuito, no pudiendo demandar el reembolso del crédito? El art. 2,131 (art. 79 de la ley hipotecaria) dispone que el acreedor pueda reclamar el reembolso de su crédito cuando los inmuebles hipotecados han perecido ó han sufrido disminuciones, de manera que hayan quedado insuficientes para la seguridad del acreedor; la ley agrega que el deudor podrá ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida ó disminución han sido sin su culpa. Volveremos á tratar sobre esta disposición en el título de "Las

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 182, núm. 111 bis, II y todos los autores, Metz, 16 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1869, 2, 206).

Hipotecas;" de pronto, es suficiente notar que el art. 2,131 no está en oposición con el art. 1,188. Resulta de la combinación de los dos artículos, que es preciso distinguir si los bienes son disminuidos por caso fortuito, el acreedor puede demandar el reembolso de su crédito, porque trató con el deudor bajo la condición de una seguridad real; mas el deudor podrá ofrecer un suplemento de hipoteca. Si el deudor tiene culpa, está obligado á reembolsar, sobre la demanda del acreedor, sin que pueda proporcionar una hipoteca suplementaria. (1)

*Núm. 2. Aplicación del principio.*

204. El art. 1,188 dá lugar á numerosas dificultades. Se pregunta desde luego si el acreedor puede reclamar el reembolso de su crédito cuando el deudor no proporciona las seguridades que había prometido por el contrato. Esta es la opinión general y se funda sobre la analogía: hay también motivo de decidir, pues también debe haber decisión. (?) El argumento análogo sería muy peligroso, cuando se trata de vencimientos ó de condiciones sobreentendidas por la ley, porque hay peligro de extender la ley á casos imprevistos, lo que permitiría al intérprete crear vencimientos ó condiciones legales. Sin embargo, se puede admitir la opinión general por aplicación del artículo 1,184; la condición resolutoria tácita no permite al deudor aprovechar un contrato cuyas cláusulas viola. La misma ley aplica el principio del art. 1,184 en este caso. Según el art. 1,912, el deudor de una renta constituida en perpétua, puede ser obligado al rescate si deja de dar al prestamista las seguridades prometidas en el contrato. El art. 1,977 dice que aquel en cuyo provecho fué constitui-

1 Demolombe, t. 25, pág. 644, núms. 668-693 y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 89, nota 15, pfo. 303 y todos los autores.

da la renta vitalicia, puede, mediante un precio, demandar la rescisión del contrato, si el constituyente no le dá las seguridades prometidas para el cumplimiento.

La opinión de los autores es conforme á la jurisprudencia. Se ha juzgado que el deudor que no proporciona las seguridades prometidas, debe ser considerado como el que disminuye por su culpa las garantías que había dado á su acreedor. En un caso el cesionario de un oficio público pidió prestada verbalmente á su cuñada, una suma de 4,800 francos para pagar el precio de la cesión, prometiendo subrogarla en el privilegio del vendedor; este no consintió la subrogación, sino después de haber pagado el precio, es decir, después de la extinción del privilegio, cuando la subrogación se hacía imposible. El cesionario alegó que el art. 1,188 no podía extenderse á un caso que no estaba previsto especialmente por su carácter penal. Su mala fe hizo su causa poco favorable y la Corte se limitó á decir que el art. 1,188 era aplicable: (1) esto es afirmar más bien que motivar.

No es lo mismo si el deudor es de buena fe. Declaró que el inmueble que había dado en hipoteca, no estaba gravado de inscripciones más que por una suma de 2,300 francos, omitiendo por olvido una hipoteca que disminuía mucho las seguridades del acreedor. En este caso, no fué estafador, pero el término fué vencido, puesto que no proporcionaba al acreedor las seguridades que había ofrecido. (2)

205. La concesión de un derecho real sobre el inmueble hipotecado ¿es una disminución de las seguridades del acreedor según el sentido del art. 1,188? Nó; si el acreedor conserva su derecho por la inscripción, los derechos reales que el deudor consintió posteriormente no

1 Douai, 21 de Noviembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 28).

2 Burdeos, 13 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 131).

le causan ningún perjuicio; el primero de los acreedores inscriptos después de él y las servidumbres no pueden serle opuestas. (1) Volveremos á tratar sobre este punto en el título "De las Hipotecas."

206. El deudor que enajena el inmueble hipotecado ¿disminuye las seguridades del acreedor y pierde el beneficio del término? Hay alguna incertidumbre sobre este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. Esto no está de acuerdo con el sentido de esta expresión: "disminuir las seguridades." El art. 2,131 (ley hipotecaria, art. 79) contiene una disposición análoga: "Si los inmuebles gravados á la hipoteca, han perecido ó han sufrido disminuciones, de manera que hayan quedado insuficientes para la seguridad del acreedor, éste tiene derecho de reclamar el reembolso de su crédito." Esta disposición es para el caso en que la disminución sea por culpa del deudor, así como en el caso en que es accidental; en el primer caso, es una aplicación del art. 1,188; es preciso, pues, entender el artículo 1,188 en el mismo sentido que el art. 2,131, es decir, que la seguridad del acreedor disminuye cuando los inmuebles se vuelven insuficientes para garantizar el pago de su crédito. Si este es el sentido del art. 1,188, resulta que el término no se vence para el deudor, sino en el caso en que su hecho tenga por consecuencia inmediata la disminución del valor de la prenda hipotecaria, y es preciso que esta disminución del valor sea tal, que los inmuebles hipotecados ya no sean suficientes para seguridad.

Se aplica este principio á la enajenación que puede ser total ó parcial; si es total, ¿la seguridad del acreedor disminuye? Es preciso distinguir. Si el comprador purga, la cuestión queda decidida por la ley hipotecaria. El art. 113

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 133, núm. 111 bis, III.

dice: "Los créditos no vencidos que no llegan sino por parte en orden útil serán exigibles inmediatamente delante del nuevo propietario hasta esta concurrencia y todo en atención al deudor." ¿Por qué los créditos á término se vuelven exigibles cuando el acreedor no llega en orden útil más que por parte? Es que la purga alcanza á los derechos del acreedor; en principio, este no puede ser obligado á recibir un pago parcial (art. 1,244); pero si el comprador que purga no le paga una parte de su crédito, tiene obligación de recibir un pago parcial, pues su derecho se perjudica, disminuye, y como es por el hecho de enajenación seguida de la purga, por lo que el contrato no recibe su entero cumplimiento, hay lugar de aplicar el principio del art. 1,188; el beneficio del término es vencido para el deudor y el crédito se vuelve exigible.

Si no hay nada de purga, el simple hecho de enajenación, ¿sería suficiente para que el acreedor pueda demandar el reembolso de su crédito? Así se pretende; (1) pero la opinión contraria es más generalmente seguida, y con razón. (2) El término no es vencido para el deudor sino cuando el inmueble hipotecado se vuelve insuficiente para la seguridad del acreedor, ó si el derecho de éste es alterado, disminuye. Pero en caso de enajenación, el inmueble y los derechos del acreedor permanecen los mismos. ¿De qué podrá quejarse? ¿De qué la purga, si es que se hace, le obligará á recibir un pago parcial? Respondemos que es preciso un perjuicio y un alcance actual llevado á los derechos del acreedor para que pueda obrar, y que no es por un riesgo posible por lo que el Código priva al deudor del beneficio del término. Puede no realizarse el riesgo posible, puede no haber purga, en cuyo caso, los dere-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 183, núm. 111 bis, IV.

2 Durantón, t. XI, pág. 151, núm. 127. Demolombe, t. XXV, página 643, núm. 636.

chos del acreedor permanecen intactos y no privan sin embargo, al deudor del derecho que le dió su contrato. Y aun habiendo purga no se puede saber si el acreedor vendrá en orden útil ó nó; esto depende del precio ofrecido por el comprador ó pagado por el adjudicatario en caso de puja. Si el acreedor espera no hay peligro en la demora. Solamente cuando él purga es cuando no viene en orden útil sino para una parte de su crédito y entonces podrá quejarse. Esto es lo que dice implícitamente nuestra ley hipotecaria á la que es preciso atenerse.

207. Cuando hay enajenación parcial, la hipoteca es dividida. ¿Será preciso agregar que la seguridad del acreedor es disminuida? Los autores se dividen sobre esta cuestión, y lo mismo la jurisprudencia. Creemos que es preciso aplicar á la enajenación parcial el principio que acabamos de asentar. No se puede decir *á priori* si las seguridades del acreedor son disminuidas ó nó. El solo hecho de la enajenación parcial no es una disminución de seguridad; los derechos del acreedor permanecen intactos y el inmueble dividido: lejos de disminuir en valor puede adquirirlo más considerable. ¿De qué, pues podrá quejarse el acreedor? Cuando se trata de deshacer un contrato, es preciso tener en consideración, no solamente los derechos del acreedor, sino también los derechos del deudor. El deudor tiene el derecho de enajenar, sea todo, sea una parte. Nuestra ley hipotecaria determina los actos que no puede hacer (art. 45); entre estos actos no se encuentra la enajenación parcial. Falta saber si ésta compromete los derechos del acreedor. Tiene su derecho en seguida en caso de enajenación parcial, así como de enajenación total, y sus derechos quedan intactos. Desde luego, el contrato debe mantenerse, y el deudor debe conservar el derecho del término. El interés del deudor y el interés de sus acreedores exigen que no sea obligado á pagar actualmente deu-

das que, según su contrato, no está obligado á pagar sino después de un término más ó menos largo; declarar estas deudas exigibles, es el medio más seguro de ruina para el deudor y para los acreedores. En consecuencia, es preciso mantener el contrato intacto mientras que permanezca igual y las seguridades del acreedor no disminuyan.

La opinión contraria se enseña generalmente. Se dice que podría resultar una depreciación de la división de la parte enajenada y de la parte conservada. Es una posibilidad de perjuicio que se invoca para despojar al deudor de un derecho positivo. La ley no permite esto. Si los inmuebles divididos se vuelven insuficientes para la seguridad del acreedor, que lo pruebe, y entonces podrá reclamar en seguida el reembolso de su crédito; más si no lo prueba, no habrá razón para deshacer el contrato. Se agrega que el acreedor se encontrará en la necesidad de perseguir separadamente varios títulos detentatorios. ¿Y qué importa? Las costas no recaerán sobre él; y si, como se debe suponer, el valor de los inmuebles es suficiente para pagar los gastos, ¿de qué se quejará el acreedor? ¿De un embargo? ¿de una contrariedad? No es para semejantes motivos para lo que la ley autoriza la ruptura de los contratos; tiene en cuenta los derechos y los intereses del deudor, y los inconvenientes de hacer varios seguimientos que no pueden compararse con la pérdida real que el deudor sufre cuando debe pagar antes del vencimiento del término. En fin, se dice que si los compradores parciales quieren usar de la facultad de purgar, el acreedor recibirá por partes el monto de su crédito. (1)

El argumento es muy significativo; si la posibilidad de la purga es suficiente para que en caso de enajenación parcial el deudor sea privado del beneficio del término, éste

1 Demolombe, t. XXV, pág. 641, núm. 685. Larombière, t. II, página 490, núm. 15 del art. 1,188 (Ed. B., t. I, pág. 504).

podrá decir otro tanto de la enajenación total; pero en caso de enajenación total, los autores están de acuerdo en rehusar la aplicación del art. 1,188, á pesar de la posibilidad de la purga. Volveremos á tratar de lo que se acaba de decir (núm. 206). (1)

Se discute desde lejos por qué no se comprende bien el principio. La ley, dicen, no sujeta el vencimiento del término á la prueba "de que no se le pague al acreedor," sino á la circunstancia "de que las seguridades disminuyan." Sí, más, ¿cuándo serán disminuidas las seguridades? La hipoteca tiene precisamente por objeto garantizar el pago, y no es otro, el del art. 1,188, declarando vencido el término del deudor, cuando por su culpa disminuye las seguridades convenidas; es decir, las seguridades que garantizaban el pago de la deuda.

La jurisprudencia es, en general, favorable al acreedor. (2) Además del perjuicio invoca otro motivo que puede resultar para el acreedor de un pago parcial en caso de purga. Si se toma este motivo al pié de la letra, tal como la corte de Poitiers lo formula, se podrá dar al acreedor el derecho de reclamar el reembolso desde que el deudor enagene; en efecto, la sentencia dice que á partir de las enajenaciones, cada comprador tiene la facultad que no tiene el deudor mismo, de purgar el inmueble adquirido de las hipotecas que le gravaban. Esto que es cierto de la enajenación parcial y de la total, pondría al deudor en la imposibilidad de vender, resultando tan contrario al interés general como al derecho del deudor. La corte

1 Toullier, t. III, 2, pág. 416, núm. 667. Durantón, t. XI, página 149, núm. 126.

2 Casación, 4 de Mayo de 1812 (Daloz, en la palabra *Privilegios*, núm. 1,341). Poitiers, 28 de Diciembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,283). Bruselas, 8 de Junio de 1836 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 63).

de Bruselas dá otra forma al mismo argumento, diciendo que el deudor divide la prenda que aseguraba al acreedor la integridad del pago. En derecho, esto no es exacto; la indivisibilidad de la hipoteca, lejos de ser destruida por una enajenación parcial, se manifiesta, al contrario, al tiempo de esas enajenaciones. En efecto, el acreedor puede perseguir á cada uno de los adquirentes para el pago de toda la deuda. Sin duda no podría obtener mas de un pago parcial; pero en ese caso su crédito será exigible del todo contra el deudor. Mas si el valor del inmueble enajenado es suficiente para el pago íntegro, ¿por qué permitir en ese caso al acreedor deshacer el contrato, quitando al deudor el derecho de pagar en el vencimiento?

Como se ve, la cuestión de saber si las seguridades son disminuidas, es más bien cuestión de hecho que de derecho. Esto fué lo que la Corte de Casación juzgó por una sentencia más reciente que las que acabamos de citar. La Corte de apelación decidió, además, de hecho, que no era vencido el beneficio del término para el deudor, que vendía una parte de los inmuebles hipotecados y empleaba el precio en indemnizar á otros acreedores, porque no disminuía las seguridades de su acreedor; al contrario, dijo la sentencia, la posición del acreedor hipotecario se encontró mejorada, puesto que obtuvo el primer lugar. Sobre la apelación, intervino una sentencia de denegada casación. (1) Según la opinión generalmente seguida, el vencimiento del beneficio del término para el deudor, debía ser por solo el hecho de la enajenación parcial, aunque en definitiva la posición del acreedor lejos de empeorar mejor. Es nuestra misma opinión.

208. La hipoteca que se constituye sobre un inmueble no dividido, se separa, por consiguiente, de la adjudica-

1. Denegada casación, Sala Civil del 21 de Abril de 1852 (Dalloz, 1854, 5, 538).

ción sobre remate en provecho de un copropietario del deudor. Se alega que la pérdida de su derecho autoriza al acreedor á exigir el reembolso de su crédito. La cuestión es controvertida. Nosotros estamos por la negativa. Si el acreedor es privado de su derecho, esto resulta de la naturaleza misma de su hipoteca, si embarga un inmueble del cual el deudor es copropietario indiviso, debe separarse hasta que, por efecto de la división ó del embargo, el inmueble se vuelve de la propiedad del otro copropietario. En consecuencia del efecto declaratorio de la decisión ó del remate, el deudor que ha concedido la hipoteca es considerado como si nunca hubiera tenido derecho sobre el inmueble, y así, pues, no puede hipotecar. ¿Se puede decir que los derechos del acreedor son disminuidos entonces y que no ha tenido nunca derecho? (1)

209. El art. 124 del Código de procedimientos dice: "El deudor no podrá obtener un plazo, ni gozar del plazo que se le ha concedido, si sus bienes son vendidos por demanda de otros acreedores, si está en estado de quiebra, de insolvencia, ó si es reducido á prisión; ni en fin, cuando por cualquier hecho, disminuye las seguridades que había dado á su acreedor por el contrato. Se pregunta si esta disposición se aplica así al término del derecho, como al término de gracia. Así se enseñaba ántes, más esta opinión no se sigue ya. El art. 124 sigue á aquellos que creen que la ley autoriza á los jueces á conceder plazos para el cumplimiento de sus obligaciones, lo que prueba que se trató del plazo de gracia. (2)

Otra es la cuestión de saber si en los casos previstos por el art. 124, el beneficio del término puede ser declarado

1 Caen, 25 de Febrero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Privilegios*, núm. 1,349). En sentido contrario, Burdeos, 24 de Febrero de 1871 (Dalloz, 1873, 2, 22).

2 Durantón, t. XI, pág. 136, núm. 117, combate extensamente la opinión contraria de Pigeau.

vencido para el deudor por aplicación del art. 1,186. La cuestión concierne á los casos en que los bienes del deudor son vendidos por demanda de otros acreedores, cuando está en estado de insolvencia ó es reducido á prisión. Se dice que hay una diferencia entre el término de derecho y el de gracia; éste es un favor, y no se concibe que el legislador prive al deudor en el caso que prevée el artículo 124; mientras que el término de derecho, como derecho para el deudor, no puede perderlo más que por causas más graves que las que entrañan el vencimiento del término de gracia. Esto es muy cierto, y así no admitimos que el beneficio del término sea vencido para el deudor, solo porque sus bienes son vendidos y él está en estado de insolvencia ó preso. El juez decidirá de hecho, y decidirá con frecuencia que la venta de los bienes prueba la insolvencia, mas puede ser que el deudor no sea insolvente, aunque esté en insolvencia, y, sobre todo, cuando esté preso. ¿Por qué ponen preso al deudor? Porque el acreedor cree que tiene facultades ocultas; así, pues, no puede afirmar que sea insolvente; esto, en definitiva, es una cuestión de hecho. (1)

*Núm. 3. Efectos del vencimiento.*

210. Cuando se vence el beneficio del término para el deudor, la deuda se convierte en pura y simple, y, par consequente, el acreedor puede obrar, perseguir y embargar como un acreedor puro y simple. El principio es incontestable, pero la aplicación no carece de perjuicio para el acreedor. ¿Puede obrar por vía de embargo aunque no haya fallo alguno que declare vencido el término para el deudor? La ley no exige fallo y es la que pronuncia el

1 Demolombe, t. XXV, pág. 634, núm. 690. Compárese Larombière, t. II, pág. 486, núm. 5 del art. 1,184 (Ed. B., t. I, pág. 503).

vencimiento; pero el hecho del vencimiento puede ser dudoso. Hemos dicho cuán difícil es precisar los caracteres de la insolvencia, y es más difícil aún decir cuándo, por hecho del deudor, han disminuido las seguridades del acreedor. ¿Este podrá embargar los bienes de su deudor por estar vencido su beneficio del término? Sí puede, dice la Corte de Bruselas, pero á sus riesgos y peligros. Si el deudor responde que está en insolvencia ó que ha disminuido las seguridades del acreedor, el tribunal resolverá sobre la contestación, y si juzga que el deudor no ha incurrido en el vencimiento, el acreedor indemnizará los perjuicios de las demandas, y serán anuladas, y será condenado á daños y perjuicios si ha perjudicado el crédito del deudor con reclamaciones que no tuvo derecho de hacer. (1)

211. La exigibilidad anticipada procura al acreedor una ventaja considerable, si la deuda no tiene interés, pues gozará durante algún tiempo de una cosa que, según el contrato, el deudor tiene derecho de gozar. ¿No podrá éste demandar que el acreedor deduzca el descuento? La negativa es cierta, pues inútilmente diría el deudor que según su contrato, tiene el derecho de gozar de la cosa; se le respondería que el contrato ha terminado por su causa, y no podría invocar un contrato que no existe. Otra es la cuestión de saber si el deudor puede demandar que se le deduzcan los intereses en el caso en que se hayan capitalizado con el capital. La afirmativa es tan evidente, que ni exponerse debía la cuestión, pues el deudor solo debe los intereses vencidos, y el acreedor no puede exigir lo que no se le debe. (2)

212. La aplicación del principio dá lugar á alguna difi-

1 Bruselas, 18 de Julio de 1829 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,296, I; *Pasicrisia*, 1829, pág. 251).

2 Larombière, t. II, pág. 502, núm. 27 del art. 1,188 (Ed. B., t. I, pág. 509). Demolombe, t. XXV, pág. 650, núms. 696 y 697.

cultad en materia de compensación. Cuando se vence el beneficio del término para el deudor, ¿llega á ser compensable la deuda? Trataremos la cuestión en el capítulo "De la Compensación."

213. Cuando la deuda á plazo es asegurada con fianza y se vence el beneficio del término para el deudor, ¿podrá el acreedor perseguir inmediatamente la fianza? La cuestión es controvertida. A nuestra vista, de la naturaleza misma de la fianza, que ésta pueda perseguirse en los casos en que el acreedor pueda perseguir al deudor. Según el art. 2,011, "el que se hace fiador de una obligación, se obliga para con el acreedor á cumplir esta obligación, si el deudor no la cumple por sí mismo." Así, cualquiera que sea la falta de cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, responde la fianza. Si, pues, por su hecho el deudor incurre en el vencimiento del término, el contrato llega á ser puro y simple respecto del fiador. No se concibe que el contrato termine respecto del deudor principal y que subsista respecto del fiador; esto no es posible si la fianza se ha estipulado en su nombre personalmente. Puede estipularse un término independientemente del que se ha concedido al deudor, y en este caso hay dos términos; el vencimiento del deudor no supondrá entonces el de la fianza. Se objeta que este resultado es contrario á la intención de las partes contratantes. El fiador espera, sin duda, que no será perseguido sino hasta el vencimiento del término convenido en el contrato, pero sabe también que el deudor podrá, por su hecho, perder el beneficio del término y se obliga á indemnizar al acreedor de toda falta de cumplimiento del contrato, y, por tanto, de la disminución de las seguridades que el contrato dá al acreedor. (1)

1 Larombière, t. II, pág. 497, núm. 22 del art. 1,188 Ed. B., t. I, pág. 507). Aubry y Rau, t. IV, pág. 90, notas 18 y 19, pfo. 303. En sentido contrario, Demolombe, t. XXV, pág. 657, núm. 707 y los au-

214. ¿Qué debe decidirse si á uno de los codeudores solidarios se le vence el beneficio del término? ¿La deuda se hace exigible contra los otros? Pothier responde que los otros codeudores continúan gozando del término. Esta es la opinión generalmente seguida, pero importa precisar el verdadero motivo de decidir. Pothier dice que los codeudores no pueden, sin hecho suyo, estar obligados á más que á lo que ellos han querido obligarse. (1) En efecto, hay tantos lazos como deudores, siendo considerado cada uno como si fuese el solo y único deudor; y de que uno esté en insolvencia ó haya disminuido las seguridades del acreedor, no puede deducirse que los otros estén privados del beneficio del término; conservando el acreedor contra ellos todos los derechos que le dá su contrato, justo es que los deudores sean también sostenidos en su derecho.

¿Se dirá que esta decisión está en contradicción con la opinión que acabamos de enseñar en cuanto á la fianza? El fiador tampoco está obligado sino á término; ¿por qué permitir al acreedor perseguirlo ántes del vencimiento? Nó, el fiador se obliga como el deudor y no tiene derecho al término, á menos que se halla estipulado; en tanto que los codeudores solidarios es cada uno deudor principal; cada uno debe, por consiguiente, conservar el derecho tal como se ha estipulado en el contrato, á menos que el término se halla vencido por hecho suyo. Hay que guardarse, pues, de decidir, como lo hace M. Larombière, que los codeudores solidarios son, en cualquier caso, fiadores los unos pe los otros. No nos agradan los "casos eventuales" y desechamos de la ciencia del derecho todas estas semi-torres que cita. Compárese París, 24 de Diciembre de 1842 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,306) y una sentencia de Róen (29 de Junio de 1871) bien motivada en favor de la fianza (Daloz, 1873, 2, 206).

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 236.

verdades que implican errores. Los codeudores son fiadores ó no lo son. Si son fiadores, debe aplicárseles el artículo 1,188, pero como no lo son, no pueden incurrir en el vencimiento sino por su hecho propio. (1)

La jurisprudencia, después de alguna duda, opinó en este sentido. En una primera sentencia, la Corte de Burdeos decidió que á todos los deudores solidarios se les había vencido el término por efecto del vencimiento de uno de ellos; y en seguida, volvió á la doctrina que los autores enseñan. (2)

El Código de Comercio aplica el mismo principio, derogado en cierto sentido. En caso de quiebra del suscriptor de un pagaré, en orden del aceptante de una letra de cambio, ó del interventor á falta de aceptante, los demás obligados deben dar fianza, si no prefieren pagar inmediatamente. Los co-obligados solidariamente, no están obligados á pagar desde luego, si prefieren dar fianza. La deuda, es pues, exigible contra ellos; hé ahí la derogación ocasionada por las exigencias del comercio; pero pueden dispensarse de pagar, y gozar del término dando la fianza.

215. ¿Puede el acreedor perseguir al tercero detentador, cuando el término se ha vencido para el deudor? Nos parece que la afirmativa no es dudosa, á pesar del disentimiento de Durantón. La hipoteca es el accesorio del crédito; cuando la acción personal puede intentarse, la acción hipotecaria también puede serlo; poco importa que las dos acciones estén separadas, en caso de enajenación; en virtud de su derecho, el acreedor tiene contra el tercero detentador los mismos derechos que contra el deudor mismo. Durantón compara al tercero detentador con el

1 Larombière, t. II, pág. 498, núms. 23 y 24 del art. 1188 (Ed. B., t. I. págs. 507 y 508). Compárese Demolombe, t. XXV, pág. 654, núms. 703 y 704.

2 Burdeos, 6 de Enero de 1836 (Dalloz, palabra *Quiebra*, número 257) y 10 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

co-deudor solidario, y el error es evidente; el tercero detentador nada ha estipulado, puesto que es tercero en la deuda, en tanto, que el deudor solidario ha estipulado un término que debe aprovechar, á menos que pierda el beneficio por su hecho. (1) Creemos inútil insistir.

SECCION. IV—De las obligaciones alternativas.

§ I. NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Definición y caracteres.

216. El art. 1,189 dice que la obligación alternativa comprende varias cosas en el sentido que el deudor es librado por la entrega de una de esas cosas. Pothier da este ejemplo: Yo me obligué á daros un caballo ó veinte escudos, ó bien me obligué á edificar una casa ó á pagar veinte pistolas.

El Código supone que la obligación alternativa comprende dos cosas; esto es para marcar que comprende al menos dos. Si no tiene por objeto más que una sola cosa, no hay obligación alternativa. Un burgo maestro suscribió un pagaré por el cual declaraba haber tomado de la caja de la oficina de beneficencia una suma determinada, obligándose á restituirla en poco tiempo, ó dar una hipoteca conveniente. Sobre la demanda de la oficina, el burgo maestro fué condenado á restituir la expresada suma. Demanda en casación por violación del art. 1,189. Que pretendió que la obligación era alternativa, y que el deudor podía escoger entre restituir ó constituir una hipoteca. Se juzgó que la deuda no era alternativa, que era una obligación pura y simple de restituir la suma prestada, salvo que el deudor se obligara á dar hipoteca si no pagaba, en poco tiempo. (2)

1 Demolombe, t. XXV, pág. 659, núm. 708. En sentido contrario, Durantón, t. XX, pág. 373, núm. 229.

2 Denegada casación, Sala de Casación de Bruselas, 14 de Febrero de D. TOMO XVII.—33

verdades que implican errores. Los codeudores son fiadores ó no lo son. Si son fiadores, debe aplicárseles el artículo 1,188, pero como no lo son, no pueden incurrir en el vencimiento sino por su hecho propio. (1)

La jurisprudencia, después de alguna duda, opinó en este sentido. En una primera sentencia, la Corte de Burdeos decidió que á todos los deudores solidarios se les había vencido el término por efecto del vencimiento de uno de ellos; y en seguida, volvió á la doctrina que los autores enseñan. (2)

El Código de Comercio aplica el mismo principio, derogado en cierto sentido. En caso de quiebra del suscriptor de un pagaré, en orden del aceptante de una letra de cambio, ó del interventor á falta de aceptante, los demás obligados deben dar fianza, si no prefieren pagar inmediatamente. Los co-obligados solidariamente, no están obligados á pagar desde luego, si prefieren dar fianza. La deuda, es pues, exigible contra ellos; hé ahí la derogación ocasionada por las exigencias del comercio; pero pueden dispensarse de pagar, y gozar del término dando la fianza.

215. ¿Puede el acreedor perseguir al tercero detentador, cuando el término se ha vencido para el deudor? Nos parece que la afirmativa no es dudosa, á pesar del disentimiento de Durantón. La hipoteca es el accesorio del crédito; cuando la acción personal puede intentarse, la acción hipotecaria también puede serlo; poco importa que las dos acciones estén separadas, en caso de enajenación; en virtud de su derecho, el acreedor tiene contra el tercero detentador los mismos derechos que contra el deudor mismo. Durantón compara al tercero detentador con el

1 Larombière, t. II, pág. 498, núms. 23 y 24 del art. 1188 (Ed. B., t. I. págs. 507 y 508). Compárese Demolombe, t. XXV, pág. 654, núms. 703 y 704.

2 Burdeos, 6 de Enero de 1836 (Dalloz, palabra *Quiebra*, número 257) y 10 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

co-deudor solidario, y el error es evidente; el tercero detentador nada ha estipulado, puesto que es tercero en la deuda, en tanto, que el deudor solidario ha estipulado un término que debe aprovechar, á menos que pierda el beneficio por su hecho. (1) Creemos inútil insistir.

SECCION. IV—*De las obligaciones alternativas.*

§ I. NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. *Definición y caracteres.*

216. El art. 1,189 dice que la obligación alternativa comprende varias cosas en el sentido que el deudor es librado por la entrega de una de esas cosas. Pothier da este ejemplo: Yo me obligué á daros un caballo ó veinte escudos, ó bien me obligué á edificar una casa ó á pagar veinte pistolas.

El Código supone que la obligación alternativa comprende dos cosas; esto es para marcar que comprende al menos dos. Si no tiene por objeto más que una sola cosa, no hay obligación alternativa. Un burgo maestro suscribió un pagaré por el cual declaraba haber tomado de la caja de la oficina de beneficencia una suma determinada, obligándose á restituirla en poco tiempo, ó dar una hipoteca conveniente. Sobre la demanda de la oficina, el burgo maestro fué condenado á restituir la expresada suma. Demanda en casación por violación del art. 1,189. Que pretendió que la obligación era alternativa, y que el deudor podía escoger entre restituir ó constituir una hipoteca. Se juzgó que la deuda no era alternativa, que era una obligación pura y simple de restituir la suma prestada, salvo que el deudor se obligara á dar hipoteca si no pagaba, en poco tiempo. (2)

1 Demolombe, t. XXV, pág. 659, núm. 708. En sentido contrario, Durantón, t. XX, pág. 373, núm. 229.

2 Denegada casación, Sala de Casación de Bruselas, 14 de Febrero de D. TOMO XVII.—33

La escritura de constitución de una renta de posesiones decía que el deudor daría cada año una renta que consistía en 17 sextarios de buen trigo, limpio, seco, cabal y comprado de tal mercado, medida de Nantes. Se agregó que la expresada renta sería apreciada por las partes á razón de veinticinco libras el sextario y cuya entrega se podría hacer en el último vigésimo. Se pretendió que resultaba de esta cláusula, que la renta era alternativa, y que el deudor podría pagar á su elección, ó la entrega de semillas ó el precio en plata. Estuvo mal interpretado este convenio. La cláusula principal de la escritura no dejaba ninguna duda sobre la intención de las partes contratantes de constituir una renta en granos. Si después la valuaron en plata, no se podía inferir que, de pura y simple que era la obligación se transformaba en deuda alternativa. La obligación alternativa, dice la Corte, no se presume nada más; es una modificación de la obligación, que debe ser estipulada, como lo es un término ó una condición. Se alegó que el acreedor había consentido en recibir la renta en numerario; pero esto tampoco es exacto, porque las renunciaciones se presumen menos aún que las modificaciones; el derecho que el acreedor tenía de su contrato subsistía, pues. (1)

De que el art. 1,189 no hable más que de dos cosas, no se debe concluir que la obligación alternativa no puede comprender más que esas dos cosas; la ley prevee el caso ordinario, mas agrega que los principios que establece deben aplicarse en caso que haya más de dos cosas comprendidas en la obligación alternativa (art. 1,196). Nos atenderemos á lo que dice el legislador porque no se debe alterar la interpretación de la ley, previendo hipótesis que la práctica ignora.

ro de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 53 y Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,093).

1 Rennes, 6 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,316).

217. ¿En qué sentido deben comprenderse las dos cosas en la obligación alternativa? Esta cuestión, controvertida en el antiguo derecho, lo es aun bajo el imperio del Código y no será inútil intentarlo. (1) Importa mucho precisar los principios á causa de las consecuencias prácticas que puedan resultar. Se pregunta si las dos cosas se deben. Generalmente se ha opinado que sí, cuando Dumoulin ataca esta opinión con su acostumbrada energía. Se dice que cada una de estas dos cosas es debida, al menos bajo esta condición: si una no ha sido pagada. Dumoulin dice que es falso que las dos cosas estén comprendidas en la obligación, es decir, que sean igualmente debidas; en efecto, si el deudor no ha tenido dos cosas á la vez no puede haberse obligado más que por una solamente. ¿Cuál de las dos deberá? Al tiempo del contrato se ignora; depende de la elección hecha por el deudor ó por el acreedor. (2)

Pothier no se explica sobre la controversia; mas parece inclinarse por la opinión contraria; en la definición de la obligación alternativa, dice que el deudor se obliga á dar ó á hacer varias cosas y que las cosas comprendidas en la obligación alternativa se deben todas. Sin embargo, se aproxima más á la doctrina de Dumoulin, agregando á esta restricción que ninguna de las cosas se debe necesariamente. (3) Creemos con Toullier que es preciso atenerse á la doctrina de Dumoulin, en el sentido que el objeto de la obligación alternativa es una cosa incierta y no determinada entre varias cosas determinadas; mas que vendrá á serlo ciertamente por la elección del deudor ó del acreedor, de suerte que antes de la elección no se sabe lo

1 Larombière, t. II, pág. 506, núm. 6 del art. 1,189 (Ed. B., t. II, pág. 6).

2 Dumoulin, *Tratado de las Obligaciones Indivisibles*, parte II, números 117 y siguientes.

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 245, 246 y 248.

que se debe. (1) Veremos más adelante una consecuencia importante de este principio.

218. En los términos del art. 1,192 "la obligación es pura y simple, aunque contraída de una manera alternativa, si una de las dos cosas no puede ser motivo de la obligación." Hay en esta disposición dos expresiones que no son exactas. Al principio las cosas no son el "motivo" de las obligaciones, sino que son el objeto. Después se entiende por obligación "pura" y "simple" la que es contraída sin término ni condición; en la sección "De las Obligaciones Alternativas," el término de "puro" y "simple," tiene, pues, un sentido particular, significa una obligación reducida á una sola cosa, como lo son las obligaciones ordinarias.

El art. 1,192 está tomado de Pothier. Es cierto que la obligación deja de ser alternativa cuando una de las cosas no puede ser el "objeto," puesto que, en ese caso, la obligación no tiene más que un sólo objeto; no hay nada de incierto en cuanto á la cosa de vida, si esta es única, la obligación es, pues, ordinaria. Pothier da este ejemplo: usted me promete, bajo una alternativa, dos cosas de las cuales una me pertenece ya; ésta no puede ser comprendida en la obligación; no queda más que una, y, por consiguiente, la obligación no es alternativa. No sería así si la cosa dejara de pertenecerme; el deudor no podría pagarla, porque no estaba comprendida en el contrato y sería preciso un nuevo convenio para comprenderla. (2)

219. La obligación se vuelve aun pura y simple, según el art. 1,193, si una de las cosas prometidas perece y no puede ser entregada. Esta disposición ha dado lugar á un singular conflicto de explicaciones contrarias. Pothier

1 Toullier, t. III, 2, pág. 427, nota. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 6, núms. 6-8.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 249. Toullier, t. III, 2, página 430, núm. 694.

pregunta por qué la pérdida de una de las cosas no está en la obligación, y responde que, siendo todas debidas, la obligación subsiste en la que queda, que no puede dejar de ser debida más que pagando. Nó, dice Toullier, esto no es exacto, porque no pueden ser debidas las dos cosas; la razón es que el propietario de una cosa es quien debe soportar la pérdida: *res perit domino*. El editor de Toullier, M. Duvergier, reprendió á su autor, diciendo que éste no es verdadero motivo de decidir: la obligación, dice él, es pura y simple cuando el objeto de ella, que es una cosa indeterminada entre dos determinadas, se encuentra fijada á la que queda. M. Demolombe abunda en esta opinión, acusando á Toullier de haber cometido una doble inexactitud pretendiendo que las dos cosas comprendidas en la obligación alternativa, no son debidas igualmente. Sobre este primer punto, insistiremos en lo que se ha dicho antes (núm. 217); á nuestro parecer, Toullier, ó por mejor decir, Dumoulin, cuya opinión sigue, está en lo cierto. Toullier se engaña y engaña también, dice M. Demolombe, sosteniendo que la obligación alternativa no se puede cambiar de propiedad. (1) ¿Nos será permitido agregar que á nuestra vista, tanto Demolombe como Toullier se engañan? Más adelante examinaremos si la obligación alternativa transmite la propiedad; la cuestión es controvertida, por lo cual es difícil afirmar quién se equivoca. Mas hay un punto que no debía ser controvertido y es que el adagio *Res perit domino* no se aplica en materia de obligaciones; ya lo hemos demostrado al tratar la cuestión de los riesgos. (2) Sobre este punto se ha equivocado Toullier, su error es evidente. En cuanto al motivo por el cual

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 250. Toullier, t. III, 2, página 431, núm. 695, nota a de Duvergier. Demolombe, t. XXVI, página 12 y núm. 13.

2 Douai, 13 de Noviembre de 1844 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,319).

la obligación se vuelve pura y simple cuando una de las cosas perece, resulta de la naturaleza misma de la obligación alternativa. El acreedor que estipula dos cosas bajo alternativa, se proporciona dos seguridades en caso de pérdida: si una de las cosas perece, le queda la otra.

La Corte de Douai hizo una aplicación interesante del art. 1,193. En un caso, el deudor se había obligado á remitir al acreedor, el 1.º de Mayo de 1837, tres acciones de la sociedad de Fleurus, ó una suma de 3,000 francos. El deudor no se libraba del día indicado; ofreció las 3 acciones en una época en que la sociedad se había disuelto; la Corte dijo que desde ese momento, habían dejado de existir y que no podían representar á la cosa prometida por el deudor de una manera alternativa. En efecto, una cosa es el derecho de participación en una sociedad existente con todas las seguridades de pérdidas y de beneficios, y otra cosa es recoger, en una sociedad disuelta, una parte en el activo, que puede ser reducido á muy poca cosa por el pasivo. Las acciones no podían ser entregadas tal cual habían sido prometidas, y debió considerárselas como nulas en el sentido del art. 1,193, habiéndose vuelto en consecuencia, una obligación pura y simple de 3,000 francos. La decisión nos parece dudosa, porque las acciones no habían perecido, puesto que los accionistas ejercían sus derechos en la sociedad en liquidación; el artículo 1,193, era, pues, inaplicable. La obligación permanecía alternativa, surgiendo la cuestión de saber sobre quién debían recaer los riesgos de la cosa. Trataremos la cuestión más adelante.

220. Pothier deduce esta otra consecuencia del principio, tal cual lo formula, "que las cosas comprendidas en una obligación alternativa se deben todas, aunque ninguna sea debida determinadamente." ¿Cómo deberá el acreedor intentar su demanda? Debe demandar las dos cosas,

pero no juntamente sino con la alternativa bajo la cual le son debidas. Si demanda sólo una de las cosas, su demanda no estará en regla, porque ninguna de las dos cosas le es debida determinadamente, sólo lo son las dos bajo una alternativa. Sería de otra manera si una cláusula especial diera el derecho al acreedor de escoger; entonces podría demandar una de las dos cosas solamente. (1) Esto es evidente, y es inútil invocar el principio controvertido de que las dos cosas son debidas. Este principio no es cierto sino cuando se agrega la restricción que hace Pothier. El motivo de decidir es elemental; el acreedor no puede demandar sino lo que ha sido objeto de la obligación; así, pues, las dos cosas son comprendidas bajo la alternativa, y si tiene el derecho de escoger, debe hacerlo en el momento en que ponga su demanda.

221. Hay otra consecuencia muy controvertida también. La obligación alternativa tiene por objeto dos cuerpos ciertos; esto es, el derecho de elegir del deudor ó del acreedor, determinando la cosa que deberá ser pagada. ¿A partir de ese momento, el acreedor quedará propietario? Creemos que la propiedad no será trasladada sino cuando el deudor ó el acreedor hayan hecho la elección. La base de la dificultad está en el art. 1,138, se le invoca para sostener que la propiedad puede ser trasladada desde que el contrato está consumado. También nosotros lo invocaremos; mas es preciso, ante todo, recordar cuál es el sentido del principio formulado por el art. 1,138. La propiedad se trasladaba en otro tiempo por la tradición, bajo el imperio del Código, se traslada por la voluntad de las partes contratantes, que tienen lugar del hecho material de la tradición. ¿A qué condición traslada el contrato la propiedad? El art. 1,138 no lo dice de una manera formal, sino que deja alguna duda; sobre este punto, es pre-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 248.

ciso que la cosa sea determinada; si no lo es, el texto del art. 1,138 es inaplicable. La ley dice que el acreedor es propietario desde el instante en que la cosa debe ser entregada. Pero, ¿se entregará una cosa indeterminada? Yo os vendo la casa A ó la casa B: ¿qué es lo que debo entregaros? ¿Una alternativa? Esto es un absurdo. Yo os entregaría la casa que hubiera escogido ó la que escogiese el acreedor. No es más de por la elección por lo que la entrega es posible; así, pues, solo por la elección será trasladada la propiedad. El buen sentido lo dice y el derecho está de acuerdo con él. La propiedad es un derecho á la cosa, el más absoluto de los derechos reales; ¿se concibe que se ejerza en una cosa indeterminada? Se pretende que el comprador bajo alternativa es propietario: ¿que se ensaye aplicarle el art. 544 que define la propiedad! El propietario tiene el derecho de gozar y de disponer de la cosa de la manera más absoluta. ¿De qué cosa podría gozar el comprador? No lo sabe. ¿De cuál casa dispondría? Lo ignora. ¿Hay, pues, un derecho absoluto cuando no se puede hacer el menor uso de las cosas? ¿Gozaría de las dos casas disponiendo de ellas? No, ciertamente, porque cualquiera que fuese la elección, no podría gozar ni disponer más que de una de las casas. Así, pues, su pretendido derecho absoluto no es más de una abstracción, ó, mejor dicho, una quimera. ¿Cuándo será propietario? Cuando la cosa sea determinada, porque entonces es cuando el ejercicio de la propiedad se concibe. (1)

Se alega que el contrato alternativo se hace bajo la condición suspensiva que el acreedor será propietario de tal cosa si la elección recae sobre esa cosa, y cuando esta condición se realiza por la elección del deudor ó del acreedor, tiene efecto retroactivo; por consiguiente, el acreedor es

1 Toullier, t. III, 2, pág. 431, núm. 695. Larombière, t. II, página 530, núm. 2 del art. 1,193 (Ed. B., t. II, pág. 15).

propietario desde el instante de la venta. Hé ahí una de esas condiciones que los autores imaginan por la necesidad de la causa. Hay condiciones que las partes estipulan ó que son sobreentendidas por la ley. Aquí son los intérpretes quienes sobreentienden una condición con la cual las partes no han soñado más que el legislador. Si se puede sobreentender una condición en un contrato que las partes han hecho pura y simple, se podría sobreentender una condición suspensiva en todo contrato que tuviera por objeto una cosa indeterminada, y, por consiguiente, sería siempre trasladada. (1)

Dejemos aquí ya la pretendida condición que las partes y el legislador ignoran; si hemos dicho una palabra, es para prevenir á nuestros jóvenes lectores contra las condiciones inventadas por los autores: medio fácil de cortar las dificultades; mas éste es un medio que los principios más elementales rechazan. En apoyo de nuestra opinión, citaremos aun las palabras del orador del Gobierno. "Cuando alguna de las dos cosas ha sido prometida, hay incertidumbre sobre cuál de ellas será entregada al acreedor, y de esta incertidumbre resulta que ninguna propiedad puede trasladarse al acreedor sino por el de pago de una de las cosas.

Hasta entonces esta propiedad permanece bajo la responsabilidad del deudor." (2) Sobre este último punto hacemos nuestras reservas. No es exacto que la propiedad sea transmitida por el pago; lo que impide la translación de la propiedad, es que la cosa no sea determinada, porque puede serlo antes que sea pagada; basta con que

1 Mourlón, t. II, pág. 554. Colmet de Santerre, t. V, pág. 189, núm. 115 bis, VI. Demolombe, t. XXVI, pág. 16, núm. 19.

2 Bigot-Préameu, Exposición de los Motivos, núm. 18 (Loché, tomo VI, pág. 160).

el deudor ó el acreedor hayan hecho su elección para que lo sea en el texto del art. 1,138.

222. Las consecuencias que resultan de una y de otra opinión difieren completamente, no cabe duda. Si como creemos, el deudor permanece propietario, no hay ningún cambio de propiedad; en consecuencia, el acreedor no puede hacer ningún acto de disposición, de justicia ni de administración. El vendedor es quien, en una venta hecha bajo alternativa, puede embargar la cosa y gravarla de derechos reales. Todos estos actos son válidos en cuanto á tercero, puesto que, con respecto á él, el deudor queda propietario. El comprador no podrá, pues, reivindicar la cosa contra el tercero adquirente, aun cuando él la escogiera, salvo en caso de ejercer contra su vendedor los derechos que le dió su contrato y que exponemos adelante. Deberá respetar igualmente los derechos reales otorgados por su vendedor, quedando a salvo su recurso contra su autor.

En la opinión contraria que admite que el comprador quede propietario, todos los derechos de propiedad pertenecen al comprador, y en caso que enajene una de las cosas y que ésta sea escogida por él ó por el vendedor, la venta es válida, lo mismo que los derechos reales que había consentido. Sería al contrario, si el vendedor hubiera enajenado y el comprador hubiera escogido, porque éste podría reivindicar la cosa contra el tercero comprador, lo mismo que podría demandar la nulidad de los derechos reales que el vendedor había otorgado sobre la cosa vendida.

Hay otra consecuencia bastante grave sobre la cual difieren las dos opiniones. Si el acreedor es propietario en virtud de su contrato, podrá reivindicar la cosa en caso de quiebra del vendedor; mientras que si se admite que el vendedor quede propietario, el comprador no tiene más que

una acción personal para cuyo ejercicio será sujeto á las reglas que rigen la quiebra, es decir, que sufrirá la misma pérdida que los demás acreedores. (1)

223. Hay todavía otra cuestión muy controvertida y que, según una opinión bastante extendida, se hizo á la cuestión de la transmisión de la propiedad. ¿Sobre quién recaen los riesgos en la obligación alternativa? El orador del Gobierno, después de haber establecido que el deudor permanece propietario, concluye que sobre él recaen los riesgos. Emitimos esta opinión porque no admitimos, en materia de obligaciones, que la cosa perezca para su dueño. Los que sobreentienden una condición en la obligación alternativa concluyen que en esta obligación, lo mismo que en la condicional, los riesgos son á cargo del deudor; (2) como no admitimos el principio, desechamos también la consecuencia que se deduce. Nos parece que es preciso aplicar á la obligación alternativa el principio general establecido por el art. 1,138, es decir, decidir que el acreedor soporta los riesgos. El principio es general y la ley no hace ninguna excepción: esto nos parece decisivo. (3) Se alega que en la obligación alternativa la cosa es indeterminada, y es lo que acabamos de decir en la cuestión de la propiedad (número 221) afirmando que la propiedad no se transmite porque la cosa es indeterminada, aunque el art. 1,138 suponga que la cosa es determinada. ¿No es preciso, por la misma razón, decidir que los riesgos quedan á cargo del deudor? A primera vista nuestra inconsecuencia es evidente. Es uno y mismo el artículo que dispone que la propiedad es adquirida por el acreedor y que la cosa queda á sus riesgos desde el momento en que el contrato está concluí-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 190, núm. 115 bis, VI. Demolombe, t. XXVI, pág. 19, núm. 22, 3º, y pág. 18, núm. 21, 2º).

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 556.

3 Demolombe, t. XXVI, pág. 19, núm. 23.

do; la doctrina no aplica este principio más que en el caso en que la cosa es determinada; así, pues, cuando es indeterminada, la propiedad le queda al deudor y los riesgos son á su cargo. La contradicción no es más que aparente. Sin duda, si la cosa que es objeto de la obligación alternativa es indeterminada, los riesgos son para el deudor; mas supongamos que las dos cosas que han sido comprendidas, son objetos ciertos, como la casa A ó la casa B; en este caso el texto y el espíritu del artículo son aplicables. ¿Por qué el deudor se libra por la pérdida fortuita y el acreedor no? Porque el deudor ha cumplido su obligación conservando la cosa con los cuidados de un buen padre de familia; cumpliendo el deudor su obligación, el acreedor debe también cumplir la suya. Esto se aplica, al pie de la letra, á la obligación alternativa: ¿el deudor no puede conservar la casa A, y la casa B? ¿No será responsable si una de las casas perece por su culpa? Si pues, las dos casas perecen, no por su culpa, sino por caso fortuito, se puede decir que ha cumplido su obligación, y por tanto, que el acreedor debe cumplir la suya. Queda la contradicción que se nos pudiera reprochar: si los riesgos son para el acreedor, ¿no debía decirse, por identidad de texto y de motivo, que el acreedor es propietario? No, porque hay diferencia entre los riesgos y la traslación de la propiedad. Si se trata de riesgos, son para el acreedor, á menos que la cosa que ha sido objeto de la obligación no sea "indeterminada." Si se trata de la transmisión de la propiedad, no puede ser transmitida al acreedor más que siendo "determinada;" pues es indeterminada en la obligación alternativa, y, por consiguiente, el acreedor no puede adquirir la propiedad.

Cuando las dos cosas comprendidas en la obligación alternativa perecen completamente, nuestra solución en cuanto á los riesgos, no es nada dudosa. En efecto, el artículo 1,195 dice "que si las dos cosas perecen sin culpa

del deudor y antes que esté en mora, la obligación queda extinguida conforme al art. 1,302." Puesto que el artículo 1,302 no hace más que aplicar el principio del artículo 1,138, el deudor se libra por la pérdida fortuita, porque no tiene culpa ni está en mora, es decir, porque ha cumplido su obligación conservando la cosa con el mayor cuidado: de la misma manera deberá el acreedor cumplir la que el contrato le impuso, es decir, pagando el precio si se trata de una venta.

Si esto es en la pérdida total, lo mismo debe ser cuando la cosa se deteriora ó perece parcialmente, porque la pérdida parcial se rige por los mismos principios que la pérdida total. Hé aquí por qué hicimos nuestras reservas en el caso juzgado por la Corte de Douai (núm. 219). El deudor debía tres acciones ó 3,000 francos; las acciones no estaban perdidas totalmente, y, por consiguiente, no había lugar á aplicar el art. 1,193; la obligación alternativa subsistía, y, por tanto, faltaba decidir que el riesgo era para el acreedor. (1)

*Núm. 2. Obligaciones alternativas y obligaciones conjuntivas.*

224. La obligación es conjuntiva cuando tiene por objeto varias cosas; de tal suerte, que el deudor deba todas las cosas en virtud de un solo título. Yo os vendo la casa A y la casa B por 50,000 francos. Soy deudor de las dos casas y para cumplir mi obligación, debo entregar las dos casas; no puedo librar la casa A y reclamar el precio porque no vendí la casa A separadamente; el contrato comprende dos casas colectivamente, y puesto que toda obligación es indivisible entre el acreedor y el deudor, ese principio recibe su aplicación á la obligación colectiva. Sería de otra manera, si, por una misma escritura, os vendo

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 188, núm. 115 bis, IV.

la casa A en 20,000 francos y la casa B en 80,000 francos; habría, en este caso, dos ventas simples no comprendiendo cada una más que un solo objeto. Poco importa que las dos ventas consten en una sola escritura; se puede en una sola escritura relatar diferentes convenios, y habrá, en este caso, tantos títulos diferentes cuantos sean los convenios; mientras que la obligación conjuntiva implica un solo título, un hecho jurídico único.

Toullier dice que en la obligación conjuntiva hay tantas estipulaciones y tantas deudas, cuantas cosas se contienen en la promesa. Se concluye de esto que el deudor puede dividir el pago y obligar al acreedor á recibir una de las cosas antes que las otras. No es esta la obligación conjuntiva, porque no hay nada de conjunto, todo es devidido. El mismo Toullier lo ha reconocido; es como si se dijera: os vendo la casa A, os vendo la casa B. No hay ahí una obligación conjuntiva que comprenda dos casas, hay dos obligaciones diferentes comprendidas en un mismo acto. La opinión de Toullier ha quedado aislada. (1)

225. La diferencia es grande entre la obligación conjuntiva y la obligación alternativa. De la obligación conjuntiva debe decirse que todas las cosas están no solamente comprendidas en ella, sino que son debidas de una manera indivisible; en tanto que la obligación alternativa comprende también dos cosas; pero sólo una es debida, en el sentido de que solamente una de ellas debe pagarse. Nada hay de incierto en la obligación conjuntiva, es una obligación pura y simple que se rige por los principios de las obligaciones, que no tienen por objeto más que una sola cosa. La propiedad de todas las cosas comprendidas en la obligación conjuntiva, se transfiere inmediatamente, en vir-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 426, núm. 686. En sentido contrario, Larombière, t. II, pág. 503, núm. 2 del art. 1,189. Demolombe, t. XXVI, pág. 22, núm. 24; pág. 24, núms. 27 y 28.

tud del art. 1,138, en tanto que la obligación alternativa no puede transferir la propiedad por la incertidumbre que hay respecto de la cosa que debe pagar el deudor. No hay duda alguna en cuanto á los riesgos; el acreedor debe soportarlos, según el derecho común. Tampoco hay incertidumbre sobre la naturaleza de la obligación conjuntiva que comprende muebles é inmuebles, pues ésta es en parte mueble y en parte inmueble; la naturaleza de la obligación alternativa, por el contrario, es incierta cuando comprende un inmueble ó una cosa mueble, y el pago es el que decidirá si la obligación es mueble ó inmueble. (1)

*Núm. 3. Obligaciones facultativas y obligaciones alternativas.*

226. Se entiende por obligaciones facultativas las que tienen por objeto una cosa con facultad para el deudor de pagar con otra cosa en lugar de la que debe: Yo os debó una casa con facultad de librarme pagandoos 50,000 francos. Este es un ejemplo que se encuentra en el Código. Cuando en una venta de inmuebles, el vendedor sufre lesión por más de siete duodécimos, puede obrar en rescisión; y el comprador está obligado á restituir la cosa vendida; pero tiene la facultad de conservarla pagando el suplemento del justo precio.

Se ve la diferencia que existe entre la obligación alternativa y la obligación facultativa. Si yo os debo la casa A, ó 50,000 francos, las dos cosas están comprendidas en la obligación, la casa y los 50,000 francos; ya hemos visto en qué sentido. Si yo os debo la casa A con facultad de librarme pagandoos 50,000 francos, no hay más que una sola cosa comprendida en la obligación, ó sea, la casa; en cuanto á los 50,000 francos, no están comprendidos en la

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 556. Demolombe, t. XXVI, pág. 23, núm. 26.

obligación, el deudor no los debe, tiene solamente la facultad de pagarlos; ó como se dice en la escuela, son *in facultate solutionis*. De ahí el nombre de obligación facultativa que Delvincourt ha dado á estas obligaciones y que han conservado en la doctrina. Vamos á deducir las consecuencias que resultan de la diferencia que existe entre la obligación facultativa y la obligación alternativa: son bastante considerables. (1)

227. En la obligación alternativa hay dos cosas; si una de ellas no puede ser el objeto de la obligación, siempre queda la otra, que basta para que la obligación exista, y no será, en este caso, alternativa, sino pura y simple en el lenguaje del Código Civil (art. 1,192). En la obligación facultativa sólo hay una cosa, y si no puede ser el objeto de la obligación, el contrato será inexistente por falta de objeto; el deudor no deberá la cosa que se reservó la facultad de pagar, porque ésta no estuvo comprendida en la obligación, y como no la debe, el acreedor no puede demandarla; la obligación es, pues, sin objeto, y por tanto, no tiene existencia legal.

Lo mismo sucede cuando una de las cosas comprendidas en la obligación alternativa perece; el contrato subsiste porque contiene una obligación pura y simple (artículo 1,193). Si la cosa que es objeto de la obligación facultativa, llega á perecer, la obligación del deudor se extinguirá; el acreedor no podrá demandarle la cosa que está "*in facultate solutionis*," porque ésta no se debe, pues el deudor solamente se reservó la facultad de pagarla en lugar de la que debía, pero como nada debe, queda libre.

228. En la obligación alternativa, el acreedor debe demandar una ú otra de las dos cosas comprendidas en la

1 Durantón, t. XI, pág. 170, núms. 154-157. Colmet de Santerre, t. V, pág. 186, núm. 115 bis. Aubry y Rau, t. IV, pág. 45, pfo. 300. Larombière, t. II, pág. 543, núm. 3 del art. 1,196 (Ed. B., t. II, página 20). Demolombe, t. XXVI, pág. 27, núm. 31.

obligación, si el deudor tiene la elección. En la obligación facultativa, el acreedor no puede demandar más que la cosa comprendida en la obligación; tampoco puede demandar la que el deudor tiene la facultad de pagar, porque éste no la debe. De ahí una consecuencia importante en cuanto á la naturaleza de la obligación; ésta se determina por la naturaleza de la cosa que el acreedor tiene derecho de exigir y que debe pagar el deudor. Cuando la obligación alternativa comprende un inmueble y un mueble, la naturaleza de la obligación queda incierta hasta el pago; si el deudor paga el inmueble, la obligación será inmueble, y será mueble, si paga el mueble. En la obligación facultativa todo es cierto desde el principio, y solo una cosa se debe; si ésta es inmueble, la obligación será inmueble, aun cuando el deudor tuviera el derecho de pagar una cosa mueble y usara de este derecho. Igualmente sería mueble la obligación facultativa, si la cosa debida fuese mueble, aun cuando el deudor pagase la cosa inmueble que se hubiese reservado el derecho de pagar.

Síguese de ahí que la acción de rescisión de la venta por causa de lesión, es inmueble, aun cuando el comprador, usando del derecho que le da la ley, conserve el inmueble y pague el exceso del justo precio. La Corte de Casación se ha engañado, desde luego, como lo diremos en el título "De la Venta." Esto prueba cuán importante es establecer los verdaderos principios, por elementales que sean.

Núm. 4. Obligaciones penales, condicionales y alternativas. (R)

229. La obligación condicional tiene, algunas veces, la apariencia de una obligación alternativa: yo os prometo una suma de 10,000 francos para el caso de que no os vendiera mi casa; ésta es una obligación condicional. Yo os prome-

to mi casa ó 10,000 francos: ésta es una obligación alternativa. La diferencia salta á la vista: en la obligación condicional yo no me obligo á entregaros mi casa, ésta no está comprendida en la obligación, pues yo prometo solamente una suma de dinero bajo condición. La existencia de la obligación condicional es incierta, sólo existe si la condición se cumple. En la obligación alternativa nada hay incierto en lo que concierne á la existencia de la obligación, es pura y simple: yo debo la casa ó 10,000 francos. La incertidumbre no está más que sobre la cosa que pagaré. De ahí se sigue que los riesgos son para el deudor en la obligación condicional, mientras que en la obligación alternativa son para el acreedor. Notables autores se han engañado creyendo que la obligación alternativa implica una condición suspensiva (núm. 223). ¿Es que la obligación bajo condición da una acción al acreedor? No, y si el deudor paga, podría repetirlo. (1)

230. Hay también una analogía aparente entre la obligación penal y la obligación alternativa. Yo os prometo venderos mi casa y si falto á mi obligación me obligo á pagaros una suma de 10,000 francos; ésta es una obligación con cláusula penal. No hay más que una cosa comprendida en la obligación, la causa, y la pena sólo se deberá en caso de falta de cumplimiento de la obligación; el acreedor tiene entonces la elección entre el cumplimiento de la obligación principal, y la pena, algunas veces puede también demandar la obligación principal y la pena.

En la obligación alternativa, el acreedor puede y debe demandar una ú otra de las dos comprendidas en la obligación; en la obligación penal, solamente puede demandar la cosa principal y no puede demandar la pena, sino cuan-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 186, núms. 115 y 115 bis, VI. Larombière, t. II, pág. 510, núm. 11 del art. 1,189 (Ed. B., t. II, página 8). Demolombe, t. XXVI, pág. 29 núm. 34.

do la obligación principal, no es cumplida. Si la cosa debida en virtud de la cláusula penal no puede ser el objeto del contrato, no hay obligación, y la obligación se extingue si la cosa perece. Hemos dicho que no sucede lo mismo en la obligación alternativa. La naturaleza mueble ó inmueble de la obligación penal, se determina por la naturaleza de la cosa principal y no por la de la pena que el deudor pague en caso de falta de cumplimiento. La naturaleza de la obligación alternativa depende del pago. (1)

## § II.—DE LA ELECCIÓN.

### Núm. 1. La elección pertenece al deudor.

231. En los términos del artículo 1,190, “la elección pertenece al deudor, si esa precisamente no se ha concedido al acreedor.” Pothier, de quien se ha tomado esta disposición, dice que es una consecuencia de la regla de interpretación, que los autores del código, igualmente han tomado de él, y que el artículo 1,162 formula como sigue: “En caso de duda, el contrato se interpreta contra el que ha estipulado y en favor del que ha contraído la obligación.” El artículo 1,190 va más lejos, previene la duda exigiendo que en el contrato se estipule de una manera expresa la elección en favor del acreedor, y de no ser así, pertenecerá al deudor. Basta, pues, que no haya cláusula relativa á la elección, para que el deudor tenga el derecho de ejercerla.

Este principio tan sencillo, ha sido desconocido enteramente por una corte de apelación. Se dijo en un contrato de matrimonio, que la dote sería pagada en dinero ó en muebles. Hé ahí una obligación alternativa, en la que por no reservarse la elección á la mujer acreedora de la dote, perteneció, por esto mismo, al deudor; la mujer no tuvo,

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 553.

pues, más que una acción mueble, acción que no pudo autorizar una demanda en reivindicación de inmuebles. Sin embargo, la Corte de Riom, suponiendo que la mujer tuvo el derecho de elección y fundándose en que la hizo, juzgó que la mujer había tenido la posesión de los inmuebles, después del contrato de matrimonio. Decisión tan inexplicable como contraria á las más simples nociones de derecho; la corte dió la elección al acreedor, cuando la ley la concede al deudor; la corte dió también la posesión, en virtud de ese pretendido derecho de elección, sobre los inmuebles que aun no estaban determinados por el contrato de matrimonio. En todos estos puntos la ley fué violada. La sentencia fué casada. (1)

232. ¿Cómo ejerce el deudor su elección? Se enseña que no puede manifestarla sino por la entrega, que toda otra indicación de su voluntad, sería insuficiente. (2) Esto es demasiado absoluto. Sin duda, el deudor no puede, destruyendo ó enajenando la cosa, privar al acreedor de los derechos que le da un crédito alternativo; volveremos á ver este punto. Pero mientras que las dos cosas, debidas bajo alternativa, están en poder del deudor, puede por un simple acto de voluntad, declarar cuál de éstas cosas da; y desde este momento, la obligación llega á ser pura y simple. ¿Por qué ha de necesitarse, como se pretende, el consentimiento del acreedor? Esto nos parece contrario al texto y al espíritu de la ley. El art. 1,190 dice que la elección pertenezca al deudor, y, por tanto, á éste solo; exigir el consentimiento del acreedor, es agregar á la ley, y el intérprete no tiene este derecho. ¿Acaso la necesidad del consentimiento del acreedor resulta de la naturaleza del derecho de elección? Debe decirse, por el contrario, que

1 Casación, 8 de Noviembre de 1815 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,320).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 200, núm. 126 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 42, núm. 48.

el que tiene la elección, es libre para ejercer este derecho como desee; elegir con el concurso de la voluntad del acreedor interesado en la elección, no sería elegir. Si el acreedor debe consentir, podrá negar un consentimiento; ¿y entonces en qué se convertiría la elección del deudor?

233. El art. 1,191 dice que él puede librarse, entregando una de las dos cosas prometidas, pero que no puede obligar al acreedor á recibir una parte de una y parte de la otra; esta es la aplicación del principio de la indivisibilidad del pago. El deudor debe pagar la cosa que es objeto de la obligación, y debe pagarla por completo (artículos 1,243 y 1,244). ¿Y cuál es el objeto de la obligación alternativa? Es una ú otra de las cosas que comprende, y no la mitad de una y la mitad de la otra; se violaría, pues, la ley del contrato pagando por mitades. (1)

234. Puede suceder que el deudor, en lugar de pagar solamente con una de las dos cosas, pague con las dos. Se supone que lo hace por error, engañado por una escritura que contiene la conjunción *y*, en lugar de la disyuntiva ó. ¿Podrá repetir? Esto es claro; ¿pero qué es lo que repetirá? Los juriconsultos romanos estuvieron divididos. Pothier decide, con su admirable equidad, que la repetición de lo indebido debe poner al deudor en la posesión que hubiese tenido, si no hubiera pagado por error, pues él ha pagado como deuda pura y simple una deuda que es alternativa. Y, por tanto, la repetición debe devolverle su derecho de deudor alternativo; es decir, que debe tener el derecho de elegir, repitiendo, lo que tuvo derecho de elegir, pagando. (2)

*Núm 2 De la elección ejercida por el acreedor.*

235. El acreedor sólo tiene la elección cuando "expre-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 428, núm. 691. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 191, núm. 118.

dernos (Colmet de Santerre, t. V, pág. 191, núm. 117 bis).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 257 y todos los autores mo-

samente" le ha sido concedida; estos son los términos del art. 1,190. ¿Qué debe entenderse por la palabra "expresamente?" Que la ley no exige términos sacramentales, esto es claro. Los autores van más lejos; basta, según ellos, que no haya duda alguna sobre la intención que han tenido las partes, de conceder la elección al acreedor; de donde se seguiría que la voluntad tácita es suficiente. (1) Nos parece que esto es traspasar la ley; cuando ella quiere una declaración expresa, y prescribe, por esto mismo, que las partes expresen su voluntad por términos, lo que excluye el consentimiento tácito. La escritura dice que el acreedor "tomará;" y así tendrá la elección, porque para tomar se necesita tener el derecho de elegir. Cuando el deudor tiene la elección, el acreedor no tiene el derecho de tomar, debe pedir. Si, pues, la escritura dice que el acreedor "exigirá," "pedirá," la elección quedará al deudor. (2)

236. Según el art. 1,191, el deudor que tiene la elección no puede obligar al acreedor á recibir una parte de una de las cosas prometidas y otra parte de la otra. Este principio se aplica también al acreedor cuando tiene el derecho de elegir, de donde resulta la indivisibilidad del pago (núm. 233). El acreedor no tiene más derecho que el deudor de fraccionar el pago, porque esto sería violar la ley del contrato. (3)

237. ¿Cómo ejercerá el acreedor su elección? El acreedor hace su elección por la demanda de una de las cosas prometidas. (4) Es preciso aplicar al acreedor lo que hemos dicho del deudor (núm. 232.) La ley no exige que manifieste su elección por una demanda, pues basta con una simple declaración de su voluntad.

1 Demolombe, t. XXV, pág. 34, núm. 38.

2 Durantón, t. XI, pág. 158, núm. 137, Larombière, t. II, página 513, núm. 2 del art. 1,190 (Ed. B., t. II, pág. 9).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 191, núm. 118, bis, I.

4 Colmet de Santerre, t. V, pág. 200, núm. 124, bis, I.

*Núm. 3. De la elección de los herederos.*

238. El derecho de elegir pasa á los herederos de las partes contratantes. En una consecuencia del principio que estipulamos para nosotros y para nuestros herederos; y no hay que distinguir entre los herederos del acreedor y los del deudor; es cierto que el acreedor no tiene el derecho de elegir sino cuando se le ha concedido expresamente; mas por esto mismo ha sido objeto de una cláusula expresa en provecho de los herederos. (1) El principio es incontestable, mas la aplicación da lugar á dificultades.

239. Se entiende que los herederos del deudor, son los que tienen el derecho de elección. Antes de Dumoulin, los intérpretes estaban muy desididos; el gran jurisculto dió fin á su perplejidad aplicando á este debate el principio que se aplica á toda discusión, esto es que el juez decida fijando un plazo á los herederos para conciliarse y después eligirá él mismo; puede también concederse la elección al acreedor, dice Dumoulin. Esto nos parece dudoso porque sería cambiar la ley del contrato; el juez debe limitarse á oponerse al disentiimiento que existe entre los herederos, sin modificar el contrato.

Si la elección pertenece al acreedor y sus herederos, no llegan á entenderse, el deudor no podrá ser obligado á pagar, atenderá á lo que quieren sus herederos para avenirse y si está interesado en pagar, podrá demandar que el juez decida, como acabamos de decir para los herederos del acreedor.

Falta saber cómo pondrán fin los herederos del acreedor á su disentiimiento. Se ha propuesto la vía de la suerte; mas ha pasado la época en que el juez pueda, supliendo la ciencia que le falta, hacer á los litigadores jugar á las pajas. Es cierto que algunas veces el legislador se

1 Toullier, t. III, 2, pág. 428, núm. 691.

atiene á la suerte, mas es preciso para esto una disposición expresada. No hay más de un medio legal de terminar la diferencia, y es someterla al juez, quien ejercerá el derecho de opción si las partes no llegan á avenirse. (1)

*Núm. 4. Efectos de la elección.*

240. Los autores asientan como principio que la elección se retrotrae al día del contrato. (2) Esto nos parece muy dudoso. Los hechos jurídicos no retrotraen en general, ¿por qué la elección sí? Se aplican los principios de la condición, dice M. Demolombe; mas él mismo, así como la mayor parte de los autores, enseña que la obligación alternativa no es condicional; desde luego, es preciso hacer á un lado los principios que rigen las condiciones.

241. La aplicación que se hace del pretendido principio de la retroactividad produce nuevas dudas. Se hace una venta bajo alternativa; el vendedor enajena uno de los inmuebles; se supone que el comprador tiene el derecho de elección y que eligió el inmueble vendido. Si la elección retrotrae, él, después que el comprador, ha sido propietario desde el día del contrato, y, por consiguiente, podrá reivindicar la cosa contra el tercero comprador. La consecuencia es muy grave: ¿será jurídica? El comprador ¿no puede decir que desde el día de la venta el acreedor bajo alternativa no es aún propietario, que el deudor, quedando propietario, ha tenido el derecho de enajenar, y que, por tanto, él, comprador, queda hecho propietario? No vemos lo que se responderá. ¿De qué derecho será despojado el acreedor alternativo? Se comprende que si el contrato alternativo trasladara la propiedad de la cosa al acree-

1 Larombière, t. II, pág. 521, núms. 9 y 11 del art. 1,191 (Ed. B., t. II, pág. 13). Colmet de Santerre, t. V, pág. 192, núm. 118 bis, II.

2 Larombière, t. II, pág. 511, núm. 12 del art. 1,189 (Ed. B., tomo II, pág. 14), Demolombe, t. XXVI, 1, pág. 52, núm. 63.

dor, éste tendría el derecho de reivindicarla; mas si se admite, como hemos demostrado, que la propiedad no se transmite más que después de la elección, el acreedor no puede impedir la venta hecha anteriormente, porque esta fué hecha regularmente, transmitiendo la propiedad al tercero comprador, quien adquirió un derecho que no se le puede quitar.

Se deduce aún otra consecuencia del principio de retroactividad. Cuando el crédito alternativo tiene por objeto un mueble ó un inmueble, la elección del deudor ó del acreedor determinará la naturaleza de la obligación. ¿Será mueble ó inmueble á partir de la elección? Sobre este punto no hay ninguna duda: la naturaleza de la obligación no puede ser diferente al tiempo del contrato y al de la elección; será, pues, mueble ó inmueble desde el instante en que esté concluido el contrato. ¿Este se hace en virtud de la retroactividad de la cosa? Pothier dice que la naturaleza del crédito está en "suspense," (1) lo que implica una condición suspensiva. Pothier no dice que la obligación alternativa sea condicional, y ningún autor lo dice, pero desde que no hay condición, no puede haber retroactividad. La obligación es pura y simple, excepto cuando la cosa debida queda incierta, pues, en ese caso, la naturaleza del crédito queda en suspense; el pago, determinando la cosa, determina al mismo tiempo la naturaleza del derecho.

242. ¿Puede el deudor revocar su elección? Sí; se admite que la elección no puede hacerse sino con el consentimiento del acreedor (núm. 232), la elección será irrevocable desde que haya concurso de consentimiento. En la opinión que hemos enseñado, hay alguna dificultad. Hay que distinguir de qué manera manifiesta el deudor su elec-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 254.

ción. Si entrega una de las cosas prometidas y el acreedor la recibe, el hecho queda consumado, y la deuda extinguida, no puede ya revocarse la elección. ¿Pero si el deudor declara solamente que ha hecho su elección y que entregará tal cosa al acreedor, sin que éste haya aceptado esta declaración, podrá todavía revocar su elección? Hay que ver si se trata de un contrato translativo de propiedad, ó sea de una venta alternativa; pues, en este caso, basta para que la propiedad quedé transferida, que la elección se haya hecho y declarado; desde este instante el comprador llega á ser propietario, el hecho queda consumado, y, por tanto, irrevocable. Si el vendedor tiene la elección, el comprador puede contradecir la validez de la elección y negarse á recibir la cosa; y será necesario, entonces, que el vendedor haga ofertas reales y consignación, y al juez tocará decidir si las ofertas son válidas. Esto supone que las cosas son determinadas; si son indeterminadas, es también la elección del vendedor la que determinará la cosa vendida, quedando á salvo al comprador contradecir, lo que hará necesarias las ofertas reales. Si el contrato no es translativo de propiedad, la elección hecha por el deudor no dará derecho alguno al acreedor, mientras éste no la acepte: esta es una manifestación de voluntad unilateral que puede revocarse por una manifestación contraria.

Si la elección pertenece al acreedor, se siguen los mismos principios. El acreedor puede manifestar su elección demandando una de las cosas prometidas: ¿esta elección será irrevocable? Sí, siempre que se trate de un contrato translativo de propiedad, pues la elección basta para que se transfiera la propiedad. Si el contrato no es translativo de propiedad, la demanda es una manifestación unilateral de voluntad que no llegará á ser irrevocable sino por el consentimiento del acreedor ó el fallo que declare válida la elección. El acreedor puede también manifestar su elec-

ción por una simple declaración de intención; el efecto será el mismo. (1)

243. Diciendo que la elección de las partes interesadas es irrevocable, hemos supuesto que la elección es válida como hecho jurídico. Es una manifestación de voluntad, y todo consentimiento exige ciertas condiciones para que sea válido; pues si está viciado por el error, la violencia ó el dolo, aquel cuyo consentimiento esté viciado, podrá demandar la nulidad del acto. Por tanto, cuando el deudor paga una de las cosas comprendidas en la obligación alternativa, creyendo que sólo esta cosa debe y que la debe pura y simplemente, podrá demandar la nulidad del pago, pues ha creído pagar una deuda pura y simple, siendo alternativa, y, por tanto, realmente ha pagado lo que no debía; podrá, pues, repetir la cosa que ha entregado, á condición de dar la otra al acreedor.

244. Si la obligación consiste en prestaciones sucesivas y periódicas, la elección que las partes hagan para una de estas prestaciones, no las ligará para las otras. El derecho de elección podrá ejercitarse, en cada pago, sea por el deudor, sea por el acreedor. Esto resulta de la intención de las partes contratantes, pues no puede suponerse que ejercitando su elección en el primer pago, hayan creído ligarse para el futuro; el ejercicio de un derecho no supone la renuncia. Pothier lo decide así, y tal es también la doctrina de los autores modernos como de la jurisprudencia. (2)

1 Compárese Larombière, t. II, pág. 513, núms. 3 y 4 del artículo 1,190 (Ed. B., t. II, pág. 9). Colmet de Santerre, t. V, pág. 200, núm. 124 bis, II. Demolombe, t. XXVI, pág. 44, núm. 51. La jurisprudencia es citada por Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,323 y Recueil periódico, 1854, 5, 127.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 247. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 201, núm. 124 bis, IV. Larombière, t. II, pág. 516, número 8 (Ed. B., II, pág. 10). Demolombe, t. XXVI, pág. 44, número 52. Lieja, 21 de Marzo de 1868 (*Pasjerisia*, 1868, 2, 407).

§ III.—DE LA PÉRDIDA DE LAS COSAS COMPRENDIDAS EN LA OBLIGACIÓN.

245. "Si las dos cosas perecen sin culpa del deudor, y antes que esté en mora, se extingue la obligación, conforme al art. 1,302. (art. 1,195)." Remitiremos á lo que se ha dicho más arriba (núm. 223), sobre esta disposición. Cuando solamente una de las cosas perece, ó perecen ambas, pero sólo una por culpa del deudor; hay que hacer varias distinciones; las consecuencias de la pérdida varían según que la elección pertenece al deudor ó al acreedor.

*Núm. 1. Cuando la elección pertenece al deudor.*

246. Pereciendo una de las cosas, dice el art. 1,193, la obligación se vuelve pura y simple, aun cuando la cosa haya perecido por culpa del deudor. Si la cosa pereció por caso fortuito, la consecuencia de la pérdida es muy simple; el deudor es privado de la elección por el caso fortuito, y la obligación queda determinada en la cosa que resta, y como es por caso fortuito por lo que la cosa ha perecido, el deudor debe soportar las consecuencias. El art. 1,193 agrega que el precio de la cosa que perece no puede ofrecerse en su lugar. Esta cuestión fué controvertida en el antiguo derecho; el Código consagró la doctrina de Dumoulin seguida por Pothier. Hay dos cosas comprendidas en la obligación alternativa: si una de ellas perece por caso fortuito, la obligación subsiste, puesto que queda una cosa que sea su objeto; solamente que el deudor ha perdido la elección. No puede ofrecer al acreedor el precio de la cosa que ha perecido porque éste no ha estipulado el precio, y como no está comprendido, el deudor no puede ofrecerlo. Si la cosa ha perecido por culpa del deudor, podría alegar que cuando en una obligación pura y simple perece la cosa, por culpa del deudor, se debe el precio. Esto es cierto,

pero de ahí no se sigue que en una obligación alternativa el deudor deba el precio; pues en esta obligación el acreedor tiene una doble suerte en caso de pérdida; si una de las cosas perece, la otra subsiste y es debida. Así, pues, en la intención de las partes contratantes, entra, que cuando el deudor no puede pagar una de las cosas, debe la otra. (1)

El art. 1,193 dice: "*aun por la culpa del deudor.*" ¿Por qué la culpa del deudor no da derecho alguno al acreedor, en la obligación alternativa? Porque no le causa perjuicio. Teniendo el deudor la elección puede decirse que no hubiera entregado la cosa que ha hecho perecer, y tuvo derecho para no entregarlo. En cuanto al acreedor, no puede quejarse, puesto que subsiste la otra cosa, y sólo á ella tuvo derecho por que el deudor la eligió haciendo perecer la otra.

247. El art. 1,193 agrega: "Si ambas cosas perecen con culpa del deudor, respecto á una de ellas debe pagar el precio de la última que ha perecido." Esta disposición se explica fácilmente cuando la primera cosa ha perecido por caso fortuito y la segunda por culpa del deudor. La pérdida fortuita de la primera, tiene el efecto de convertir la obligación en pura y simple, dice la primera parte del art. 1,193; es decir, que el deudor no debe ya más que la cosa que subsiste, y si ésta perece por su culpa, debe el precio: este es el derecho común.

Si las dos cosas han perecido por culpa del deudor, la decisión es la misma, así como el motivo de decidir. El acreedor no puede decir que habiendo perecido ambas cosas por culpa del deudor, se ajuste al derecho común, según el cual, el deudor responde de su culpa. Es cierto que el deudor responde efectivamente de su culpa, pero es preciso ver por cual de las dos cosas ha tenido culpa. No

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 250 y 251. Durantón, t. XV, pág. 164, núm. 143. Colmet de Santerre, t. V, pág. 165, núm. 120.

es por la primera, por que ésta podía dejarla perecer, y en este sentido es que escoge la segunda, quedando su obligación pura y simple, no habiendo hasta aquí culpa, porque no la tiene sino cuando hace perecer la segunda cosa, y es esta la culpa que debe reparar, consistiendo la reparación naturalmente en pagar el precio de la cosa que pereció por su culpa.

248. Si las dos cosas perecen, una por culpa del deudor y la otra por caso fortuito, hay, en ese caso, alguna dificultad. Pothier dice, que según la "mala fe," el deudor debe ser exento de las dos, es decir, librado de su obligación, mas quiere que se tenga en cuenta la equidad. (1) Cuando Pothier habla de la "mala fe," oponiéndola á la "equidad," entiende por esto el rigor del derecho. Este rigor parece ser, en efecto, para el deudor. Hace perecer la primera cosa por su culpa, y la ley no lo declara responsable; se limita á decir que la obligación se vuelve pura y simple (art. 1,193, 1.ª línea). El deudor no debe, pues, más de una sola cosa, si perece por caso fortuito debe ser librado. ¿Por qué no lo es? ¿No es más que por una consideración de "equidad?" Creemos que el derecho exige la misma solución. El art. 1,193 dice de una manera muy absoluta que la obligación se hace pura y simple cuando la primera cosa perece por culpa del deudor. Esto no es cierto más que en el sentido que se debe la segunda. Mas el deudor no puede, por su hecho, transformar la obligación alternativa en obligación pura y simple, si de ahí resulta un perjuicio para el acreedor; pero el perjuicio será evidente si la pérdida fortuita de la segunda cosa libra enteramente al deudor. En efecto, la obligación alternativa tiene la ventaja para el acreedor, de que le da una doble suerte, pues si una de las cosas viene á perecer por ca-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 252, Toullier, t. III, 2, página 431, núm. 696.

so fortuito, le queda la otra suerte. Mas si hace perecer la primera por su culpa, el deudor quita al acreedor una de las suertes; si la segunda subsiste, poco importa, el acreedor recibirá lo que le debe; pero si la segunda perece por caso fortuito, el acreedor, en virtud de la obligación alternativa, tiene derecho á la otra; si ésta perece por culpa del deudor, causa un perjuicio que tiene que reparar. Esta es la explicación de Toullier, y nos parece decisiva porque resulta que el deudor está sujeto á derecho y tratado con equidad. Solamente ha errado Toullier citando el art. 1,382, porque este artículo habla de la culpa, en delitos y cuasi-delitos, mientras que la culpa del deudor, es una falta de contrato, cuya falta se contiene en el art. 1,137.

Falta saber por qué el deudor debe pagar el precio de la cosa que perece al último. Pothier decide que el deudor debe el precio de la cosa que perece por su culpa. ¿Por qué el legislador derogó en este punto, la doctrina de Pothier? No se sabe: la mayor parte de los autores critican esa innovación. (1) Si el deudor es considerado en atención á su culpa, ¿en qué consiste esa culpa? No es la pérdida fortuita de la segunda cosa la que constituye la culpa del deudor, sino la pérdida por culpa suya, de la primera cosa, por consiguiente, el valor de esta cosa es el que debe pagar. Sin embargo, se puede explicar la decisión del código. Al principio tiene una aplicación más fácil, puesto que no hace más que apreciar el valor de una cosa que perece, mientras que según la opinión de Pothier se debe valuar la cosa que ha perecido en más ó menos tiempo. Bajo el punto de vista jurídico, se puede decir que el deudor que destruye la primera cosa es responsable de la que queda, cuyo valor debe. (2)

1 Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 117, nota 2. Durantón, t. XI, pág. 165, núm. 144.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 196, núm. 120 bis. En sentido tido contrario Demolombe, t. XXVI, pág. 66, núm. 85.

*Núm. 2. La elección pertenece al acreedor.*

249. Si la elección pertenece al acreedor y una de las cosas se pierde, es preciso distinguir, según el art. 1,194: si se perdió sin culpa del deudor, el acreedor debe conservar la que queda, y no puede reclamar el precio de la que se perdió, porque no era el precio el que se le debía. El caso fortuito no le da ningún derecho, le priva de la elección, determinando la obligación á la cosa que queda. Si la cosa se perdió por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar la cosa que queda, porque le es debida; y puede también, á título de daños y perjuicios, demandar el precio de la que se perdió, como reparación de la falta del deudor.

250. Si las dos cosas se pierden y el deudor se obligó en cuanto á una solamente, ó en cuanto á las dos, el acreedor puede demandar el precio de una ó de la otra á su elección (art. 1,194) nada más justo. Cuando las dos cosas se pierden por culpa del deudor, habiendo perdido el acreedor su derecho y su elección, éste debe exigir la reparación de la falta del deudor, lo que se hace trasladando al precio el derecho que el acreedor tiene sobre la cosa. Si solamente una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, la solución de la ley es la misma, pero es más difícil de explicar.

Supusimos al principio que el deudor, por su culpa, dejó perder la primera cosa, y la segunda se perdió en seguida por caso fortuito. Hay un punto cierto y es que esta pérdida fortuita no libra al deudor; es responsable de la pérdida de la primera cosa y el caso fortuito no lo libra tampoco de su responsabilidad. Falta saber en qué deben consistir los daños y perjuicios. El legislador da al acreedor la elección entre el precio de las dos cosas, sin duda porque el deudor lo tiene, por su culpa, privado de las ventajas inherentes á su derecho alternativo. Sin embargo,

hubiera sido más jurídico limitar los daños y perjuicios al precio de la cosa que se perdió por su culpa, pues no se comprende por qué el acreedor puede reclamar el precio de la cosa que se perdió por caso fortuito.

Si la primera cosa se perdió por caso fortuito y la segunda se pierde por culpa del deudor, no se puede decir que el acreedor haya sido privado de su elección por el deudor porque éste no le debe ningún daño por este motivo, pues el deudor solamente priva al acreedor del derecho que tenía sobre esta segunda cosa, y es, pues, el precio de esta cosa lo que debe restituir. (1)

*SECCION V.—De las obligaciones solidarias (2)**ARTICULO I.—De la solidaridad entre coacreedores.*

## § I.—DEFINICION Y CARACTERES

251. De ordinario, no hay en una obligación más que un solo acreedor y un solo deudor; pero puede suceder, sin embargo, que haya varios acreedores; la definición misma que el Código da del contrato lo dice: una persona puede obligarse para con una ó "varias" otras, á dar ó hacer alguna cosa. Si dos personas figuran como acreedores en una obligación, se le llama conjunto. En principio la obligación contraída en provecho de varias personas se divide entre los acreedores, de suerte que hay tantos créditos distintos cuantos son los acreedores. Esto sucede frecuentemente cuando el acreedor único muere dejando varios herederos; los créditos del difunto pasan á sus sucesores uni-

1 Durantón, t. XI, pág. 168, núm. 148. Colmet de Santerre, t. V, págs. 197 y siguientes, núm. 121 bis, I. Demolombe, t. XXVI, página 70, núm. 88.

2 Rodiere, *De la Solidaridad y de la indivisibilidad*. París, 1852, 1 vol. en 8º.

*Núm. 2. La elección pertenece al acreedor.*

249. Si la elección pertenece al acreedor y una de las cosas se pierde, es preciso distinguir, según el art. 1,194: si se perdió sin culpa del deudor, el acreedor debe conservar la que queda, y no puede reclamar el precio de la que se perdió, porque no era el precio el que se le debía. El caso fortuito no le da ningún derecho, le priva de la elección, determinando la obligación á la cosa que queda. Si la cosa se perdió por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar la cosa que queda, porque le es debida; y puede también, á título de daños y perjuicios, demandar el precio de la que se perdió, como reparación de la falta del deudor.

250. Si las dos cosas se pierden y el deudor se obligó en cuanto á una solamente, ó en cuanto á las dos, el acreedor puede demandar el precio de una ó de la otra á su elección (art. 1,194) nada más justo. Cuando las dos cosas se pierden por culpa del deudor, habiendo perdido el acreedor su derecho y su elección, éste debe exigir la reparación de la falta del deudor, lo que se hace trasladando al precio el derecho que el acreedor tiene sobre la cosa. Si solamente una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, la solución de la ley es la misma, pero es más difícil de explicar.

Supusimos al principio que el deudor, por su culpa, dejó perder la primera cosa, y la segunda se perdió en seguida por caso fortuito. Hay un punto cierto y es que esta pérdida fortuita no libra al deudor; es responsable de la pérdida de la primera cosa y el caso fortuito no lo libra tampoco de su responsabilidad. Falta saber en qué deben consistir los daños y perjuicios. El legislador da al acreedor la elección entre el precio de las dos cosas, sin duda porque el deudor lo tiene, por su culpa, privado de las ventajas inherentes á su derecho alternativo. Sin embargo,

hubiera sido más jurídico limitar los daños y perjuicios al precio de la cosa que se perdió por su culpa, pues no se comprende por qué el acreedor puede reclamar el precio de la cosa que se perdió por caso fortuito.

Si la primera cosa se perdió por caso fortuito y la segunda se pierde por culpa del deudor, no se puede decir que el acreedor haya sido privado de su elección por el deudor porque éste no le debe ningún daño por este motivo, pues el deudor solamente priva al acreedor del derecho que tenía sobre esta segunda cosa, y es, pues, el precio de esta cosa lo que debe restituir. (1)

*SECCION V.—De las obligaciones solidarias (2)**ARTICULO I.—De la solidaridad entre coacreedores.*

## § I.—DEFINICION Y CARACTERES

251. De ordinario, no hay en una obligación más que un solo acreedor y un solo deudor; pero puede suceder, sin embargo, que haya varios acreedores; la definición misma que el Código da del contrato lo dice: una persona puede obligarse para con una ó "varias" otras, á dar ó hacer alguna cosa. Si dos personas figuran como acreedores en una obligación, se le llama conjunto. En principio la obligación contraída en provecho de varias personas se divide entre los acreedores, de suerte que hay tantos créditos distintos cuantos son los acreedores. Esto sucede frecuentemente cuando el acreedor único muere dejando varios herederos; los créditos del difunto pasan á sus sucesores uni-

1 Durantón, t. XI, pág. 168, núm. 148. Colmet de Santerre, t. V, págs. 197 y siguientes, núm. 121 bis, I. Demolombe, t. XXVI, página 70, núm. 88.

2 Rodiere, *De la Solidaridad y de la indivisibilidad*. París, 1852, 1 vol. en 8º.

versales, mas dividiéndose entre ellos, de suerte que cada heredero se considera como un acreedor distinto. Ya hemos dicho tratando "De las sucesiones" cuál es el motivo de esta división de créditos que se hace de pleno derecho, en virtud de la ley. Puede haber también varios acreedores en virtud del contrato. Si hay dos acreedores, cada uno tiene derecho solo á la mitad de la cosa que es objeto del contrato. La razón está en que cada uno conciente en estipular solamente para sí y para su propio interés, y, por tanto, cada uno de los acreedores que estipula una misma cosa tiene la intención de estipular una parte en su provecho. ¿Cuál es en general esta parte? Teniendo cada uno de los acreedores igual interés, las partes deben ser iguales; esto es lo que se llama partes iguales porque se determinan por el número de las personas que estipulan en un contrato. (1)

252. El principio de la división del crédito entre los acreedores tiene consecuencias importantes. Desde luego no puede reclamar cada acreedor más que su parte en el crédito. La ley lo dice de los herederos del acreedor (artículo 1,220), y lo mismo es si hay varios acreedores en virtud del contrato; si la ley no lo dice, es porque este caso no se presenta seguido. No tiene el derecho de recibir su parte en el crédito cada uno de los acreedores, y el deudor no debe pagar más que la parte que le corresponde á cada uno.

Puesto que no puede demandar cada acreedor más que su parte, se sigue que si éste interrumpe la prescripción, no la interrumpe más que por su parte. Por mejor decir, hay tantos créditos como acreedores, y lo que uno hace para conservar su derecho no puede aprovechar á los otros. Cada uno debe velar por sus intereses, y lo que hace uno es extraño á los otros; poco importa que estén unidos, por-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 531, núm. 702, y pág. 440, núm. 710.

que sus intereses y sus derechos no son menos divididos y distintos.

Por la misma razón, si uno de los acreedores conjuntivos constituye en mora al deudor, la demora no produce efecto más que entre las dos partes, siendo extraña á los otros acreedores. Si, pues uno de los acreedores demanda los intereses al deudor, no corren más que en favor del acreedor.

Si el deudor paga á uno ó varios acreedores conjuntivos y queda en seguida insolvente, los acreedores no pagados no tendrán ningún recurso contra los que recibieron su pago, porque éstos recibieron lo que se les debía. (1)

253. Estos principios tienen excepción cuando los acreedores son solidarios. ¿En qué consiste la solidaridad? Toullier dice que es el derecho que tiene cada uno de los acreedores de hacerse pagar toda la deuda. M. Larombière combate esta definición diciendo que la solidaridad es una "ficción" de la "ley" que hace que el crédito se considere perteneciente á uno solo. ¿La solidaridad de una "ficción!" Esta resulta de la voluntad de las partes contratantes y no de la ley; ¿pero se ha dado jamás el nombre de "ficción" á lo que las partes quieren? Esto es lo que las partes quieren y no lo que M. Larombière les hace querer. No es exacto que el crédito se considere como perteneciente á uno solo; éste es el principio romano; mientras que el principio francés es todo lo contrario, como lo diremos más adelante. M. Demolombe, descontento de estas definiciones, propone la suya: la solidaridad, dice, es cierto conjunto, particularmente enérgico. Los acreedores solidarios son, pues, conjuntivos; esto es evidente, puesto que se dice que la solidaridad es una modificación de la obligación conjuntiva. ¿Mas en qué consiste esta conjunción tan enér-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 14, pfo. 298 bis. Demolombe, t. XXVI, pág. 85, núm. 116.

gica? "Es un conjunto revestido de tal carácter, que las partes interesadas en la obligación, tiene cada una acreedores, que en lugar de dividirse, se reúnen, y, por decirlo así, se condenan, de manera que forman tantas obligaciones individuales cuantos son los acreedores, y al mismo tiempo que no forman conjunto, en grupo que los ligue, no hay más que una obligación única, á cuya extinción una sola prestación será suficiente. (1) Dudamos que esta prescripción, algo poética, dé una idea de la solidaridad á los que ignoran lo que se entiende por ésto entre coacreedores. M. Demolombe comienza por recordar el antiguo adagio que dice que toda definición, en derecho, es "peligrosa;" podrá agregar osadamente "inútil" cuando la ley misma dice lo que él ha dicho. Preferimos el texto del art. 1,198 á la paráfrasis que acabamos de transcribir. La obligación es solidaria entre varios acreedores cuando el título da expresamente á cada uno de ellos el derecho de demandar el pago de todo el crédito, y que el pago hecho á uno de ellos libera al deudor, aunque el beneficio de la obligación sea divisible entre los diversos acreedores."

254. Resulta del art. 1,197, que la solidaridad entre coacreedores es, en principio, estipulada. El Código no dice que resulta de la ley, como lo dice de la solidaridad entre codeudores (art. 1,202). En efecto, no hay caso alguno de solidaridad legal entre coacreedores. Los autores dicen que puede ser establecida por el testador; es cierto que la ley no lo dice, pero teniendo el testador pleno poder para disponer de sus bienes como quiera, es cierto que podrá nombrar muchos legatarios solidarios. (2) Hacemos á un lado la solidaridad testamentaria, limitándonos á la que

1 Larombière, t. II, pág. 557, núm. 13 del art. 1,197 (Ed. B., tomo II, pág. 26).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 259. Demolombe, t. XXVI, pág. 102, núm. 133.

se estipula por las partes contratantes. Pothier dice: "Esta solidaridad entre acreedores es de uso muy raro entre nosotros."

El orador del Tribunado dice, igualmente, que el caso de esta solidaridad es, en extremo, raro. (1) Esto se comprende perfectamente. Los acreedores ningún interés tienen en estipular la solidaridad, y es, sin embargo, en su provecho, cuando se establece. Toda la ventaja que resulta es, que cada uno de ellos podrá demandar el pago total del crédito, lo que facilita el cobro. Pero un mandato les daría la misma ventaja sin presentar los inconvenientes de una estipulación solidaria. El mandato que se da á los acreedores solidarios, es irrevocable y pasa á los herederos. Y los acreedores tienen interés en poder revocar el mandato cuando haya causas legítimas de revocación, y no están dispuestos á transmitir á los herederos que no conocen el mandato de confianza, que ellos consienten en darse entre sí. (2)

255. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya solidaridad? Se necesita que muchas personas estipulen la misma cosa, del mismo dueño, al mismo tiempo y con la intención evidente de que la cosa será debida del todo, á cada una de ellas, y, sin embargo, de manera que no haya más de una obligación respecto á todos, considerados colectivamente. (3)

Los diversos acreedores deben estipular la misma cosa para que haya solidaridad; si cada uno estipula cosas distintas, aunque del mismo dueño y al mismo tiempo, habrá tantas deudas distintas como cosas estipuladas, pues la diversidad de los objetos contratados supone la división de

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 259. Mouricault, Discurso núm. 33 (Loaré, t. VI, pág. 247).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 203, núms. 123 y 123 bis, I.

3 Durantón, t. XI, pág. 178, núms. 163 y 164.

las obligaciones; en tanto que en la obligación solidaria no hay dos ó más obligaciones sino una sola.

Es necesario que haya también identidad de personas, pues si dos personas distintas estipulan separadamente la misma cosa del mismo dueño y al mismo tiempo, no habrá solidaridad, sino tantas obligaciones diversas como haya acreedores diversos; la diversidad de personas que estipulan separadamente, excluye toda solidaridad.

Tampoco habría solidaridad si las mismas personas estipulasen con el mismo deudor la misma cosa, pero ni aun cuando fuese en tiempo diferente, pues la diferencia de tiempo supone la diversidad de las obligaciones.

Por fin, dice el art. 1,197 que el título da "expresamente" á cada uno de los acreedores el derecho de demandar el total del crédito. La palabra "expresamente" debe ser entendida en el sentido de que la ley no admite solidaridad tácita, pues debe haber una declaración de voluntad en términos expresos; no hay términos sacramentales, pero sí debe haber términos que no dejen lugar á duda sobre la intención de las partes contratantes. Esto resulta de la naturaleza misma de la solidaridad. Es una excepción al derecho común, y toda excepción debe ser formalmente estipulada. En caso de solidaridad, hay, además, una razón para interpretar restrictivamente los contratos, y es que la solidaridad entre acreedores es tan rara, que no se cita ejemplo alguno, en materia civil; no se la encuentra más que en las obligaciones mercantiles. Debe, pues, admitirse difícilmente que los acreedores estipulen solidaridad.

256. Según estos principios es como debe decidirse la cuestión de saber, si en los contratos sinalagmáticos la estipulación de solidaridad se aplica á los derechos lo mismo que á las obligaciones. Pedro y Pablo venden solidariamente una cosa que les pertenece: los vendedores son al mismo tiempo, deudores y acreedores; ¿serán acreedores

solidarios, lo mismo que deudores solidarios? La cuestión es controvertida; se admite que los vendedores son deudores solidarios, ¿pero serán también acreedores solidarios? Sobre este punto hay alguna duda. Nos parece que la duda sola, resuelve la cuestión. La ley exige que la solidaridad se estipule expresamente, y, por tanto, cuando haya duda sobre el punto de saber si la solidaridad es expresa, ciertamente que no puede ser cuestión de solidaridad. (1)

## § II.—DERECHOS DE LOS COACREEDORES SOLIDARIOS.

### *Núm. 1. Principio.*

257. En derecho romano, cada acreedor solidario fué considerado, en sus relaciones con el deudor, como único acreedor; él era, pues, el dueño del crédito, y, por consiguiente, podía extinguirlo, no sólo por el pago, sino también por cualquier medio legal. En cuanto á las relaciones de los acreedores entre sí, no se admiten, salvo pacto en contrario, sino á los que fuesen asociados; de suerte que si uno de ellos recibía el pago de todo el crédito no respondía á los otros acreedores, á menos que estos probasen que había sociedad entre ellos en cuanto al importe del crédito. (2)

¿Este principio fué seguido en el antiguo derecho francés? Se dice que el antiguo derecho admitió la doctrina romana, al menos, en el sentido de que concedió á cada uno de los acreedores solidarios los mismos derechos contra el deudor, como si fuese un sólo acreedor. (3) Esto no es del todo exacto. Más cierto sería decir que el antiguo derecho tendió á desechar el rigor romano y á limitarse á la

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 104, núm. 138. En sentido contrario, Durantón, t. XI, pág. 182, núm. 169.

2 Namur, *Institutas*, t. I, pág. 294, núm. 216.

3 Demolombe, t. XXVI, pág. 110, núm. 143.

doctrina que el Código ha consagrado. Pothier no expone en términos formales el principio romano; se explica solamente sobre la cuestión de saber si cada uno de los acreedores puede hacer remisión de la deuda y la decide según el principio de los jurisconsultos romanos; siendo acreedor cada uno de los acreedores, por el total, puede hacer la remisión de la deuda, como extinguirla recibiendo el pago total. Domat es más explícito. Comienza por decir que la solidaridad entre muchos acreedores no tiene el efecto de que cada uno de ellos pueda apropiarse la deuda entera privando á los otros; "consiste solamente" en que cada uno tiene el derecho de demandar y recibir el total, y el deudor pagando á uno solo, excluye la demora respecto de los otros. Esto es lo que dijo poco después el art. 1,197 del Código Civil, Domat permite, sin embargo, á cada acreedor hacer novación, pero acaba por negar el principio romano, diciendo que uno de los acreedores nada puede hacer con perjuicio de los otros; (1) este es el principio moderno.

258. Sucede con la innovación lo que con muchas otras cosas; no está claramente marcada en los textos ni en los trabajos preparatorios: el legislador no procede por principios, sino por decisiones especiales. Lo que preocupa únicamente á los autores del Código es saber si uno de los acreedores podrá hacer remisión de la deuda. Parece, dice Bigot-Prámeneu, que pudiendo cada uno de los acreedores, exigir el total de la deuda, debe concluirse que tiene también el derecho de hacer remisión al deudor. En cierta opinión se dice que la remisión de la deuda está entre los medios de liberación; que cada uno de los acreedores "parece ser," con relación al deudor, el único acreedor. Esta es la teoría romana, dice el orador del Gobierno, y la de

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 260. Domat, pág. 234, sec. 2ª, arts. I, IV y VI.

secha como poco conforme á la "equidad." ¿Cuál es, pues, el nuevo principio? Bigot-Prámeneu responde: "Debe seguirse la intención presunta de las partes. Cada acreedor solidario tiene derecho de *exigir el cumplimiento del contrato*. La remisión de la deuda es cosa distinta del cumplimiento y equivale á volver de gratuito un contrato que es oneroso; y nadie puede ser liberal sino con lo que le pertenece." Los motivos de decidir, prueban que el legislador procede de un nuevo principio. No admite que cada acreedor puede disponer en propiedad del crédito, y si no lo puede, es porque, en realidad, el crédito "no le pertenece." Pertenece, pues, á todos, es decir, que están asociados para el beneficio del crédito, y sólo tiene cada uno de ellos, el derecho de "exigir el cumplimiento del contrato," ó sea, lo que es útil á todos. El orador del Tribunado se expresa en el mismo sentido, pero de una manera más explícita. Este también, examinando la cuestión de la remisión, que Mouricault establece, expone un principio nuevo: "La solidaridad, dice, no se establece verdaderamente entre los acreedores, sino para autorizar á cada uno de ellos á hacer lo que exija el bien común y para constituirlos, al efecto, mandatarios recíprocos; debe concluirse que siendo la remisión un acto extraño al interés común, un acto gratuito, personal á aquel que lo quiere ejercer, es absolutamente independiente de la misión de cada uno." (1)

El nuevo principio es, pues, éste: los acreedores solidarios están asociados para el beneficio de la obligación; hé ahí por qué el art. 1,197 dispone, contra el derecho romano, que este beneficio se divide entre los acreedores. Como asociado, cada uno de ellos debe obrar en el "interés co-

1 Exposición de Motivos, núm. 38 (Loaré, t. VI, pág. 161); Informe de Favard, núm. 68 (Loaré, pág. 198). Discurso de Mouricault, núm. 38 (Loaré, pág. 247).

mún," tiene "mandato" de hacer todo lo que es ventajoso á sus coacreedores, pero nada puede hacer de lo que pudiera perjudicarles. (1)

*Núm. 2. Lo que pueden hacer los acreedores.*

259. Cada uno de los acreedores, dice el art. 1,197, tiene el derecho de demandar el total del crédito. "Este es el objeto de la estipulación solidaria." ¿El derecho de exigir el pago total es correlativo á la obligación del deudor de pagar el todo? ¿Esta obligación es también un derecho? El art. 1,198 responde que queda á la elección del deudor pagar á uno ó á otro de los acreedores solidarios. Esto está conforme con la intención de las partes contratantes, puesto que han querido asegurar el pago íntegro del crédito, y este objeto se cumple desde que el deudor paga toda la deuda á uno de los acreedores. ¿Pero qué debe decidirse si uno de los acreedores persigue al deudor? ¿Podrá este también pagar á otro acreedor? El art. 1,198 lo obliga á pagar al acreedor demandante. Se ha criticado ésta disposición como participando de los principios particulares del procedimiento romano, y se ha dicho que los autores del Código erraron al seguir la tradición en este punto. (2) Nos parece que la decisión del Código es muy racional. Es un derecho del acreedor demandar el total del crédito, y, por tanto, desde que uno de los acreedores persigue al deudor, éste tiene obligación de pagarle.

Ínútilmente se objeta que el acreedor al perseguir no tiene interés en que el pago se le haga á él más bien que á cualquier otro acreedor. El acreedor puede responder con el viejo adagio: "Vale más tener, que correr." Si recibe el

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 204, núms. 128 bis, II, y 129 bis. Aubry y Rau, t. IV, pág. 16, nota 4, pfo. 298 bis.

2 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 437, núm. 1,922. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. III, pág. 350, nota 3.

total, puede retener lo que le pertenece en el crédito, en tanto que tendría que demandar su parte á su coacreedor que cobrara íntegro el crédito.

Debe, pues, rechazarse sin vacilar la opinión emitida por buenos autores que enseñan, que si después de intentada la acción por uno de los acreedores solidarios, se presenta otro al deudor, portador del título constitutivo de la obligación el pago hecho á éste libra al deudor, respecto de los otros acreedores. (1) Esto está en oposición formal con el art. 1,197 y á los tribunales no toca derogar la ley, es decir, modificarla. (2)

260. ¿Puede el deudor oponer la excepción de división al acreedor que le persigue? Hé ahí una cuestión que admira ver discutida, y más aun admira verla resuelta afirmativamente. El art. 1,197, dice que lo que caracteriza la obligación solidaria entre los acreedores, es que cada uno de ellos tiene el derecho de demandar el pago total del crédito, y el derecho del acreedor, supone, por consiguiente, la obligación del deudor de pagar toda la deuda. Sin embargo, Rodière y con él Larombière, enseñan que aun después de la demanda de un acreedor puede el deudor pagar á otro acreedor su parte en el crédito, á menos que el acreedor demandante pruebe que el crédito le pertenece del todo. (3) Si puede dividirse el pago cuando es demandado, con mayor razón podrá serlo cuando no hay demanda alguna.

¿Qué llega á ser entonces la solidaridad? Quien dice solidaridad dice que el pago no puede dividirse, y, por tan-

1 Moulón, t. II, pág. 559. Colmet de Santerre, t. V, pág. 204, número 129 bis. Demolombe, t. XXVI, pág. 121, núm. 159.

2 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 432, núm. 1,922.

3 Rodière, pág. 26, núm. 15. Larombière, t. II, pág. 567, núm. 7 del art. 1,197 (Ed. B., t. II, pág. 23). En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 126, núm. 166.

to, es un verdadero absurdo pretender que sin atención á las circunstancias, el deudor tiene el derecho de hacer un pago parcial. Inútilmente se dice que dividiéndose el crédito entre los acreedores, puede el deudor pagar á cada uno lo que le pertenece en el crédito. Lo que le pase entre los acreedores no importa al deudor, éste está obligado por total, lo que excluye toda división.

261. ¿Qué debe decidirse respecto á los herederos de las partes contratantes? Los herederos suceden en todos los derechos y obligaciones de su autor, pero las deudas y los créditos se dividen, y la solidaridad no impide la obligación de la división. Si, pues el acreedor muere, déjanos un solo heredero, éste tendrá el mismo derecho que el difunto, pero si hay muchos herederos el crédito se dividirá entre ellos y cada uno sólo podrá demandar su parte hereditaria. (1)

262. La ley no dice que la demanda formada por uno de los acreedores haga correr los intereses respecto de todos, pero esto es admitido por todo el mundo. Es una consecuencia de los principios que rigen los intereses y las obligaciones solidarias. Los intereses se deben desde el día de la "demanda" (art. 1,153); y, por tanto, el crédito tal como es demandado, producirá interés á partir de este día; y como el acreedor solidario tiene el derecho de demandar el total de el crédito, todo el crédito producirá interés. Esto está también de acuerdo con los principios de la solidaridad. Los acreedores solidarios se dan mandato para hacer todo lo que sea en beneficio común, y esto, necesariamente, comprende la demanda y las consecuencias que resulten. (2)

263. "Todo acto que interrumpe la prescripción respec-

1 Aubry y Ran, t. IV, pág. 16, nota 5, pfo. 298 *bis*, y los autores que citan.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 210, núm. 131 *bis*, I.

to de uno de los acreedores solidarios, aprovecha á los otros" (art. 1,199). Los acreedores solidarios se dan recíprocamente mandato para hacer todo lo que ceda en beneficio común, y ante todo, importa impedir la prescripción para conservar el crédito. Así, pues, deben tener el derecho de ejecutar los actos que la interrumpen. En el título "De la Prescripción" diremos cuáles son estos actos.

Si uno de los acreedores muere dejando varios herederos, el acreedor se divide entre ellos, de donde se sigue que cada uno de los herederos, solo puede demandar su parte hereditaria en el crédito (núm. 261); y, por tanto, sólo puede interrumpir la prescripción por esta parte. En este caso, la prescripción no será interrumpida respecto de los otros herederos, ni lo será tampoco respecto de los otros coacreedores, sino por la parte del heredero en el crédito. El Código lo dice así para la solidaridad entre co-deudores (art. 2,249); y la misma razón hay para decidirlo respecto de los coacreedores solidarios: esta es la aplicación del principio, en virtud del cual, la solidaridad no hace indivisible la deuda ó el crédito, y desde que hay división, la interrupción de la prescripción sólo puede hacerse por la parte dividida de cada heredero, en la deuda ó en el crédito. (1)

264. La prescripción se suspende en provecho de uno de los acreedores solidarios, por efecto de su menor edad; ¿los otros acreedores podrán alegar esta suspensión? Esta cuestión es muy controvertida. Creemos que el texto del Código Civil la decide negativamente. En los términos del art. 2,251, "la prescripción corre contra toda persona, á menos que esté comprendida en alguna excepción establecida por la ley." No hay excepción sino en virtud de un texto formal, y, por tanto, debe verse si hay un texto que suspenda la prescripción en provecho de todos los acree-

1 Durantón, t. XI, pág. 199, núm. 180 y todos los autores.

dores solidarios, cuando se suspende respecto de uno de ellos que es menor. El silencio del Código decide la cuestión. Tratándose de la indivisibilidad, dirémos que el menor releva al mayor cuando se trata de obligaciones indivisibles; no siendo el derecho susceptible de división, resulta que no puede conservarse en parte. No sucede lo mismo con las obligaciones solidarias, éstas quedan divisibles; por consiguiente, pueden conservarse y perderse en parte; si, pues, uno de los acreedores es menor, su derecho se conserva, en tanto que el derecho de los acreedores mayores se pierde. La consecuencia es que el crédito se extingue respecto de todos, excepto la parte del menor. (1) Para la opinión contraria se invoca la analogía: si la interrupción de la prescripción aprovecha á todos los acreedores, dicen, lo mismo debe ser con la suspensión, porque hay el mismo motivo para decidir. (2) Hemos respondido anticipadamente á este argumento; para la interrupción hay un texto, en tanto que la ley no permite extender la suspensión á las personas que no gozan de este beneficio, en virtud de una disposición expresa. Hay, por otra parte, una razón de esta diferencia: los acreedores solidarios se dan mandato para demandar el pago del crédito, y demandándolo, interrumpen la prescripción de todo el crédito puesto que tienen el derecho de reclamar el pago del crédito entero. No puede decirse lo mismo de la suspensión que se funda en una causa personal á aquel en cuyo provecho se suspende la prescripción: los efectos de una causa personal no podrían extenderse á personas que son extrañas á esta causa; si en las obligaciones indivisibles el menor releva al mayor, es por razón de la indivisibilidad, pero desde que el derecho se divide, como sucede en las

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 18, nota 11, pfo. 298 bis y los autores que citan.

2 Durantón, t. XI, pág. 198, núm. 180.

obligaciones solidarias, no hay ya razón alguna para que el menor releve al mayor. Se insiste y se dice que la "suspensión" no es otra cosa que una "interrupción" que la ley hace de pleno derecho y en todo tiempo, en favor del acreedor menor, de suerte que el art. 1,199, en su texto bien interpretado, se aplica á la suspensión, por el solo hecho de que habla de la interrupción. (1) Esto no es serio, y si mencionamos el argumento, es para mostrar hasta dónde llevan, ciertos autores, el abuso de la analogía. Jamás un jurisconsulto ha igualado la suspensión de la prescripción y la interrupción. En el título "De la Prescripción" dirémos cuáles son las diferencias considerables que las separa. Por el momento basta notar que el principio de la solidaridad justifica perfectamente la disposición que extiende á todos los acreedores el beneficio de la interrupción. Los acreedores se dan mandato para interrumpir la prescripción; ¿dan también mandato á uno de ellos para conservar el crédito por su menor edad? Esto no tiene sentido, y esto es, sin embargo, el abuso de la doctrina que iguala la suspensión y la interrupción de la prescripción. Se ha respondido á este singular argumento, y de una manera decisiva, diciendo que los mandantes deben aprovechar la interrupción que dan mandato de hacer; pero un mandante no tiene derecho de invocar causas de suspensión personales, que sólo están establecidas en favor del mandatario. (2)

Es posible alguna objeción en los efectos que produce la suspensión de la prescripción. Puesto que la prescripción no corre contra el menor, éste conserva su derecho tal como lo tuvo en virtud de su contrato, y la solidaridad le da el derecho de demandar el pago total del crédito (artículo 1,197); ¿si el acreedor menor puede reclamar el pa-

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 132, núm. 171.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 211, núm. 131 bis, II.

go del crédito, no quiere decir que esta demanda aprovechará necesariamente á sus coacreedores? Se olvida que se trata de un derecho divisible, y, que, por consiguiente, los acreedores que no han obrado han perdido en parte el crédito, pues extinguiéndose su derecho no puede decirse ya que dan mandato al acreedor menor para demandar su parte, puesto que ya no la tienen; y no siendo ya mandatario, el acreedor menor no puede obrar más que por la parte que la suspensión de la prescripción le ha conservado. Esto nos parece decisivo.

Por fin, se invoca en favor de los acreedores el principio de la solidaridad, pero se le invoca falsamente. M. Larombière niega la teoría del mandato; según él, todos los acreedores deben reputarse como uno solo de una sola deuda. (1) Así, cada acreedor solidario sería considerado como un solo y único acreedor! Este es el principio romano, y los autores del Código han rechazado este principio reemplazándolo por el de una sociedad existente entre los acreedores; de donde se sigue que no cada uno es acreedor único, sino mandatario de sus coacreedores. Creemos inútil insistir sobre una objeción que es contraria á la teoría del Código.

*Núm. 3. Lo que no pueden hacer los acreedores.*

265. Según el art. 1,198, uno de los acreedores no puede hacer remisión de toda la deuda. Hemos dicho más arriba (núm. 258) los motivos que los oradores del Gobierno y del Tribunado han dado para justificar esta derogación al derecho romano: éstos son nada menos que un nuevo principio. Estando los acreedores asociados en un interés común, se dan todos mandato para demandar el pago y ha-

1 Larombière, t. II, pág. 577, núm. 3 del art. 1,199 (Ed., B., tomo II, pág. 33).

cer lo que es provechoso á todos; pero no son dueños del crédito, sólo tienen, cada uno, una parte, y, por tanto, sólo puede disponer de esta parte. El art. 1,198 aplica este principio á la remisión; se supone que la remisión es gratuita; los acreedores que estipulan la solidaridad en su interés, no creen ciertamente que uno de ellos disponga del crédito á título gratuito, aunque cada uno es libre de hacerlo por su parte en el crédito. La remisión, pues, no es nula y el deudor queda libre por la parte del acreedor que le ha hecho la remisión; esto es una extinción parcial de la deuda, y no pudiendo ya los otros acreedores demandar el pago total, deben deducir la parte del que ha hecho la remisión.

266. “La promesa dada por uno de los acreedores solidarios al deudor, no libra á éste más que por la parte del acreedor” (art. 1,365, segunda parte). Esta disposición es una consecuencia del nuevo principio que el art. 1,198 ha consagrado implícitamente. Cada uno de los acreedores sólo puede hacer lo que es útil á todos; no puede, por tanto, disponer del crédito ni directa ni indirectamente y es disponer indirectamente dar la promesa al deudor. En efecto, la declaración de la promesa supone una transacción en virtud de la cual el acreedor consiente en no perseguir al deudor por lo que debe; esta es, pues, una remisión en virtud de la transacción, una renuncia al derecho reclamado contra el deudor. Es libre el acreedor de renunciar al derecho que le pertenece, pero no puede renunciar el derecho de sus coacreedores. Por otra parte, la declaración de la promesa, supone que el acreedor tiene confianza en la probidad del deudor, y esta confianza es un sentimiento personal; el mandato que los acreedores solidarios se dan, no significa que uno de ellos pueda perder el crédito, prestando imprudentemente la promesa al deudor.

dor, y, por tanto, éste sólo quedará libre de la parte del acreedor demandante en la deuda. (1)

267. Tales son las únicas disposiciones que reclaman el nuevo principio aplicándole. ¿Es esto decir que el principio sólo recibe aplicación en la remisión de la deuda y en la denuncia de la promesa? Nó, ciertamente. Cuando el legislador rechaza un principio del antiguo derecho y le reemplaza por un principio contrario, la nueva regla, como todo principio debe aplicarse en todos los casos en que no hay excepción. Sería ilógico, en alto grado, sostener el antiguo principio para los casos no previstos especialmente, pues de la coexistencia de dos principios contrarios, resultarían consecuencias contradictorias, sin que estas diferencias tuvieran razón de ser. Esto no tiene duda; pero la dificultad está en determinar los casos en que el principio debe recibir su aplicación. Vamos á examinarlos.

268. La compensación es uno de los más dudosos. ¿Si uno de los acreedores solidarios llega á ser deudor del deudor, el crédito se extinguirá del todo ó solamente por la parte que el acreedor deba al deudor en el crédito? A nuestra vista, la compensación no tiene lugar por el todo. Es cierto que la compensación es un pago y que se rige por los principios del pago, de donde se sigue que teniendo el deudor la elección, para pagar á uno ó á otro de los acreedores solidarios, mientras no haya sido requerido por uno de ellos, puede pagar, por vía de compensación al acreedor que ha llegado á ser su deudor. Por mejor decir, la compensación tiene lugar de pleno derecho por la sólo fuerza de la ley (art. 1,290), y, por tanto, desde el instante en que el deudor llega á ser acreedor de uno de los acreedores solidarios, la deuda se extingue. Hé ahí el motivo para dudar. Esto supone que las condiciones requeridas para la compensación, existen; siendo así, que falta

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 206, núm. 130 bis, II.

la principal; el deudor de un crédito solidario de 12,000 francos que llega á ser acreedor de una suma igual de uno de los tres acreedores solidarios, es también acreedor de 12,000 francos; pero el acreedor solidario al que opone la compensación, no es acreedor de una suma de 12,000 francos, sino solamente de la tercera parte, es decir, de 4,000 francos; la compensación se obrará, pues, por una tercera parte, pero no se obrará por las otras dos que pertenecen á los otros acreedores. En efecto, los acreedores solidarios no lo son, cada uno, de todo el crédito, pues cada uno de ellos es simplemente mandatario de sus cosacreedores para cobrar todo el crédito, pero no es propietario más que de su parte. Y para compensar un crédito debe ser propietario de todo él; el deudor que llega á ser acreedor de 12,000 francos, tampoco puede oponer al acreedor solidario la compensación por el crédito solidario de 12,000 francos, puesto que en este crédito el acreedor solidario sólo tiene una tercera parte, y, por tanto, la compensación sólo puede hacerse por un tercio. (1)

La opinión contraria es más generalmente seguida. Lo que ha comprometido la doctrina que defendemos, es que se la ha sostenido con malas razones. Nosotros invocamos el art. 1,294, en cuyos términos "el deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe á su deudor." Se ha errado valiéndose de esta disposición; diremos al tratar de la compensación, que el art. 1,294, es una derogación á los verdaderos principios, derogación, que es muy difícil explicar; esta es, pues, una excepción que debe restringirse en los términos precisos de la ley, lejos de extenderla á la solidaridad entre acreedores. Esto prueba que hay que guardarse de alegar razones, al menos dudo-

1 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 442, núm. 1,931. Delvincourt, t. II, pág. 500. Marcadé, t. IV, pág. 467, núm. 1 del artículo 1,198. Compárese Durantón, t. XI, pág. 195, núm. 178.

sas, en apoyo de una causa, que puede tasparse y que en todo caso, no recibe fuerza alguna.

Se hace contra nuestra opinión una objeción muy especiosa: el deudor tiene el derecho de pagar toda la deuda al acreedor que quiera elegir, y compensar es pagar ¿por qué exigir que el deudor comience por pagar al acreedor solidario una deuda de 12,000 francos en especie, cuando puede forzarle á compensarla inmediatamente, puesto que ha llegado á ser su acreedor por una suma idéntica? ¿A qué vienen estas tradiciones inútiles? ¿No es esto para evitarlas cuando el legislador ha establecido la compensación? Nosotros respondemos que la objeción no tiene en cuenta la naturaleza particular de la obligación solidaria. ¿Por qué puede demandar el acreedor solidario el total del crédito, y por qué el deudor puede pagarlo, á su elección, á cualquiera de los acreedores? Por que el pago hecho á uno aprovecha á todos.

Esto supone un pago real de efectos ó de valores que quedan al acreedor á quien le son remitidos, lo cual excluye la compensación. En efecto, la compensación no ofrece á todos los acreedores la ventaja de procurarles el pago. El acreedor en cuya persona se hace la compensación puede ser insolvente y en este caso, la extención del crédito por vía de compensación hará nulos los derechos de los coacreedores; mientras que en caso de pago real pueden tomar medidas de conservación ejecutando inmediatamente embargos. Este es, pues, el caso de aplicar el nuevo principio de que la compensación no puede ser opuesta más que á uno de los acreedores para extender toda la deuda, porque perjudicaría á los otros acreedores. Es decisivo que la solidaridad no debe ni puede producir efectos ventajosos á todos los acreedores. (1)

1 En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 203, número 130 bis, IV. Larombière, t. II, pág. 568, núm. 8 del art. 1,193 (Ed. B., t. II, pág. 30), Demolombe, t. XXVI pág. 156, núm. 193.

269. Si uno de los acreedores hace innovación con el deudor cambiando la cosa debida por la persona del deudor, ¿la innovación se extenderá á la deuda con respecto á los otros acreedores? Sobre este punto no hay ninguna duda. La innovación implica una renuncia y el que innova debe tener el derecho de disponer del crédito que la innovación extingue. Pero el acreedor solidario no puede disponer más que del crédito de su parte y, por consiguiente, no puede innovar más que por un pacto, conservando, por consiguiente, los otros acreedores su derecho; deducción hecha de la parte del coacreedor que consiente en la innovación. (1)

Esto se aplica también á la transacción. El art. 2,045 dice que "para transigir es preciso poder disponer de los objetos comprendidos en la transacción." Los coacreedores no tienen poder de disponer sino de una de sus partes, y, por consiguiente, no pueden transigir más que por su parte. Esta doctrina está también fundada en razón. La solidaridad se estipula para facilitar el recobro del crédito asegurando la conservación. No se puede suponer que se dé á los acreedores poder de transigir, es decir, de abandonar una parte de sus derechos. (2)

Otra es la cuestión de saber si los coacreedores pueden valerse de la innovación y de la transacción suponiendo que les sea favorable. La cuestión es controvertida y hay alguna duda. A primera vista se podría creer que es éste el caso de aplicar el principio de la solidaridad y del poder que implica. Se da á los acreedores poder de hacer todo lo que les es ventajoso; y se puede concluir de aquí, que ese poder comprende los actos de disposición mientras aproveche á los acreedores? En realidad esta opinión es contraria á la esencia misma de la solidaridad, porque los

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 17, nota 9 y los autores que citan.

2 Demolombe, t. XXVI, pág. 143, núm. 184.

coacreedores no son propietarios y no se les puede dar el poder de disponer de todo el crédito, porque esto sería transformar, bajo el nombre de poder, á los propietarios parciales en propietarios absolutos, y sería, pues, cambiar la naturaleza del derecho solidario. Sin duda, los propietarios pueden dar mandato para disponer, para enajenar; mas solo puede dárselo en los límites de su derecho y es preciso para esto un poder expreso (art. 1,988). Así, pues, la sola extipulación de solidaridad no es suficiente, porque el poder que da á los coacreedores no siendo más que tácito, no se puede deducir que el mandatario tenga el derecho de disponer de la parte de sus coacreedores; no puede disponer más que de la suya. Desde que uno de los acreedores innova ó transige, hace un acto nulo con respecto á sus coacreedores porque estos no pueden aprovecharse. (1)

270. Uno de los acreedores solidarios se convierte en heredero único del deudor ó éste en heredero de uno de los acreedores. Si sobreviene una confusión en la persona del heredero de las propiedades del acreedor y del deudor, ¿cuál es el efecto de esta confusión? No hay duda de que el crédito no se extingue por la parte del acreedor, en la obligación. ¿Pero no se necesita ir muy lejos para decir que el crédito se extingue del todo como lo sería por el pago, quedando á salvo á los otros acreedores ejercer su acción contra su acreedor? La cuestión es controvertida. No vacilamos en decidir que la confusión no trae más que una extinción parcial de la deuda, y la razón es que no extingue realmente la deuda, pues solamente pone al acreedor en la imposibilidad de obrar, y esta imposibilidad existe en el caso, con respecto al acreedor hecho heredero del deudor, que no puede perseguirse á sí mismo,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 207, núm. 130 bis, III. Demolombe, t. XXVI, pág. 146, núm. 187. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 17, nota 8, pfo. 298 bis y los autores que ellos citan.

pero que no impide á los otros acreedores que obren contra él en calidad del deudor y en virtud de su crédito, con todas las garantías que éste les da. Inútilmente diría el deudor que es también acreedor, y acreedor del total, y que, por consiguiente, ya no era deudor, porque se le respondería que no era exacto que fuera acreedor del total de la deuda, sino mandatario para demandar el pago de la deuda y conservarla, y no para extinguirla, porque esto perjudicaría á sus acreedores privándolos de las garantías ligadas á su crédito. (1)

271. Si el deudor obtiene un fallo contra uno de los acreedores solidarios, ¿podrá éste oponer el fallo á los otros acreedores por sus partes en el crédito? La cuestión es muy controvertida; mas nos parece que debe decidirse negativamente, sin ninguna duda, porque el fallo equivale á un acto de disposición, y los que no tienen facultad de disponer, tampoco la tienen, en general, de obrar en justicia. Es inconcuso que los acreedores solidarios no tienen facultad para disponer del crédito, y aunque se alega que la ley les reconoce implícitamente el derecho de perseguir al deudor judicialmente, dándole derecho de demandar el pago del crédito si el deudor no paga; es preciso, dicen, que el acreedor tenga el derecho de perseguirle. (2) Respondemos que esto es confundir dos actos de una naturaleza esencialmente distinta, porque demandar el pago es un acto de administración, y obrar judicialmente es un acto de disposición. Bajo el punto de vista de la solidaridad, sobre todo, el derecho de demandar el pago no implica el derecho de representar á los coacreedores judicialmente, porque se da á los acreedores un mandato limitado, por interés común, pues si el interés común exige

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 160, núm. 195 y los autores que él cita. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 209, número 130 bis, V.

2 Demolombe, t. XXVI, pág. 150, núm. 191 y los autores que cita.

que cada acreedor pueda recibir la totalidad de la deuda, no pueden estar interesados, ciertamente, en que después de la repulsa del deudor, se le persiga judicialmente. A ellos les toca juzgar si más bien que exponerse á pagar costas y á las dificultades de un proceso, les conviene transigir ó renunciar cuanto antes un derecho dudoso. Creemos inútil insistir, porque el principio de la solidaridad decide la cuestión. (1)

§ III.—OBLIGACIONES DE LOS ACREEDORES.

272. El nuevo principio que el Código ha establecido en cuanto á los derechos de los acreedores contra el deudor, se funda sobre la presunción de que los acreedores son asociados para el beneficio del crédito, de donde se infiere que ese beneficio es divisible entre ellos y que aquél de los acreedores que ha tocado el monto íntegro del crédito, está, pues, obligado á hacer participantes á sus coacreedores de lo que él recibió, dando á cada acreedor, salvo derogación, una parte igual en el monto del crédito. El Código no sienta este principio en términos formales, pero resulta de la innovación hecha por los arts. 1,198 y 1,365, así como de los trabajos preparatorios (núm. 258).

Se ha creído que el texto del art. 1,197 establece otro principio. Después de haber dicho que cada acreedor solidario tiene el derecho de demandar el pago total del crédito y el pago hecho á un librado del deudor, la ley agrega: "Aunque el beneficio de la obligación sea divisible entre los diversos acreedores." ¿Quiere esto decir que es preciso un contrato para que el beneficio pueda dividirse? Nó, porque el artículo no habla de contrato, supone, al contrario, que el beneficio es divisible de pleno derecho, salvo convenio contrario. Esto es lo que se admite actual-

1. Aubry y Rau, t. IV, pág. 17, nota 11 y los autores que cita.

mente, porque el espíritu de la ley no deja ninguna duda. (1)

ARTICULO II.—De la solidaridad entre codeudores.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Definiciones y caracteres.

273. En general no hay en una obligación más que un deudor y un acreedor. Sin embargo, el art. 1,101 supone que puede haber varios deudores y varios acreedores. Esto sucede rara vez en virtud de un contrato; mas, es muy frecuente, cuando el acreedor muere dejando varios herederos, en cuyo caso, los herederos suceden en las obligaciones al difunto, sin estar obligados á pagar más que una parte de lo que heredaron. (art. 1,220). Lo que el artículo 1220 dice de los herederos, se aplica también al caso en que haya varios deudores desde el principio; entonces la deuda se divide entre ellos, porque el compromiso de cada uno, no se considera sino en proporción á su interés y cuando varias personas se obligan, el interés que tienen en la obligación es el mismo, salvo convenio contrario, resultando que cada uno se obligó por su parte y porción igual nada más.

274. Cuando hay varios deudores, la deuda se divide entre ellos, de suerte que hay tantas deudas distintas como deudores. Este principio conduce á consecuencias iguales á las que resultan de la división del crédito, porque cada deudor está obligado á pagar su parte en la deuda. El que paga al de la parte igual paga á un tercero, y, por consiguiente, pagó lo que no debía pagar, quedando

1 Duranton (que al principio enseñaba lo contrario) t. XI, página 184, núms. 171 y 172 y todos los autores.

otros para estrecharles á contribuir con él al pago de la deuda común. La cuestión es singular. Para que se pueda argumentar por analogía, debe haber el mismo motivo de decidir, y la disposición que se quiere aplicar por analogía, debe ser una regla de derecho común. Y el derecho que el art. 2,032 da al fiador, tiene la naturaleza especial de la fianza; pues esto es un servicio de amigo prestado por el fiador; se concibe, por tanto, que la ley se muestre favorable al fiador; en tanto que es severa para el deudor que recibe un servicio gratuito. La solidaridad, por el contrario, es un acto interesado; ¿por qué uno de los deudores había de tener una acción contra el otro antes de haber pagado? Creemos inútil insistir en demostrar un error que es evidente. (1)

SECCION VI.--De las obligaciones divisibles é indivisibles.

§ I.--NOCIONES GENERALES.

Núm. I. Principios.

366. Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, escribió una monografía sobre la indivisibilidad, cuyo título *Estricatio labyrinthi dividui et individui* es algo pretencioso. ¿Por qué se considera como laberinto la materia de las obligaciones indivisibles, cuando es conveniente buscar la clave? Hay en el Digesto, textos oscuros ó contradictorios que se trata de conciliar para deducir reglas ciertas. Dumoulin creyó haberlo conseguido; pero su confianza, según Durantón, es demasiada. Poco nos importan, en el día, los textos romanos, eso pertenece á la historia. Habríamos preferido que el jurisconsulto consultara su

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 32, nota 41, pfo. 298 *ter.* Rom. 18 de Agosto de 1840 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,439). En sentido contrario, Rodiere, pág. 97, núm. 131. Larombière, t. II, página 694, núm. 3 del art. 1,216 (Ed. B. t. 11, pág. 78).

penetrante ingenio, y no se complicase en el dédalo de las autoridades. Todo su trabajo fué inútil, en el sentido que la teoría que creyó ser la de los jurisconsultos romanos, no es nada romana, y, sin embargo, ha sido aceptada por Pothier, que no está menos impaciente que Dumoulin por encontrar si las pretendidas reglas atribuidas al derecho romano están fundadas en razón. Lo mismo han hecho los autores del Código Civil, limitándose á formular en artículos las enseñanzas de Pothier. Vivamente se ha criticado la doctrina consagrada por el Código. Dice Toullier que la teoría de Dumoulin reproducida por el legislador francés, es oscura é ininteligible; el autor francés confiesa con un loable candor que no ha llegado á concebir una idea clara y precisa de las obligaciones indivisibles y de su naturaleza. (1) Los editores de Zachariæ dicen que estos reproches son exagerados. No tomaremos parte en este debate: nuestro trabajo consiste en hacer una explicación del Código, y sólo buscaremos los principios positivos de nuestro derecho, sin abandonar la razón de las leyes y sin someterlas tampoco, á una crítica que acabaría por formar un nuevo Código. Cuando invocamos la tradición, es para aclarar la legislación actual, y lo mismo haremos para las obligaciones indivisibles. Pothier será nuestro guía, puesto que es el legislador. Mas será conveniente tener en cuenta las innovaciones que los autores del Código han hecho á la doctrina de Pothier, en materia de indivisibilidad y sobre todo, en la teoría general de las obligaciones.

Núm. 2. Definición

367. El art. 1,220 dice: "La obligación que es susceptible de división, debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible. La divisibilidad no tie-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 457, núm. 749 y pág. 481, núm. 782.

obligado á repetir el pago que hizo indebidamente, mas no es subrogado á los derechos del acreedor porque no se obligó con otros ni por otros; al art. 1,251, núm. 3, es, pues, inaplicable. El acreedor es quien soporta la pérdida que resulta de la insolvencia de uno de los deudores, porque cada uno de ellos está obligado á pagar solamente su parte en la deuda.

La deuda contraída por varios deudores, aunque conjunta, no es común á todos ellos, de donde resulta que el acreedor tiene tantos créditos distintos cuantos son los deudores, teniendo tantos derechos que conservar como créditos, y si quiere constituir en mora á todos los deudores, debe demandarlos; la notificación no tendrá ningún efecto en cuanto á otro, porque los deudores son terceros entre sí. Lo mismo si quiere interrumpir la prescripción con respecto á todos, es necesario que haga escrituras para todos, porque la escritura que interrumpe la prescripción para con uno, no tendría ningún efecto para los otros, porque sería para con ellos *res inter alios acta*. En fin, si alguna pena había sido estipulada para asegurar el cumplimiento de la obligación, la pena no sería sino para aquél de los deudores que faltara á la obligación y solamente para la parte que se había obligado en la deuda, pues contra los que cumplen su obligación, no tiene el acreedor ninguna acción (art. 1,233). (1)

275. Estos principios tienen su excepción cuando hay solidaridad de parte de los deudores, es decir, "cuando se obligan á una misma cosa, de manera que cada uno pueda ser apremiado por la totalidad y que el pago hecho por uno solo libre á los otros para con el acreedor" (art. 1,200). Esta definición se ha criticado. No es solidaria una obligación por sólo el hecho que cada deudor pueda ser apre-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 14, pfo. 298 bis.

miado al pago del total. Veremos más adelante cómo este efecto puede ser también ligado á las obligaciones indivisibles (art. 1,222) y aun á las deudas divisibles y no solidarias que pueden perseguirse por el todo contra uno de los herederos del deudor (art. 1,221). (1) Los autores del Código tomaron de Pothier la disposición del art. 1,200, mas no lo reprodujeron todo. Pothier comienza por decir que la obligación solidaria se "contrae" por cada uno por el total, lo que marca bien la diferencia entre esta obligación y la indivisible; sí, en esta, el deudor puede ser perseguido por el todo, no es por que se obligó contratando, sino porque la cosa no puede dividirse. Después agrega Pothier esta explicación, que los autores del código omitieron: "Para que una obligación sea solidaria, no es suficiente que cada uno de los deudores sea deudor de toda la cosa, (lo que sucede en cuanto á la obligación indivisible, aunque no se haya contraído solidariamente) se necesita que cada uno de los deudores de la *totum et totaliter*, es decir, que cada uno se haya obligado tan completamente á la entrega de la cosa, como si uno solo hubiese contraído la obligación." (2)

276. La definición de Pothier es todavía incompleta, porque supone que la solidaridad no puede resultar más que de un contrato, y puede también existir de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley (art. 1,202); así como puede ser también testamentaria. Pothier da un ejemplo; aunque el Código no habla de esta solidaridad, es cierto que el testador tiene el derecho de establecerla, imponiéndosela á sus herederos ó á otros sucesores, codeudores de un legado. El testador dispone como quiere desde que no hay reservatarios, y respetando la reserva, pue-

1 Marcadé, t. IV, pág. 469, núm. 11 del art. 1,200. Aubry y Rau, t. IV, pág. 19, nota 1, pfo. 298 ter.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 261 y 262.

de legar su disponible bajo las condiciones que quiera, así como puede poner un legado al cargo exclusivo de uno de sus herederos, y con mucha más razón puede establecer la solidaridad entre varios deudores del mismo legado, porque es menor cargo ser deudor [solidario, que ser deudor único. (1) Hagamos á un lado la cuestión de la solidaridad testamentaria, porque todo depende de la voluntad del testador.

*Núm. 2. De la solidaridad convencional.*

277. Para que haya solidaridad, es preciso que los deudores solidarios se hayan obligado á la misma cosa, en el mismo tiempo y por la misma escritura, con la intención de que cada uno de ellos esté tan obligado como si fuera el sólo y único deudor. (2) Las mismas condiciones exige la doctrina para la solidaridad con respecto á los acreedores. Volverémos á tratar de lo que hemos dicho antes (número 255).

278. El Código dice que los codeudores solidarios deben ser obligados á una misma cosa (art. 1,200). Pothier insiste diciendo: "Es preciso, *sobre todo*, que los deudores sean obligados á la entrega de la misma cosa. Si dos personas se obligan á diferentes cosas, no es una obligación solidaria, son dos obligaciones."

279. Ya hemos dicho que los codeudores deben obligarse á un tiempo y por el mismo acto aunque el Código no lo dice. Si la doctrina exige esta condición para que haya solidaridad, es por que la diferencia de tiempo y de actos llevan dos obligaciones diferentes. Es, decir, que la solidaridad ¿no puede resultar de dos escrituras diferentes, hechas sucesivamente? Esto se puede siempre que entre

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 214, núm. 135 bis, I. Pothier, *De las Obligaciones*.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 445, núm. 723.

los dos actos haya tal relación, que no formen más que uno solo. En efecto, la solidaridad establece un lazo entre los codeudores, pues mutuamente se dan mandato recíproco para conservar la deuda y pagarla, y es necesario el mutuo consentimiento y la unidad en el tiempo y en el acto. Si Pedro se obliga para con migo solidariamente con Pablo, sin que éste fijare en el contrato, y en seguida Pablo declara obligarse para con migo solidariamente con Pedro, hay concurso de voluntades, y, por consiguiente, solidaridad, no formando, en realidad, los dos actos más que uno solo; esto es tan cierto, que la solidaridad no existirá sino á partir del segundo acto, puesto que hasta entonces se formó el lazo solidario entre Pedro y Pablo. No es suficiente, pues, que Pedro se obligue solidariamente para con migo y que Pablo haga lo mismo después porque no hay concurso de voluntades entre Pedro y Pablo, y, por consiguiente, no hay liga solidaria. Sobre esto no hay ninguna duda, si insistimos es porque Durantón se explica con inexactitud, lo que le ha ocasionado, según dice M. Demolombe, un vivo ataque de Mercadé, que más bien es una reprimenda. (1)

280. ¿Cómo debe manifestarse la intención de los codeudores para obligarse solidariamente? El art. 1,202 responde: "La solidaridad no se presume, es preciso que sea estipulada *expresamente*." Pothier dice que la solidaridad debe ser "expresa," porque de otro modo cuando varios han contraído una obligación para con alguno, puede creerse que sólo la contrajera por su parte, y la razón es que la interpretación de las obligaciones se hace, sin duda, en favor de los deudores. (2) Aquí no hay verdadero motivo para

1 Durantón, t. XI, pág. 221, núm. 188. Mercadé, t. IV, pág. 469, núm. 2 del art. 1,200. Colmet de Santerre, t. IV, pág. 134 bis, II. Demolombe, t. XXV, pág. 172, núm. 106. Larombière, t. II, página 581, núms. 5 y 6 del art. 1,200 (Ed. B., t. II, pág. 35).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 265.

decidir. Cuando varias personas se obligan, sin expresar la intención con que cada uno se obliga para el total, se aplica la regla por la cual las deudas se dividen según el número de deudores; no contratando cada uno de ellos, sino en porción de su interés, por consiguiente, de su parte igual. Siendo la regla la división, la solidaridad que excluye la división, es una excepción; pero toda excepción debe ser estipulada en términos formales. Es bien dicho que la solidaridad no se presume jamás.

281. El art. 1,202 exige que la solidaridad sea estipulada "expresamente." Ya hemos dicho muchas veces que la palabra "expresamente" no implica términos sacramentales. No es, pues, necesario que las partes se sirvan de la expresión "solidaria" ó "solidaridad;" pueden emplear equivalentes, pero equivalentes exactos, es decir, términos que expresen con seguridad la voluntad de los contratantes. Hay solidaridad, dice Toullier, cuando se dice que los deudores serán obligados "uno por el otro, uno solo por el todo y cada uno por el todo." Las expresiones equivalentes tienen el peligro de ser interpretadas en sentido diferente. Toullier dice que se juzgó en el antiguo derecho, que cuando se dice que los deudores están obligados "conjuntivamente," equivale este término al de "solidariamente." No están de acuerdo los autores con esta decisión y con razón; muy bien puede ser una obligación conjuntiva sin ser solidaria. (1)

Para que haya expresión equivalente es preciso que dé la idea de la solidaridad. Dos arrendatarios se obligaron conjuntivamente renunciando á todo beneficio de división y de excusión. Se juzgó que esta cláusula equivalía á una promesa de solidaridad, y en efecto, como lo dijo la Corte

1 Toullier, t. III, 2.º pág. 445, núm. 721. Compárese Demolombe, t. XXVI, pág. 181, núm. 223. Larombière, t. II, pág. 590, núm. 5 del art. 1,202 (Ed. B., t. II, pág. 35). Aubry y Rau, t. IV, pág. 22, nota 12 del pfo. 298 *ter*.

de Grenoble, la solidaridad entre los deudores no es, en realidad, más que una renuncia al beneficio de división y de excusión. El texto mismo del Código lo dice: según el art. 1,203, el acreedor de una deuda solidaria puede dirigirse á aquél de los deudores que quiera elegir, sin que éste pueda oponerle el beneficio de división. Con tal que la renuncia á este beneficio sea expresa, satisfará al artículo 1,202. (1)

282. La aplicación del principio no desvanece sino dificultades de hecho, que son fáciles de decidir, si se atienden al principio tal cual acabamos de formularlo. Dos copropietarios de una cosa indivisible la venden conjuntamente: ¿son sometidos á la garantía solidaria? La negativa es cierta puesto que no hay ninguna estipulación de solidaridad. Hay una ligera duda cuando hay varios compradores que se obligan solidariamente para con los vendedores, y se pregunta si la solidaridad de los compradores no entraña, en un contrato bilateral, la solidaridad de los vendedores. La negativa nos parece también cierta, porque se comprende muy bien que los compradores se obligan solidariamente á pagar el precio, sin que los vendedores estén obligados á la garantía solidaria; pero, desde que una de las cláusulas no implica la otra, es preciso decir con el art. 1,202: "la solidaridad no existe, porque no fué estipulada expresamente." (2)

283. Los copropietarios por indiviso de un inmueble que tratan de unirse con obreros para hacer reparaciones, ¿quedan obligados solidariamente? Nos parece que la negativa es igualmente cierta. Sin embargo que hay alguna

1 Grenoble, 20 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,538, I).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 22, nota 10 y los autores y sentencias que ellos citan. Hay que agregar á Demolombe, t. XXVI, pág. 184, núms. 224-226. La misma decisión para los cocompradores. Rouen, 24 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 119).

vacilación en la jurisprudencia. La Corte de Casación juzgó muy bien que no había, en el caso, ni solidaridad ni indivisibilidad. La obligación de los propietarios no es solidaria en virtud del contrato, puesto que no están obligados solidariamente, y no es de pleno derecho solidaria, puesto que ninguna ley establece esta solidaridad, y tampoco es indivisible, puesto que no hay nada más divisible que la obligación de pagar una suma de dinero. (1)

284. No siempre permanece fiel la jurisprudencia á sus principios. Hay sentencias que admiten que una obligación es solidaria por su naturaleza. El Código ignora esta pretendida solidaridad; esto sería una solidaridad tácita, resultando de la intención de las partes contratantes; pero no puede haberla, puesto que la ley establece que la solidaridad se estipule expresamente. Dos propietarios se obligaron, vendiendo un inmueble, á librarlo en el plazo de seis meses, de las inscripciones que lo gravaban; no cumplieron esta obligación y fueron perseguidos y condenados solidariamente. La Corte de París dijo que, en el caso, la solidaridad resulta necesariamente de la naturaleza misma de las cosas, porque la obligación de librar un inmueble de todas cargas hipotecarias, contraídas conjuntamente por dos personas, es evidentemente "indivisible." (2) Que sea indivisible es posible; mas, ¿de qué es indivisible después de ser solidaria? Es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas. Con frecuencia encontraremos esta confusión en la jurisprudencia, prueba de que los principios aun más elementales son poco conocidos.

Una sentencia de la Corte de Caen comienza por establecer que en derecho no hay solidaridad más que cuan-

1 Casación, 23 de Junio de 1851 (Sirey, 1851, 1, 600). En sentido contrario, Orleáns, 3 de Abril de 1852 (Sirey, 1852, 2, 202). Compárese Demolombe, t. XXVI, pág. 183, núm. 227.

2 París, 16 de Julio de 1829 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,513, II).

do se ha estipulado, y después agrega que á falta de estipulación se debe examinar si la intención de las partes fué de obligarse solidariamente.

Si la Corte hubiera consultado el Código Civil, habría leído todo lo contrario, porque el art. 1,202, después de haber dicho que la solidaridad debe ser estipulada expresamente, agrega: "Esta regla no recibe excepción sino en el caso en que la solidaridad tenga lugar de pleno derecho, en voluntad de una disposición de la ley." Así, pues, no hay más que dos casos de solidaridad, la que se estipula expresamente y la establecida por la ley. La Corte admite otra solidaridad, la que está en la intención de las partes contratantes; mas esta pretendida solidaridad no es más que la solidaridad convencional, y para que exista, no es suficiente la intención, es preciso, además, que ésta sea declarada expresamente. En un caso, dos legatarios distintos, mas con interés común, defendieran juntos, en nombre colectivo, como lo dice la sentencia, y siendo considerados como obligados conjuntamente para cumplir la voluntad del difunto. En sus interrogatorios, hicieron declaraciones conformes, y conclusiones delante de la Corte en nombre colectivo. (1) ¿Y qué importa? Esto sólo prueba que sus intereses eran los mismos; pero, ¿será suficiente la comunidad de intereses para que haya solidaridad? No es esta, ciertamente la teoría del Código.

La Corte de Casación se deja llevar algunas veces por esta vía extralegal. Un padre se obligó para con un maestro para la educación de sus hijos; ésta ha demandado y la madre lo estaba también, por lo que el tribunal los condenó solidariamente providenciando por violación del artículo 1,202. La Corte denegó la disposición, porque los pa-

1 Caen, 12 de Marzo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 456, I).

dres se obligaron juntos, y, por consiguiente, á una obligación que les era común, puesto que se trataba de la educación de sus hijos. (1) De que dos personas tengan la misma obligación ¿se deduce que son deudores solidarios? Hé aquí otro nuevo caso de solidaridad que la ley ignora igualmente y que de ninguna manera pertenece al juez establecer.

285. ¿Tiene algunas excepciones el principio establecido por el art. 1,202 en materia mercantil? No hay más excepción que aquellas que la ley emite formalmente. En cuanto á la regla que exige que la solidaridad sea estipulada expresamente, es general y resulta de la esencia misma de las obligaciones (núm. 280). No hay ninguna razón para limitar la aplicación de las materias civiles, y aunque se ha sostenido la opinión contraria, (2) es inútil refutarla porque está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Remitimos al lector á una excelente disertación de M. Massé. (3)

286. El art. 1,201 dice: "La obligación puede ser solidaria, aunque uno de los deudores esté obligado deficientemente del otro al pago de la misma cosa; por ejemplo, si uno no se obligó mas que condicionalmente, mientras que la obligación del otro es pura y simple, ó si uno tiene un término que no tiene el otro." Podría creerse que estas modificaciones impiden la unidad de la deuda, y que, por consiguiente, están en contradicción con la naturaleza de la solidaridad. Pothier desvanece esta duda diciendo que la obligación solidaria es una con relación á

1 Denegada casación, 12 de Enero de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*) núm. 1,355, 1). En el mismo sentido, Nimes, 15 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 183).

2 Entre otros por Rodière, págs. 175 y siguientes.

3 Massé, *Derecho Mercantil*, t. III, pág. 411, núms. 1,908-1,916. Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 1,358-1,360.

la cosa que es objeto del contrato, más que se compone de tantos lazos cuantas son las personas que contrataron, y siendo estas personas diferentes entre sí, los lazos que las obligan son otros tantos lazos diferentes que pueden, por consiguiente, sufrir distintas modificaciones. (1) Cuando se trata del término ó de la condición, apenas se puede decir que está modificada la obligación solidaria; porque el término no hace más que emplazar el cumplimiento de la obligación que conserva todos sus caracteres y todos sus efectos; de aquí resulta, en caso de solidaridad, que el acreedor no puede perseguir inmediatamente á los codeudores que estipularon el término, mientras que puede perseguir á los deudores puros y simples. Si uno de los deudores solidarios se obliga bajo condición suspensiva, no hay, á decir verdad, ninguna modificación. Cuando la condición se realiza, la obligación del deudor condicional ha existido desde el principio siendo considerada como pura y simple; si falta la condición, la obligación no ha existido jamás.

El lazo solidario parece más interrumpido cuando uno de los codeudores es incapáz, como un menor ó una mujer casada; en este caso el incapáz tiene una acción en nulidad y si hace anular la obligación que contrajo, jamás habrá sido deudor: es preciso para ésto que demande la nulidad en los diez años, si no lo hace, la obligación aunque viciada, producirá todos sus efectos porque la prescripción de diez años es una confirmación. (2)

### Núm. 3. De la solidaridad legal.

287. La solidaridad legal, dice el art. 1,202, es aquella

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 263.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 213, núm. 134 bis. I. Durantón, t. XI, pág. 223, núm. 189. Larombière, t. II, pág. 586, núm. 3 del art. 1,261 (Ed. B., t. II, pág. 37).

que tiene lugar de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley. ¿Será necesario una disposición expresa? Estamos admirados de ver sentada la cuestión, y más admirados aún, de verla decidida negativamente por excelentes juristas. (1) ¿La solidaridad no es en su esencia una excepción, y no demanda toda excepción una disposición formal? Llama la atención la diferencia de redacción entre la primera y la segunda línea del art. 1,202. La primera línea, que habla de la solidaridad convencional, dice que se estipule expresamente, mientras que la segunda admite la solidaridad legal en todos los casos en que resulte de una disposición de la ley, sin exigir que la disposición sea expresa. El argumento no tiene ninguna fuerza, y lo hemos contestado antes. Toda solidaridad tiene una excepción; así, pues, toda solidaridad debe ser expresa y de estricta interpretación, y lo mismo todos los casos en que, por excepción, un hecho jurídico tiene lugar de pleno derecho. Los intereses no se deben sino desde el día de la demanda, excepto en el caso en que la ley los hace correr de pleno derecho (art. 1,153); y para que el interés sea legal, ¿es precisa una disposición expresa? Lo que el Código dice de la presunción legal, se aplica también a la solidaridad legal; el art. 1,350, dice que es necesaria una ley "especial" para que haya presunción "legal," y lo mismo sucede con la hipoteca legal (art. 2,117; ley hip., artículo 44). ¿Se concibe que haya una hipoteca legal sin un texto que la establezca formalmente? No hay solidaridad legal sin un texto expreso. En cuanto a la diferencia de redacción entre la primera y la segunda línea del artículo 1,202, es insignificante; lo que prueba es que aun cuando la ley no diga que la solidaridad convencional debe ser estipulada expresamente, se debe admitir, sin embargo,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 22, nota 13, pfo. 298 *ter*. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 192, núm. 251.

ese principio, porque procede de la naturaleza misma de la solidaridad, y, por consiguiente debe aplicarse á toda solidaridad legal ó convencional. No encontramos ninguna razón que justifique la diferencia que se pretende establecer entre la solidaridad estipulada por las partes y la establecida por la ley.

288. De aquí resulta que el caso de solidaridad legal sea de estricta interpretación. Hé aquí una aplicación elemental del principio. El art. 2,002 declara solidarios de pleno derecho los mandantes conjuntos para un negocio común. El agente de negocios que gira los intereses comunes de varias personas, ¿tendrá una acción solidaria contra ellas? Si se pudiera invocar la analogía en esta materia, se podría decir que esas personas están obligadas solidariamente, lo mismo que los mandantes, porque la analogía es grande entre el mandato y la gestión de negocios. Las obligaciones del agente, son las mismas que las del mandatario (art. 1,372). ¿No se podría deducir que tiene los mismos derechos? Mas no se entiende de las disposiciones excepcionales, aun cuando haya analogía. Es preciso decidir, pues, que el gerente no tiene ninguna acción solidaria contra las personas cuyos poderes tiene. (1) Veremos más adelante una aplicación muy importante del mismo principio, tratando de lo que se llama la solidaridad imperfecta.

289. ¿Cuáles son los casos en que hay solidaridad legal? Vamos á enumerarlos remitiendo la explicación de los artículos á los títulos sobre que se asienta la materia. Examinaremos, también, adelante, la cuestión de saber si todos los casos de solidaridad legal están sometidos á los principios generales de la solidaridad convencional.

Cuando una viuda contrae segundo matrimonio, su nue-

1 Durantón, t. XI, pág. 251, núm. 204 y todos los autores.

vo esposo es responsable solidariamente con ella de las consecuencias de la tutela, si la ha conservado por consejo de familia, ó si la ha administrado ilegalmente. (artículos 395 y 396).

Los ejecutores testamentarios son responsables solidariamente de la cuenta del mobiliario, pues la toma de posesión se les otorgó (art. 1,038).

Cuando los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad, el que sobrevive debe hacer inventario, y el segundo tutor que no estaba obligado, es considerado solidariamente con el de todas las condenas que pueden sobrevenir á los menores (art. 1,442).

Según los términos del art. 1,734, si hay varios arrendatarios, todos son solidariamente responsables de un incendio.

Si varios toman prestada la misma cosa, son solidariamente responsables para con el que la prestó (artículo 1,887).

Cuando el mandatario ha sido constituido por varias personas para un negocio común, cada una de ellas es considerada solidariamente para con él de todos los efectos del mandato (art. 2,002).

290. Hay en materia comercial, casos de solidaridad legal; los citamos porque son los más frecuentes en donde hay solidaridad.

Los asociados en nombre colectivo indicados en la escritura de sociedad, son solidarios para todas las obligaciones de la sociedad (Código de Comercio arts. 140 y 187).

291 En fin, hay casos de solidaridad legal en materia de delitos. Todos los individuos condenados por un mismo crimen ó por un mismo delito, son considerados solidariamente en los castigos, restituciones, daños y perjuicios y costas (Código Penal art. 55).

La condenación á las costas, en materia criminal, co-

rreccional y de policía, se pronuncia solidariamente contra todos los autores ó cómplices del mismo hecho (Decreto del 18 de Junio de 1811, art. 156).

El nuevo Código Penal Belga reunió modificándolas, estas disposiciones. (art. 50). "Todos los individuos condenados por una misma infracción, están obligados solidariamente á restituciones y daños y perjuicios, así como á las costas si han sido condenados por el mismo juicio ó sentencia" Dejemos á un lado las restricciones que el Código hace de esta última disposición, porque la materia es fuera de nuestro trabajo.

292. ¿Pueden las partes interesadas derogar las disposiciones que establece la solidaridad de pleno derecho? Es preciso aplicar el principio consagrado por el art. 6: si la disposición es de orden público ó de interés general, no está permitido á los particulares derogar, mientras que pueden hacerlo con las leyes que son de interés privado. La solidaridad que la ley penal establece, es esencialmente de interés público, puesto que es una consecuencia de la infracción á una ley que tiene por objeto la conservación del orden social; y lo mismo sucede con la solidaridad comercial cuyo fin es dar plena seguridad á los comerciantes, y, por consiguiente, garantizar un interés público, el del comercio. En cuanto á la solidaridad civil concierne á los intereses puramente privados: tal es la solidaridad de los prestatarios conjuntos y de los mandantes; cuyos contratos, por la naturaleza misma establecida por la ley, es extraña al orden público porque en materia de contratos la ley no hace más que preveer lo que las partes quieren, y estas pueden querer lo contrario de lo que el legislador presume. Luego la solidaridad se pronuncia á título de pena: tal es la solidaridad del marido cotutor, y de la madre tutora, la del tutor en segundo lugar y la de los arrendatarios. Falta la solidaridad de los ejecutores testamentarios;

podrá el testador dispensarlas? Nos parece que la negativa resulta de la naturaleza misma del poder que el testador da en interés de los legatarios. Insistiremos en lo que se ha dicho en el título "De los Testamentos."

293. Se presenta, en materia de solidaridad legal, la siguiente cuestión muy importante y muy controvertida: si los coactores de un delito ó de un cuasidelito están obligados solidariamente á daños y perjuicios, y cual es el carácter de esta responsabilidad. Emplazamos el examen de la dificultad para más adelante, porque es una cuestión muy general la de saber si hay una solidaridad imperfecta que difiere de la solidaridad definida por el Código.

§ II.—EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ENTRE EL ACREEDOR Y LOS DEUDORES SOLIDARIOS.

Núm. 1. Derechos del acreedor.

294. Pothier dice que cada deudor solidario es como si fuera el único deudor. Hé aquí uno de los aspectos de la solidaridad, y tiene otro. Los diversos deudores son codeudores y existe entre ellos un lazo, ¿cuál es este lazo? Pothier no formula esta parte del principio, se limita á decir que el hecho de cada deudor sostiene la obligación, pero no puede aumentarla. ¿De dónde se deriva el carácter de la solidaridad? Se explica generalmente la solidaridad entre codeudores por el principio que rige la solidaridad entre acreedores, es decir, por la teoría de la sociedad y del mandato. La deuda solidaria supone un mandato dado y recibido, por cada uno de los codeudores, para representar á los otros, mandato convenido en interés del acreedor, hecho condicionalmente, por el crédito que concedió á los deudores; este mandato es una cláusula esencial del contrato, é irrevocable como todo convenio. De este mandato resulta la segunda parte del principio que rige la soli-

daridad: la deuda solidaria se contrae por muchas personas asociadas, de manera, que respecto al acreedor, no forman más que una sola persona que representa á todos los codeudores. (1)

La teoría del mandato, explica la mayor parte de los efectos que produce la solidaridad de los codeudores. No puede decirse que los autores del Código la hayan aplicado siempre. Han hecho á un lado la doctrina tradicional en lo que se refiere á la demanda de intereses: formulada ésta, contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos (art. 1,207). Esta disposición deroga el principio del mandato, pues los codeudores no se dan, ciertamente el mandato para aumentar la deuda, y, sin embargo, la deuda se aumenta por la condenación en los intereses pronunciada contra uno de los codeudores. Por tanto, si se quiere sostener la teoría del mandato, no puede hacerse sino con una reserva.

Hay dos elementos en la obligación solidaria que sólo pueden explicarse por un doble principio. Por una parte, hay muchos codeudores, lo que supone tantos lazos como personas obligadas hay. Por otra parte, la deuda es única, puesto que todos los codeudores deben una misma cosa y la deben por el todo. Hay, pues, al mismo tiempo, un lazo múltiple y único de la deuda. Hay un lazo múltiple, porque hay muchos codeudores, pero este lazo no se divide entre ellos, pues cada codeudor está obligado por toda la deuda como si fuese el único obligado. Hé ahí la primera faz de nuestro principio. La unidad de la deuda hace que estos diversos lazos no formen sino uno solo, de suerte que los diversos codeudores son considerados como una sola persona y un mismo deudor, en el sentido de que están

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 270. Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 560 y 561.

obligados los unos por los otros y cada uno por todos por el total de la deuda. De ahí, el carácter distintivo de la solidaridad: lo que se ha hecho con uno de los codeudores, ó por él, es como si se hubiese hecho con todos ó por todos los otros; esto es más que un mandato, más que una representación; en la teoría del Código, esto es la identidad de los codeudores que consienten en no formar más que una misma persona, respecto del acreedor. (1)

### 1. Derecho de demanda.

295. Según el art. 1,200, los deudores solidarios están obligados á una misma cosa, de manera que cada uno puede ser estrechado por el total. Es decir, que el acreedor puede perseguir á cada uno de los codeudores, por el total, como si fuese el único obligado; él puede, dice el art. 1,203, dirigirse al deudor que quiera elegir, y el art. 1,204 agrega que las demandas hechas contra uno de los deudores no impiden al acreedor ejercer otras contra los otros deudores. Esta disposición es una consecuencia tan evidente del principio de la solidaridad, que no se comprende que el legislador haya juzgado necesario formularla. Los autores del Código la han tomado de Pothier sin reflexionar que en libro de doctrina el autor puede y debe decir cosas que un Código no debe reproducir. Pothier vivió también bajo el imperio del derecho romano; y en el antiguo derecho de Roma, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los deudores solidarios, los otros quedaban libres: esta fué una consecuencia de la *litis contestatio* que suponía la novación de la deuda. La acción extinguía el crédito primitivo y daba nacimiento á un nuevo crédito; este nuevo crédito nacido de la acción, sólo existía contra el deudor que había sido designado, y de ahí, la liberación de

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, págs. 24, 26 y 28 (pfo. 228 ter.

los otros que no habían sido designados. Justiniano abrogó esta novación judicial, y en nuestro derecho jamás fué admitida. Pothier, por tanto, hubiera podido pasar en silencio la constitución de Justiniano, y con mayor razón, los autores del Código nada debieron decir. (1).

296. ¿El deudor perseguido puede pedir que sean llamadas al juicio sus codeudores con el objeto de hacer dividir la condenación? Dirémos más adelante que la ley concede este derecho al deudor de una obligación indivisible (artículo 1,225), y el art. 1,203 lo niega al deudor solidario; éste no puede oponer el beneficio de división al acreedor que le persigue. La razón es bien clara, y es, que cada deudor solidario está obligado como si fuese el único deudor (núm. 294); ¿cómo podría demandar la división de la condenación cuando se ha obligado á pagar toda la deuda? Es cierto que hay una analogía aparente entre la situación de los codeudores solidarios y la de los fiadores, puesto que cada uno de ellos, lo mismo que los fiadores, en definitiva, sólo debe soportar su parte en la deuda; y como los fiadores gozan del beneficio de división, (art. 2,026), hubiera podido concluirse que los deudores solidarios deben tener el mismo derecho. Esta puede ser la razón por la que Pothier se expresa con alguna duda sobre este punto. “Ni aun pienso, dice, que los codeudores solidarios tengan el beneficio de división, es decir, que uno de ellos, á quien el acreedor demanda el total, pueda ser admitido, ofreciendo su parte, á pedir que el acreedor se dirija á cada uno de los otros deudores reclamándoles su parte, cuando son solventes.” El principio de la solidaridad basta para decidir la cuestión, y á pesar de las apariencias, hay una profunda diferencia entre los fiadores y los deudores solidarios; jamás se ha dicho de los fiadores que se obli-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 271. Mourlón; t. II, páginas 561 y siguientes. Colmet de Santerre, t. V, pág. 220, núm. 137 bis.

gan por el todo, como si cada uno fuese el único fiador; su intención es enteramente contraria; en tanto que la solidaridad tiene precisamente por objeto, dar al acreedor una acción por el total contra cada uno de los deudores, y, por tanto, la solidaridad excluye toda división de la deuda. (1)

297. ¿El deudor solidario perseguido por el acreedor, puede demandar que sean llamados al juicio sus codeudores, con el objeto de hacer establecer el recurso que tendrá contra ellos si paga toda la deuda? Pothier enseña que los codeudores solidarios, á diferencia del codeudor de una obligación indivisible, no tienen este derecho, y están obligados á pagar, dice, como si fuesen interpelados. (2) Esta es una consecuencia lógica del principio de la solidaridad. Cada deudor está obligado como si fuese el único deudor, y esto excluye todo plazo para llevar garantías al juicio. ¿Debe seguirse la opinión de Pothier bajo el imperio del derecho nuevo? Esta es nuestra idea. Puesto que es una consecuencia de la solidaridad, debe admitírsela; es cierto que los autores del Código no la han consagrado, pero esto sería inútil; pues se necesitaría una disposición formal para no admitirla. Se pretende que esta disposición existe en el Código de Procedimientos, cuyo art. 175 dice: "El que pretenda tener derecho de pedir garantía, está obligado á hacerlo en los ocho días siguientes á la demanda." ¿Esta disposición decide la cuestión? Se limita á reglamentar un punto de procedimientos, ó sea el plazo en el cual el recurso de garantías debe ser solicitado. ¿Quién puede demandar la puesta en causa? El Código de Procedimientos no responde á esta cuestión. Se expone, en principio, que todos los que tienen derecho á la garantía,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 218, núm. 136 bis, I. Pothier, núm. 272.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 330.

pueden llevar al juicio á los fiadores. Nosotros admitimos el principio, pero dudamos que el deudor solidario pueda invocarlo. Inútilmente se dice que tiene el más grande interés, pues de este modo evitará un nuevo juicio, en el que podría sucumbir; el interés es evidente, pero el derecho del acreedor está sobre el interés del deudor. Se dice también, que el acreedor ningún perjuicio sufre, puesto que el plazo para llevar al juicio á los fiadores no es más que de ocho días. Todo plazo puede ser perjudicial al acreedor, y, en todo caso, esto no es una cuestión de perjuicio, sino un derecho que el acreedor tiene por la solidaridad, y que puede ejercer sin que pueda oponérsela la falta de interés. (1)

298. ¿La obligación que la deuda solidaria impone á los deudores de pagar el total de la deuda, les da también un derecho contra el acreedor? Que cada uno tenga el derecho de pagar el total de la deuda, esto no es dudoso; el deudor tiene el derecho de pagar lo que el acreedor tiene el derecho de demandar. ¿Pero tendría el deudor el derecho de pagar el total, si el acreedor sólo le demandase un pago parcial? La cuestión se ha presentado ante la Corte de Casación, en un caso en que el cesionario del crédito hubiera tenido interés en la división de la deuda; la Corte juzgó que este interés no le dió derecho alguno á la división, porque representando al acreedor primitivo no pudo hacer más que lo que el acreedor hubiera podido hacer. (2) Esto nos parece dudoso. Es cierto que la extipulación de la solidaridad excluye la división de la deuda, pero esto es en interés del acreedor; y no podría renunciar al beneficio

1 En sentido contrario, todos los autores (Colmet de Santerre, tomo V, pág. 219, núm. 136 bis, II. Demolombe, t. XXVI, pág. 251, núm. 316.

2 Denegada casación, 15 de Marzo de 1827 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,389). Compárese Larombière, t. II, pág. 216, núm. 4 del art. 1,204 (Ed. B., t. II, pág. 48).

de una cláusula cuando esta cláusula llegara á serle perjudicial? La ley dice también que el deudor perseguido no puede demandar la división, y no dice que el acreedor no pueda reclamar un pago dividido.

299. ¿Qué excepciones puede oponer al acreedor el deudor perseguido? El art. 1,208 responde á la cuestión; distingue tres especies de excepciones: las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación, las que son comunes á todos los codeudores y las personales. Se entiende en esta materia por excepciones, no las que se refieren al procedimiento, sino las defensas en cuanto al fondo; esto resulta del carácter mismo de las diversas excepciones que admite la ley.

El codeudor solidario perseguido, puede, desde luego, oponer al acreedor todas las excepciones que resultan de la "naturaleza de la obligación," es decir, las causas de nulidad ó de inexistencia de la deuda, porque estas causas no están establecidas sólo en favor de la persona de uno de los deudores. La falta de consentimiento es una causa de inexistencia de la deuda; si ninguno de los deudores ha consentido, cada uno de ellos puede oponer, al acreedor que le persigue, que no hay deuda. Pero si solamente uno de los deudores no ha consentido, él solo podrá alegar la inexistencia de la obligación. Las excepciones de la naturaleza de la obligación, ordinariamente son comunes á todos los codeudores; por ejemplo, cuando la deuda carece de objeto ó de causa, ó es un contrato solemne desprovisto de las formalidades prescriptas por la ley. Cuando la obligación es inexistente ó nula respecto de todos, cada uno de los codeudores naturalmente tiene el derecho de oponerse. Las excepciones á todos los codeudores no se desprenden todas de la nulidad ó de la inexistencia de la obligación; si así fuese, el Código hubiera errado al distinguir dos especies de excepciones, pues se confundirían. Hay también

excepciones comunes que nacen de la extinción de la deuda. Cuando ésta se extingue de una manera absoluta, cada uno de los deudores puede, naturalmente, oponer al acreedor que no hay deuda. Pero la extinción puede no ser absoluta, en el sentido de que no todos pueden alegarla. Volveremos á ver esta materia, que no carece de dificultad.

El art. 1,208 dice que el codeudor solidario puede también oponer todas las excepciones que son "puramente personales" á algunos de los otros codeudores. Que el deudor pueda oponer las excepciones que le son personales, esto no es dudoso, pues si es menor, puede demandar la nulidad de la obligación por causa de minoridad, y lo mismo por otras causas de incapacidad. Tendría también una excepción personal si el consentimiento de uno de los deudores estuviese viciado por el error, la violencia ó el dolo, y podría demandar la nulidad de la obligación por razón de este vicio. El modo como uno de los codeudores se obliga, le da también una excepción personal. El que se obliga bajo condición ó á término, no puede ser perseguido mientras la condición no se cumpla, ó el término no se venza. (1)

Las excepciones personales dan lugar á dificultades. Suponiendo que el acreedor se dirige al deudor que puede oponer la excepción personal, y que éste se la opone, quedará libre si la obligación es anulada. El acreedor demanda en seguida á otro deudor solidario: ¿este puede oponer la excepción de nulidad por la parte del codeudor que ha quedado libre? La cuestión es controvertida. En nuestro concepto, el vendedor no puede oponer la nulidad de la obligación contraída por su codeudor; (2) su preten-

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 24 y siguientes, pfo. 298 *ter*, Colmet de Santerre, t. V, págs. 227 y siguientes, núm. 142 *bis*. Demolombe, t. XXVI, pág. 318, núms. 380-382.

2 Larombière, t. II, pág. 646, núm. 10 del art. 1,208 (Ed. B., tomo II, pág. 60).

sión sería contraria al texto y al espíritu de la ley; al texto, porque el art. 1,208 dice, en términos absolutos, que el codeudor solidario no puede oponer las excepciones que son puramente personales á sus codeudores; al espíritu, porque cada codeudor es considerado como si fuese el único deudor, y por tanto, al ser perseguido debe pagar toda la deuda. Se objeta que el deudor ha debido contar con el recurso que tendrá contra sus codeudores, y en el caso, no tendrá este recurso y resultará que estará obligado á soportar más que su parte individual en la deuda solidaria, lo que es contrario á la esencia de la solidaridad (artículo 1,213. (1) Este razonamiento sería excelente si la obligación de los deudores solidarios fuese condicional, es decir, si sólo se obligasen con la condición de tener un recurso contra sus codeudores. Pero su obligación es pura y simple; respecto del acreedor cada uno está obligado por toda la deuda, y el acreedor tiene el derecho de exigir el pago total. Si el deudor le opone que no tiene recurso contra el codeudor que ha hecho anular su obligación, el acreedor le responderá: “¿Qué me importa? El recurso que un deudor tiene contra su codeudor no me concierne, yo tengo una acción por el total contra cada uno de los codeudores, y yo uso de mi derecho, no es á mi á quien toca velar por los derechos é intereses de los codeudores, esto pertenece á ellos: así lo quisieron contratando con quienes se obligaron, aunque no lo hayan hecho sino bajo la condición de los recursos.” Hé aquí el derecho estricto del acreedor. Se objeta que hay también culpa por parte del acreedor y que cada deudor tiene el derecho de oponerle esta culpa hasta el concurso de parte del deudor que hace anular su obligación (2) ¿Que hay culpa? ¿Cuál es, pues, la obligación que

1 Compárese Demolombe, t. XXVI, pág. 323, núms. 387 y siguientes.

2 Rodière, pág. 62, núm. 77.

el acreedor contrae para con los codeudores y que deja de cumplir? ¿Se obliga á asegurar el recurso que los codeudores tienen entre sí, cuando este recurso le es del todo extraño? No tiene ninguna obligación para con los codeudores, y puede haber culpa donde no hay obligación?

300. Supongamos, sin embargo, que el acreedor, en lugar de dirigirse á aquél de los deudores que tiene una excepción personal que oponerle, demanda á otro deudor solidario á quien es extraña esa excepción, ¿podrá éste valerse de la excepción personal del primero? Que no lo puede invocar por el total, es evidente, puesto que el Código lo dice: “El codeudor solidario no puede oponer las excepciones que son puramente personales á algunos de los otros codeudores” (art. 1,208). Mas, ¿no podrá valerse por la parte que su codeudor debe reportar en la deuda? Respondemos que nó por los motivos que hemos expuesto (número 299), pues la cuestión es la misma en el fondo. ¿Qué importa que el deudor que tiene una excepción personal haya hecho anular su obligación, ó que no haya opuesto la excepción, no pudiendo el acreedor obrar contra él? Los términos absolutos del art. 1,208 no le permiten oponer una excepción personal á su codeudor y el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto.

Hay autores que distinguen. Si el codeudor ha conocido ó debido conocer, al contrator, las causas de las excepciones que opone al acreedor, si será ó no admisible y si deberá pagar toda la deuda aunque no tenga recursos, porque se obligó sabiendo que no tendría recursos: este es el caso en que uno de los deudores se considera como menor, y los otros codeudores deben conocer la menor edad de aquel con quien se obligaron, haciendo sacar un extracto de su fé de nacimiento. Mas si no han podido conocer la causa de la excepción personal que pertenece á su co-

deudor, pueden oponer la excepción por parte de ese deudor, y la razón es que, en ese caso, debieron haber contado con el recurso que la ley les da, para no ser engañados ni perjudicados si no lo tienen. (1) A este argumento oponemos el texto de la ley: dice el artículo 1,208 que los codeudores no pueden oponer la excepción personal, y se le hace decir que pueden oponerla con cierta medida. La distinción altera el texto y es también contraria al espíritu de la ley porque deroga la solidaridad. La ley dice que cada deudor solidario está obligado por el total y sin que pueda oponer el acreedor una excepción personal á sus codeudores; y se le hace decir que el acreedor no tiene acción por el total, en el caso en que el deudor no tuviera conocimiento de la excepción personal al tiempo del contrato. El recurso mira los productos de los codeudores entre sí, no los del acreedor con sus deudores; el deudor no puede oponer al acreedor más que las excepciones que le son personales, y no las que son personales á sus codeudores.

301. ¿Estos principios se aplican á todas las excepciones? La ley parece distinguir entre las excepciones "personales" y las excepciones "puramente personales," y solamente á estas últimas se aplica, dicen, la segunda línea del artículo 1,208. Diciendo que el codeudor no puede oponer las excepciones que son "puramente personales" á algunos de sus codeudores, la ley dice implícitamente que puede oponer las excepciones que son personales, más no las que son puramente personales. Presentada así la distinción, nos parece muy dudosa. Es argumentar al silencio de la ley, argumentación muy incierta siempre, y es también llegar á una conclusión que creemos inadmisibles. En efecto, es hacer decir á la ley que el codeudor puede oponer

1 Moulón, t. II, págs. 566 y siguientes. Demolombe, t. XXVI, pág. 325, núm. 388.

la excepción personal de sus deudores, tanto por el total como por su parte, cuando todos los deudores solidarios tuvieran los mismos derechos en cuanto á esta excepción personal, y si así fuera, la excepción no sería ya personal, sería común. (1)

Esto no quiere decir que rechasemos la teoría en sus aplicaciones; creemos que se la ha formulado mal. M. Larombière cree que las pretendidas excepciones personales que pueden ser invocadas por todos los codeudores, por la parte de aquel á quien pertenecen, son en realidad, excepciones comunes á todos. En efecto; ¿cuáles son estas excepciones personales que aprovechan á los otros codeudores, al menos por la parte de aquel que sólo pueda invocarlas por el total de su obligación? Son estos ciertos modos de extinción de las obligaciones que reducen la obligación de los codeudores solidarios hasta la concurrencia de la parte de aquel en cuyo provecho se extingue del todo la deuda.

El acreedor hace remisión á uno de los codeudores solidarios de la deuda: esta es una excepción personal en el sentido de que el deudor á quien el acreedor ha remitido la deuda, sólo puede alegarla por el total; pero el artículo 1,285 agrega que en este caso, el acreedor no puede ya repetir la deuda, sino con deducción de la parte de aquel á quien ha hecho la remisión. Es decir, que los otros deudores pueden invocar esta excepción por la parte del deudor que ha quedado libre. La razón está en que si los codeudores debían pagar toda la deuda, tendrían un recurso contra el deudor liberado, quien por consiguiente, no estaría enteramente libre; y el acreedor ha querido librarle lo que no puede hacerse sino extinguiendo parcialmente la deuda. Así, pues, á decir verdad, no se trata de una ex-

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 226 y 228, núms. 142 y 142 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 319, núms. 382 y 383.

cepción personal, sino de una excepción que obra sobre la deuda y que la extingue por parte respecto de todos.

Lo mismo sucede cuando uno de los codeudores llega á ser el heredero del acreedor. Este codeudor está liberado, porque tiene una excepción que él solo puede oponer al acreedor. Pero los otros codeudores pueden invocar esta excepción por la parte del codeudor heredero (art. 1,209). La razón es idéntica á la que acabamos de dar; la confusión extingue la deuda, pero la extinción no es total respecto de los coobligados, sólo es parcial; y, por tanto, á decir verdad, no hay en esto, excepción personal; hay un modo de extinción que obra por el total respecto de uno de los codeudores, y en parte, respecto de los otros. (1) Tales son las únicas excepciones personales que pueden ser invocadas por los otros codeudores. Se expresa mal, expresándose así. Lo que hay de personal en estas excepciones, es que solamente uno de los deudores es liberado del todo, y en este sentido la excepción no puede ser invocada por los otros; pues estos sólo pueden alegarla por la parte del deudor liberado, y en este sentido, la excepción les es común. Se puede, pues, decir que estas excepciones son al mismo tiempo personales y comunes.

302. Se ha preguntado si los contratos en que se conceden esperas y prórrogación, constituyen excepciones personales en provecho del codeudor que ha obtenido las esperas ó el convenio. La cuestión está mal planteada. Se entiende por excepción una dispensa que resulta del contrato ó de la extinción de la obligación. Y las esperas y las prórrogas son extrañas del contrato primitivo. Es en virtud de un acuerdo posterior, ó en virtud del beneficio de la ley por lo que uno de los deudores obtiene un plazo ó una prórroga. Y esto sin decir que el convenio

1 Larombière, t. II, pág. 643, núm. 7 (Ed. B., t. II, pág. 59). Demolombe, t. XXVI, pág. 320, núm. 383.

ó el fallo que concede este favor á uno de los deudores no puede ser invocado por los otros codeudores, puesto que los convenios y los fallos no tienen efecto respecto de terceros, y los codeudores son terceros en el sentido de que lo que pasa entre uno de sus codeudores y sus acreedores, les es extraño, á menos que la deuda se extinga. Se ha juzgado que la mujer obligada solidariamente con su marido comerciante, no puede alegar un convenio de esperas hecho entre su marido y sus acreedores, convenio en que ella no ha sido parte: la mujer pretendió que debía aprovechar los plazos concedidos á su marido para el pago de la obligación que había suscrito juntamente con él; la Corte de París respondió que esta pretensión era contraria á los principios que rigen los efectos de los contratos. (1) La Corte de Lieja ha dado una decisión análoga en materia de prórrogas. (2) Según nuestra legislación, la prórroga se concede por la Corte, cuyos fallos no aprovechan á los terceros como tampoco les perjudican. Tratando de la cosa juzgada, veremos si los deudores solidarios pueden alegar un fallo rendido vendido en favor de uno de sus codeudores, y si pueden alegarlo contra ellos cuando el fallo trata sobre el objeto de la deuda. La prórroga sólo se concede por consideraciones personales.

303. La aplicación de los principios que acabamos de exponer da lugar á una dificultad en materia de expropiación. En los términos del art. 2,209, el acreedor no puede perseguir la venta de los inmuebles que no le son hipotecados, sino en el caso de insuficiencia de los bienes que le han sido hipotecados. Se pregunta si el acreedor de una deuda solidaria, hipotecada por los diversos codeudores, puede, en caso de insuficiencia del inmueble hipotecado

1 París, 18 de Abril de 1815 (Dalloz, palabra *Competencia Mercantil*, núm. 229).

2 Lieja, 3 de Febrero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 156).

por uno de ellos, perseguir la venta de sus otros inmuebles, sin estar obligado á excusar previamente los inmuebles de los otros deudores, especialmente afectos al pago de su crédito? La afirmativa se ha juzgado y no nos parece dudosa. (1) En efecto, según el art. 1,203, el acreedor puede dirigirse al deudor que elija, y este deudor está obligado por el total de la deuda, como si fuese el único deudor (art. 1,200). Esto decide la cuestión.

### II. Interrupción de la prescripción.

304. El art. 1,206 dice que las demandas hechas contra uno de los deudores solidarios, interrumpen la prescripción respecto de todos. Esto es, dice Pothier, una consecuencia de que cada uno de los deudores es deudor del total, porque el acreedor, interpeándole, lo interpela por el total de la deuda, y, por tanto, se interrumpe la prescripción por el total, aun respecto de los deudores que no han sido interpelados, quienes no podrían oponer la prescripción al acreedor sino porque no hubiera usado de su derecho por la deuda de que están obligados; pero no pueden pretenderlo, porque la deuda de que están obligados, es la misma que aquella, por la cual su codeudor ha sido interpelado por el total. Doneau encontró ya esta argumentación insuficiente. ¿No es de principio que haya tantos lazos como deudores? ¿Siendo considerado cada uno como el único deudor, no debe ser interpelado cada uno para que la prescripción se interrumpa contra él? Lo que Pothier dice de la unidad de la deuda, sería cierto si ésta fuese indivisible, pero en materia de solidaridad, la unidad de la deuda no impide que cada deudor esté obligado por un lazo individual. Hemos dicho (núm. 294) que el prin-

1 Tolosa, 26 de Julio de 1834 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,397).

cipio de la solidaridad tiene también otra faz, y es que todos los codeudores son considerados como un solo deudor, ó si se quiere, están asociados, y como tales, se dan mandato para conservar la deuda en interés del acreedor, y por tanto, conservando su derecho contra uno de los deudores, el acreedor lo conserva necesariamente contra los otros. (1)

305. Se ha pretendido que el principio del artículo 1,206. no se aplica á las demandas judiciales, invocando el viejo adagio de que el fallo no perjudique á los que no han sido partes en el juicio. A este propósito está muy mal citado el adagio. En efecto, no es el fallo el que interrumpe la prescripción, es la citación judicial (art. 2,244); y, por tanto, es el acto del secretario que hace constar la demanda, el que tiene la fuerza de interrumpir la prescripción; así, pues, la prescripción se interrumpe respecto de todos, desde que la demanda se hace constar legalmente; y ésta lo es por un acto auténtico. La Corte de París ha juzgado en este sentido; (2) la cuestión no hubiera debido ni suscitarse.

306. ¿Cómo interrumpirá el acreedor la prescripción si uno de los deudores llega á morir? Si sólo deja un heredero, el acreedor podrá interrumpir la prescripción obrando contra él, porque el lazo de la solidaridad, al ser convencional, pasa á los herederos de las partes contratantes. Si el deudor deja muchos herederos, la deuda se divide entre ellos y cada uno solo está obligado solidariamente por su parte en la deuda. Síguese de ahí, que para interrumpir la prescripción por el total, el acreedor debe perseguir á todos los herederos ó á uno de los codeudores sobrevivientes. ¿Cuál será el efecto de la demanda hecha

1 Pothier, *Obligaciones*, núm. 272. Toullier, t. III, 2, pág. 449, número 829.

2 París, 6 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 204).

contra uno de los herederos? La prescripción será interrumpida contra él por su parte hereditaria, esto sin decir que también contra los codeudores del difunto; pero no se interrumpirá contra los otros herederos, porque los herederos no son solidarios entre sí, pues por el contrario, la deuda se divide entre los herederos, y, por tanto, debe interpelárseles á todos para que la prescripción se interrumpa respecto de todos. (1) Esta es la disposición del artículo 2,249.

307. El art. 2,249 equipara el reconocimiento de la deuda á la interpelación; en efecto, la ley coloca el reconocimiento que el deudor hace del derecho de aquél contra quien prescribe, entre los actos que interrumpen la prescripción (art. 2,248). Se sigue de ahí que si uno de los codeudores reconoce la deuda, este reconocimiento interrumpe la prescripción respecto de los herederos del codeudor antecesor.

Se ha pretendido lo contrario invocando la autoridad de Renusson. Esta es una sutileza fundada sobre el principio de la sociedad que existe entre los codeudores. ¿Sobre qué, dicen, está basada la interrupción? Sobre la sociedad que existe entre codeudores; mas esta sociedad se disuelve por la muerte; así, pues, no hay motivo jurídico para dar efecto al reconocimiento con respecto á los herederos del deudor.

La Corte de Pau negó esta doctrina, y el art. 2,249 la rechaza formalmente, puesto que asimila el reconocimiento á la interpelación; una y otra interrumpen la prescripción, en caso de fallecimiento de uno de los codeudores, por la parte de cada heredero, con respecto á todos si la prescripción se interrumpe contra uno de los codeudores. Decimos que el argumento sacado de la sociedad es una sutileza, porque hay sociedad, en el sentido que los diver-

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 300, núms. 359-360.

sos codeudores se representan unos á otros, pues mientras el lazo de solidaridad existe, hay sociedad entre los codeudores; solo el fallecimiento de uno de los deudores deshace el lazo de solidaridad, así como la sociedad. (1)

308. Para que el reconocimiento haga el efecto de interrumpir la prescripción con respecto á todos los codeudores, es preciso que sea hecho antes que la prescripción se cumpla. Si la prescripción es adquirida, el reconocimiento hecho por uno de los antiguos deudores, será inútil con respecto á sus codeudores. Esto no sería más que una interrupción de la prescripción, puesto que estando extinguida la deuda, no puede ser ya cuestión de prescripción; sería una renuncia á los efectos de la prescripción, y esta renuncia extraña á los que no han renunciado la deuda. Inútilmente se invoca la solidaridad, porque no la hay, puesto que ya no hay deuda. Esto es tan evidente, que admira que la cuestión haya sido debatida ante los tribunales. (2)

309. Uno de los codeudores reconoce una deuda sometida á una corta prescripción. Ese principio que la corta prescripción haga lugar, en este caso, á la prescripción de treinta años (art. 2,274). El reconocimiento produce este efecto para con el deudor que lo hace, y esto es evidente. ¿Será lo mismo con respecto á los otros codeudores? La Corte de Rouen lo juzgó así, (3) pero esto es un error (4) porque la prescripción es más que interrumpida, en el caso, es trastornada cambiando de naturaleza y resultando una

1 Pau, 18 de Mayo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 1,407).

2 Bruselas, 21 de Octubre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 313). Limoges, 19 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,404).

3 Rouen, 5 de Marzo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Prescripción*, núm. 6,023).

4 Aubry y Rau, t. IV, pág. 30, nota 33, pfo. 298 *ter*.

agravación singular para el deudor, puesto que, en lugar de prescribir á los seis meses ó un año, no prescribirá sino á los treinta años. Los codeudores se dan mandato de conservar la deuda, mas no se lo dan de aumentarla. Esto es decisivo.

### III. Constitución en mora.

310. Pothier asienta como principio que uno de los codeudores no puede, por su hecho, agravar la condición (1) de sus codeudores. En la teoría que resulta de la sociedad y del mandato, se dice que los codeudores se dan mandato de conservar la deuda, mas no de aumentarla. Es inútil recurrir á esta teoría que Pothier formula y que todo el mundo admite; porque no se obligó más que por su consentimiento; mas los codeudores solidarios consienten en la obligación que contrajeron en los límites de su contrato; pero no consienten en la extensión de una obligación por el hecho de un codeudor, porque esta sería una obligación sin consentimiento, lo que es absurdo.

El Código deroga este principio disponiendo que la demanda de intereses formada contra uno de los deudores solidarios haga correr los intereses con respecto á todos. Esta disposición no se concilia con la teoría del mandato.

Una deuda que no tiene interés es agravante cuando por el hecho de uno de los deudores viene á ser de intereses. No se sabe por qué los autores del Código difieren en este punto de la opinión de Pothier. Dicen que es por una consideración de utilidad práctica. Si los intereses no corren contra cada uno de los deudores más que por una demanda especial, el acreedor está obligado á demandar á todos, recayendo las costas sobre los deudores. ¿No será más sen-

1 Pothier, *Delas Obligaciones*, núm. 273. Auóry y Rau, t. IV, página 30, nota 30, pfo. 2,098 *ter*.

cillo evitar estos procesos y las costas que resultan, haciendo correr los intereses contra todos, por una sola demanda? (1)

Se ha ensayado conciliar el art. 1,207 con los verdaderos principios suponiendo un convenio tácito contra los deudores. Los deudores deben los intereses moratorios fijados á 5 p. c. por la ley del 3 de Septiembre de 1807, á título de daños y perjuicios, que resultan del retardo en el cumplimiento: es esta una pena tácita á la cual los codeudores solidarios se obligan en caso de que haya retardo en el cumplimiento, y quedan sometidas tácitamente por sólo que el retardo conste legalmente, es decir, por una demanda judicial dirigida contra uno de ellos. (2) La explicación es admisible en teoría, en el sentido que el legislador habría podido suponer esta intención en las partes contratantes; más el intérprete no lo puede si no es para explicar una disposición del Código; en efecto, esto será establecer, por vía de presunción, una obligación que no resulta del contrato y esto es contrario á todo principio.

311. La constitución en mora de uno de los deudores solidarios, ¿produce su efecto con respecto á todos los otros? Aquí la ley aplica el principio que los codeudores conservan la obligación por su hecho, más sin poder aumentarlo. Al menos, así es como se explica el art. 1,205. La ley supone que la cosa debida peca por culpa, ó durante la mera de uno de los deudores solidarios, y como de esta pérdida puede resultar un perjuicio para el acreedor, sobre otro recae la pérdida de la cosa debida, habiendo, en este caso, derecho de reclamar el precio de la cosa y aun de daños y perjuicios. ¿Y se reclamará el precio y los daños y perjuicios contra cada uno de los codeudores?

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 563 y siguientes.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 224, núm. 141 *bis*, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 293, núm. 349.

No, se puede reclamar el precio contra todos; en cuanto á daños y perjuicios, no puede repetirlos más que contra el deudor que tiene culpa ó está en mora. ¿Porqué puede reclamar el precio de la cosa que perece contra los que no están en mora ni tienen culpa? Por que es uno de los efectos de la solidaridad. Si los deudores no son solidarios, el hecho de uno de ellos, culpa ó mora, será extraño á los otros, y, por consiguiente, no serán responsables de la pérdida de la cosa; mas siendo solidarios se dan mandato de conservar la obligación, en el sentido que el acreedor, al conservar su derecho contra uno, lo conserva contra todos. ¿Por qué los codeudores obligados á pagar el precio de la cosa, no lo son á los daños y perjuicios? Porque esto agravaría su posición siendo obligados á más de lo que estaban ya, lo cual es contrario al principio de la solidaridad. (1) ¿Es conforme á los verdaderos principios esta distinción? Dumoulin es quien la ha propuesto, Pothier la reproduce y los autores del Código han seguido la guía habitual. ¿Sobre qué fundó Dumoulin su doctrina? ¿Sobre los principios de solidaridad? Nó, imaginó su distinción para conciliar dos leyes romanas, mas se ve que interpretó mal los textos del Digesto, consagrando el legislador, sin que pueda dndarse, una falsa interpretación de dos leyes romanas. Es cierto que en seguida buscó una explicación racional de la distinción que el art. 1,205 establece; más también esta explicación ha sido combatida. ¿Es bastante cierto que no se agrava la condición de dos prestatarios solidarios cuando uno se obliga á pagar el precio de un caballo que el otro hace perecer por su culpa? Y si él responde del precio, ¿porqué no responderá de los daños y perjuicios? Es preciso librarlo enteramente, ó conde-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 273. Toullier, t. III, 2, página 449, núm. 730.

narlo por todo. Esta última opinión es la que nos parece más conforme á la teoría de la solidaridad. (1)

312. ¿Que será preciso decidir si una pena ha sido estipulada para el caso de retardo? Se enseña que en ese caso todos los codeudores están obligados á la pena desde que alguno de ellos incurre en la demora. Esta decisión es jurídica; porque, en efecto, la pena es una cláusula del contrato y los deudores solidarios se obligan á pagarla desde que consta la demora y esto es con respecto á todos cuando uno de ellos ha sido constituido en mora. Se puede decir también que la falta de cumplimiento de la obligación es la condición bajo la cual los codeudores deben la pena, pues están obligados desde que hay demora legal, estando cumplida la condición. Esta es la doctrina de Pothier, seguida por todos los autores ¿No atestigua contra el art. 1,205, y la doctrina tradicional no está en contradicción con ella? La pena no es más que la valuación de los daños y perjuicios que resultan del retardo: ¿esta valuación de daños y perjuicios, cambiando la naturaleza puede influir sobre las obligaciones de los deudores? Nó, ciertamente. Sin embargo, según la opinión de Pothier, que el Código ha consagrado implícitamente, los deudores no están obligados á los daños y perjuicios que resultan del retardo cuando no son valuados por el convenio, y cuando lo son están obligados bajo el nombre de pena. (2)

*Núm. 2. De la solidaridad imperfecta.*

*I. ¿Hay solidaridad imperfecta?*

313. Hay autores que admiten dos clases de solidaridad,

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 221 y siguientes, núm. 139 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 393, núm. 349.

2 Pothier, núm. 273. Aubry y Rau, t. IV, pág. 29, nota 29, párrafo 298 ter.

la solidaridad perfecta que produce todos los efectos que acabamos de enumerar y una solidaridad imperfecta que no produce más que algunos de esos efectos. Debemos exponer esta teoría y combatirla; el debate es importante bajo el punto de vista de los principios: se trata de saber si los intérpretes pueden introducir en la ley distinciones que ella ignora, basándose sobre motivos de teoría ó sobre la tradición romana. Para nosotros la cuestión está decidida de antemano. Toda nuestra obra reposa sobre un principio, el respecto á la ley. Cuando la ley ha hablado, la razón debe someterse, salvo que se pida una revisión del Código. Mejor sería resucitar una tradición que sólo pertenece á la historia. Es preciso agregar que apenas se puede decir que haya una tradición y que ésta á penas, si la pueden invocar motivos racionales. Se ve hasta dónde llevan los autores el desdén del texto; y decimos mal, porque lo respetan, salvo haciéndole decir lo contrario de lo que realmente dice.

314. Los autores que enseñan que hay dos especies de solidaridad, no se entienden entre sí, ¿y cómo podrán entenderse cuando no hay ningún texto que reconozca la solidaridad que llaman imperfecta? En el silencio del Código, cada uno hace la ley á su gusto. Vamos ahora á oír á Mourlón, y después diremos cuál es el sistema de los señores Aubry y Rau.

La solidaridad es perfecta, dice Mourlón, cuando es convencional; los codeudores se asocian para obligarse juntos y puede suponerse que se conocen, puesto que forman una sociedad, y puede admitirse que consienten en hacer, con respecto al acreedor, una sola y misma persona representada por cada uno de ellos. La solidaridad legal es también perfecta cuando existe entre varias personas unidas por un interés común, que tienen productos frecuentes y que se conocen, por consiguiente: como el marido cotutor

y su mujer (art. 395), los ejecutores testamentarios (artículo 1,033), los prestatarios con uso de la misma cosa y los comandantes (art. 2,002).

Al contrario, la solidaridad legal es imperfecta cuando la ley la establece entre personas que no se conocen, que no hay entre ellas más que productos muy raros y que no se hacen codeudores más que por accidente. Tales son los diferentes arrendatarios de una casa incendiada (artículo 1,734); pues no puede admitirse que se hayan asociado siendo representantes unos de otros, cuando tal vez ni se han visto jamás; por consiguiente, no se concibe la sociedad entre ellos y la ley no puede suponerla. Lo mismo sucede con la solidaridad que existe entre los firmantes de una letra de cambio y entre las personas que cometen una misma infracción.

La solidaridad imperfecta produce efectos menos considerables que la solidaridad perfecta, porque solamente da al acreedor el derecho de demandar á cada uno de los deudores por el total; mas como no hay ningún lazo, ni ninguna asociación entre los codeudores, se sigue que no son representantes unos de otros para conservar los derechos del acreedor: deduciéndose aquí las consecuencias siguientes: la demanda hecha contra uno de los deudores no interrumpe la prescripción contra los otros; la constitución en mora de uno de los deudores, no tiene ningún efecto con respecto á sus codeudores; si la cosa pereció por culpa de uno de ellos, los otros son librados. (1)

315. Cuando, después de haber leído la exposición de esta doctrina, se abre el Código Civil, causa admiración no encontrar huella de la solidaridad llamada imperfecta; la palabra no quiere decir nada y la cosa mucho menos. Este silencio de la ley es decisivo. La solidaridad legal es la que se dice ser, perfecta unas veces, é imperfecta otras.

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 564 y 565.

Todo lo que concierne á solidaridad legal sólo por la ley puede establecerse, sean los casos en que hay solidaridad legal, sean los efectos de esta solidaridad. Ya hemos consagrado una sección especial á la solidaridad ¿necesitará el legislador una distinción entre la solidaridad legal y la solidaridad convencional? No hay más que una sola disposición que hable de la solidaridad legal; el art. 1,202 y todo lo que dice, es que esta solidaridad tiene lugar de pleno derecho, mientras que la solidaridad convencional debe ser expresamente estipulada. Por lo demás, la ley no hace ninguna diferencia entre la solidaridad legal y la solidaridad convencional en cuanto á los efectos que producen; ó por mejor decir, la ley no conoce más que una solidaridad; poco importa que sea establecida por convenio ó por la ley, siempre es una sola y misma solidaridad y no puede producir diferentes efectos. Ciertamente serían necesarios para esto, disposiciones formales, puesto que serían excepciones á una regla establecida por la ley, y estas excepciones no existen. Los artículos que se pretenden son inaplicables á la solidaridad llamada imperfecta, están concebidos en los términos más generales, hablan de los "deudores solidarios" sin distinguir si son deudores en virtud de un convenio ó si lo son en virtud de la ley (artículo 1,205-1,207). ¡Cosa singular! No hay un sólo artículo que hable de una obligación "contraída solidariamente." Sujetándose al pié de la letra, á lo que dice la ley, se podría decir que el art. 1,203 no se aplica más que á la solidaridad convencional; sin embargo, en la opinión que combatimos, se aplica el art. 1,203 á la solidaridad legal, imperfecta ó perfecta, y con razón, porque la ley no tiene restricción en el fondo, aunque parece tenerla en los términos. Si han aplicado sin vacilación á todos los casos de solidaridad legal la disposición del artículo 1,203, que supone una obligación convencional, es preciso ser conse-

cuentes y aplicarlo también á todos los casos de solidaridad de los artículos 1,205, 1,206 y 1,207 que hablan de los deudores solidarios en general.

Hé aquí los textos, y son decisivos en esta materia porque se trata de una solidaridad establecida por la ley, cuyos efectos, por consiguiente, no pueden ser reglamentados más que por la ley. Habría las mejores razones del mundo para justificar, en teoría, las diferencias que se pretende hacer entre algunos casos de la solidaridad legal y la solidaridad convencional, que el intérprete no tendría el derecho de admitirlas porque no le pertenece crear excepciones, pues esto sería hacer la ley. Es, pues, inútil insistir sobre los motivos que se alegan para justificar una distinción que el texto rechaza, pues son nada menos que decisivos. Se pretende que la verdadera solidaridad no puede existir más que entre personas que se conocen y que tienen productos frecuentes, lo que permite suponer entre ellos una sociedad, y, por consiguiente, una representación, agregándose que hay casos de solidaridad legal en los cuales esas suposiciones son defectuosas. ¿Y qué importa? Se olvida que es el legislador quien habla y quien presume el lazo de solidaridad entre ciertas personas: ¿No se puede agregar á esta presunción todos los efectos que produce la solidaridad convencional? Si se puede presumir que los codeudores están obligados solidariamente, aunque no hayan manifestado ninguna voluntad, se puede presumir también que son asociados y mandatarios unos de los otros; lo cual decide la cuestión. (1)

316. Los editores de Zachariæ admite también una solidaridad imperfecta; su teoría se aproxima, á ciertas consideraciones, de las que acabamos de combatir; bajo otros

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 215 y siguientes, núm. 135 bis, II. Demolombe, t. XXVI, pág. 219, núm. 287, y pág. 220, núm. 288.

conceptos, difiere algo. Entre las disposiciones de la ley que pronuncia la solidaridad, dicen los señores Aubry y Rau, no hace más que declarar la voluntad de las partes: tal es la solidaridad entre varios comodatorios y entre los comodantes, cuya solidaridad convencional antes que legal, produce todos los efectos de la solidaridad estipulada por contrato. Se admite también que la solidaridad entre la madre tutora y el marido cotutor, así como la que la ley establece entre los ejecutores testamentarios, producen los efectos de la solidaridad convencional, porque aseguran una obligación preexistente que resulta de la aceptación ó de la delación de funciones indivisamente confiadas á los codeudores. ¿No se podrá responder á los sabios juriscónsultos que combatimos, á pesar que esta solidaridad no tiene nada de común con un convenio? No es ciertamente por su voluntad, que el marido es deudor solidario, es la ley quien le ha impuesto, á pesar suyo, esta solidaridad porque los esposos no pueden declarar que no quieren someterse á la solidaridad. ¿La ley que impone una responsabilidad solidaria á las partes interesadas, á pesar suyo, no es libre de reglamentar los efectos de esta solidaridad como la entiende?

Dejémos á un lado la solidaridad comercial, que se asimila igualmente á la solidaridad convencional, y pasémos á los casos de solidaridad llamada imperfecta. Estos son los casos en los cuales el legislador establece una responsabilidad solidaria tratándose de orden público, ó para la garantía de ciertos intereses. ¿Qué vaguedad en las ideas y en las expresiones! Tal es la responsabilidad del nuevo tutor (art. 1,442), de los locatarios (art. 1,734), y de los coautores de una infracción penal. Se da la misma importancia á la responsabilidad del segundo marido cuando la mujer conserva indebidamente la tutela (art. 395). ¿Qué arbitrariedad en estas distinciones! Los ejecutores testa-

mentarios son declarados por la ley "solidariamente responsables." Hé aquí bien clara una "responsabilidad solidaria," en los términos de la ley, que es establecida para la "garantía de ciertos intereses." ¿Por qué es ésta una solidaridad perfecta, mientras que la responsabilidad del nuevo tutor no engendra más que una responsabilidad imperfecta? La arbitrariedad es inevitable cuando el intérprete se permite hacer la ley. Que se compare la teoría de Mourlón, que admite una solidaridad perfecta, con la de los editores de Zachariæ que dicen que es imperfecta; prueba que todos hacen la ley, cada uno á su gusto: ¿Es cierta la misión del intérprete?

Hemos llegado á las consecuencias. "La responsabilidad" solidaria, en los casos que acabamos de enumerar, no produce directamente y por sí misma una solidaridad perfecta; el acreedor tiene solamente el derecho de obrar por el total contra cada uno de los deudores y no puede invocar los otros efectos de la solidaridad convencional. Sobre este punto Aubry y Rau están de acuerdo con Mourlón; mas una vez pronunciada por el juez la condenación solidaria, admite que en todas las reglas de la solidaridad convencional se hacen aplicables. (1)

317. Se invoca la tradición romana en apoyo de esta teoría; se cree, sin embargo, que los comentadores modernos no están de acuerdo sobre el punto de saber si la condenación pronunciada para el total, en un caso de responsabilidad legal, convierte esta responsabilidad en una verdadera obligación solidaria. Respondemos que la tradición romana no tiene autoridad sino bajo una condición, y es que los autores del Código hayan conocido esta tradición y la hayan entendido. ¿Es necesario decir que los autores del Código no han sacado las disposiciones que han tomado al derecho romano en el Digesto y menos aún en los

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 19-21, pfo. 298 ter.

comentadores del Digesto? El único manantial del cual han sacado, es Pothier. Pero Pothier ignora la distinción de la solidaridad perfecta y la imperfecta, la niega implícitamente atribuyendo á uno de los casos de solidaridad llamada imperfecta, los efectos de la solidaridad convencionales. (1) Esto es decisivo porque mira á la interpretación del Código. El Código procede de Pothier no de los comentadores modernos del Digesto. Este es un error extraño á nuestra vista, introducir en el Código Civil una doctrina enseñada por Ribbentrop y Fritz. ¿Qué importa lo que dicen esos sabios profesores de Alemania? Los autores del Código no han podido sospechar lo que Ribbentrop y Fritz enseñan, ¡y se quiere que hayan consagrado distinciones que ni habían sospechado! ¿No dirán que vivimos aún bajo el imperio de las compilaciones de Justiniano y que se trata de saber cuál es el sentido de tal ó cual ley de las Pandectas? Es cierto que la doctrina que se quiere introducir en el Código Napoleón no es francesa, que no se encuentran ni términos franceses para dar ideas que permanecen siempre extrañas al derecho francés; los intérpretes del Código están obligados á hablar latín para hacer comprender lo que dicen. Hablan de una obligación *in solidum* y de una obligación *correalis* y hablan de una condición *in solidum* como si el pretor dictase siempre sus sentencias. Este es el sistema de interpretación que combatimos con todas nuestras fuerzas. No, nuestro Código no es romano, es francés; no procede de Justiniano sino de nuestras costumbres. Tampoco la ciencia alemana tiene que ver en nuestros debates. ¿Qué dije? Lejos de servir para iluminarlos, los obscurece. Volvemos á llamar "á los intérpretes" del Código al respecto del texto, el cual no trata de conciliar leyes oscuras del Digesto, porque nues-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 264.

tras leyes son claras y precisas, y el derecho romano no es más que de historia.

En cuanto á la doctrina sobre la cual, á decir de Aubry y Rau, no están de acuerdo entre sí los intérpretes romanos, implica una distinción que rechazamos, porque no tiene ningún fundamento en nuestros textos ni apoyo en nuestra tradición. Se dice que los casos de "responsabilidad" solidaria no producen más que una solidaridad imperfecta: ¿Dónde está la prueba? La esperamos y nos quedaremos esperándola siempre, porque es una prueba imposible. Se dice que esta responsabilidad imperfecta se vuelve perfecta desde el momento en que el juez pronuncia su sentencia. Hé aquí aún una distinción cuya demostración buscamos inútilmente. ¿Qué hace el juez? No crea nada, sólo declara lo que quieren las partes ó la ley; ciertamente no crea él la solidaridad convencional, ni tampoco la solidaridad legal. La ley es la que establece la solidaridad en los casos que determina, así como también la que reglamenta los efectos; el juez sólo interviene para declarar lo que dice la ley, y lo que dice, es claro como la luz del sol; no conoce más que una solidaridad, y, por consiguiente, el juez no puede crear dos. (1)

## II. ¿Hay solidaridad en materia de delitos civiles?

318. La cuestión que acabamos de discutir no es debatida más que en la escuela, la práctica lo ignora. Mas los principios tienen siempre su importancia, porque son de consecuencias inevitables en la vida real. Por eso consagramos largas páginas para establecerlos y rectificarlos. Vamos á aplicar los principios que acabamos de asentar á una cuestión que se presenta todos los días en los términos del art. 1,382. Cualquier hecho de un hombre que

1 Compárese Demolombe, t. XXV, pág. 225, núm. 289.

causa á otro un perjuicio, obliga á éste, cuya culpa está obligado á reparar. Si el daño es causado por varias personas, ¿son éstas solidariamente responsables? La jurisprudencia admite la solidaridad que está bien fijada, que las cortes no se toman el trabajo de motivar en sus sentencias. Mas la unanimidad de la jurisprudencia oculta disonancias profundas. No basta con decir que hay solidaridad, es preciso determinar los efectos: ¿es perfecta? ¿es imperfecta? Dejémos por el momento la jurisprudencia para interrogar á la doctrina.

319. Los primeros autores que escribieron sobre el Código Napoleón, se pronunciaron contra la solidaridad, á excepción de Delvincourt. Para Toullier es fácil establecer que los coactores de un hecho perjudicial, no son obligados solidariamente á daños y perjuicios. Esto no podría ser, sino tratándose de una solidaridad legal, ¿y podrá haber solidaridad legal sin ley que la pronuncie? Delvincourt invoca las leyes romanas. Toullier responde que á contar del día en que el Código Civil fué promulgado, el derecho romano ha dejado de forzar á la ley (ley del 30 Ventoso, año XII, art. 7). La respuesta parece tan natural, cuanto es simple: sin embargo, ¿cuántas veces se debe recordar la ley del 30 Ventoso, año XII á los más sabios intérpretes del Código! Delvincourt cita aun el art. 1,734 que pronuncia la responsabilidad solidaria contra todos los bocateros de una casa incendiada. Toullier responde que en hecho de solidaridad no se debe razonar jamás por inducción ó por argumento de un caso á otro; pero el artículo 1,202 se opone estableciendo como principio que la solidaridad no puede resultar más que de una estipulación expresa ó de una disposición de la ley. Mas no existe ninguna ley que someta á la solidaridad á los autores de un delito civil ó de un cuasidelito. El art. 55 del Código penal de 1810 pronuncia la solidaridad contra los autores

de un mismo delito. Esta disposición es de estricta interpretación, desde luego, como disposición penal, y, además por establecer una solidaridad legal. Esto es tan cierto que bajo el imperio del Código Penal Francés, se admitía generalmente que los autores de una contravención no eran solidariamente responsables de las multas, restituciones, daños y perjuicios. Con mayor razón no puede invocarse el art. 55 para deducir la responsabilidad solidaria en materia de delitos civiles. Durantón es del mismo parecer, critica la jurisprudencia que comenzó á seguir aunque con vacilación, la solidaridad. (1)

320. Nosotros creemos que esta opinión es la buena. No hay solidaridad legal sin ley, y no hay ley que la establezca para los delitos civiles ni para los cuasi-delitos. Los autores modernos se olvidan del rigor de los principios, al mismo tiempo que han olvidado el respeto á la ley admitiendo una solidaridad virtual. Hemos combatido la pretendida solidaridad virtual (núm. 287), rechazamos también la aplicación que de ella se hace á la responsabilidad que nace de un hecho perjudicial. La teoría de la solidaridad virtual llega hasta hacer la ley; vamos á dar la prueba exponiendo la doctrina de los autores que admiten la solidaridad en el caso del art. 1,382. ¿Es esta una verdadera solidaridad, ó es una solidaridad imperfecta? Sobre esta cuestión capital, los autores se dividen; conocemos que la opinión de Mourlón que no está dividida por los editores de Zachariæ (núms. 314 y 316). Casi cada autor tiene su sistema. Los más lógicos, los conservan siquiera algún respeto por la ley, dicen que los autores de un delito civil son solidariamente responsables, en el mismo grado que los arrendatarios de una casa son responsables del incendio, sin distinguir entre una solida-

1 Toullier, t. XI, 1, pág. 117; núms. 150 y 151. Durantón, t. XI, pág. 228, núm. 194.

ridad perfecta y una solidaridad imperfecta: La solidaridad resulta, según ellos, de la naturaleza misma de los hechos perjudiciales. ¿Por qué la solidaridad tiene lugar de pleno derecho en materia de infracciones penales? Esto no es, dicen, tanto por razón del carácter criminal del hecho, como por razón de la comunidad y de la invisibilidad entre los coautores ó los cómplices. Como es imposible determinar la parte de cada uno de ellos, sea en la perpetración del hecho, sea en sus consecuencias perjudiciales, cada uno debe necesariamente y por la "fuerza misma de las cosas," ser considerado como la causa individual del daño, y como si él solo hubiese cometido el hecho, independientemente de la participación de los otros; y, por tanto, debe personalmente todo el daño y aun está obligado á repararla del todo, como si fuese el único autor, y resulta que está obligado solidariamente. (1)

Basta ver esta argumentación para convencerse de que la solidaridad virtual está establecida, no por el legislador, sino por el intérprete. ¿Cuál es esa solidaridad que nace de la "fuerza de las cosas?" Hé ahí una idea muy poco jurídica y que los autores del Código se guardaron bien de seguir. Cada uno de los autores del hecho perjudicial, dicen, "debe ser reputado" como único autor del daño. "¡Debe ser reputado!" ¿No es esto una presunción fundada en lo que ordinariamente sucede? ¿Y pertenece al intérprete establecer presunciones legales, porque se trata de una presunción virtualmente legal? Se dice que es imposible dividir el hecho de donde nace la obligación de los diversos deudores. ¿No es esto confundir la indivisibilidad con la solidaridad? ¿Quiere decirse solamente que es imposible á los tribunales dividir la condenación en daños y perjuicios porque no es posible determinar la parte que cada uno ha

1 Larombière, t. II, pág. 606, núm. 22 del art. 1,202 (Ed. B., t. II pág. 45).

tomado en el hecho perjudicial, y, por consiguiente, tampoco la parte que debe soportar en la reparación? Este es el sistema de la jurisprudencia, que volveremos á ver. Notamos solamente que la división es tan poco imposible, que los autores conceden al deudor que ha sido condenado por el total, un recurso contra sus codeudores, y este recurso, naturalmente, se divide. Si el recurso es divisible, preciso es también que la obligación lo sea.

Nuestra conclusión es que la obligación de los coautores de un delito civil, no es solidaria ni en virtud del texto de la ley, ni virtualmente. La consecuencia es muy clara: y es que la obligación se dividirá, y en caso de oposición, el juez arreglará la división según la naturaleza del hecho perjudicial y según las circunstancias del juicio.

321. La solidaridad virtual es generalmente admitida en la doctrina, pero grandes son las divergencias de opinión entre los diversos autores. Es inútil entrar en estos detalles. Debemos, no obstante, detenernos en la doctrina de un autor, que tan frecuentemente nos vemos obligados á combatir; la autoridad de que M. Demolombe goza en Francia, nos obliga á demostrar cuán arbitraria é inconsecuente es su opinión, en nuestro debate.

M. Demolombe no hace más que desarroyar la opinión emitida por M. Colmet de Santerre, sin duda, según la enseñanza de su común maestro M. Bemante. (1) Se ha creído que no hay solidaridad en materia de hechos perjudiciales, no prevista por el Código Penal, hay diferentes deudores por razón de un hecho que causa un daño. ¿Cada uno de los deudores es responsable por el todo? Tal es la cuestión capital. Se responde afirmativamente, porque cada uno de los que han tomado parte en el hecho perjudi-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 218, núm. 135 bis, II.

cial, ha causado el daño por el todo; el número de los culpables no puede disminuir la responsabilidad de cada uno de ellos. El argumento es, en el fondo, idéntico al razonamiento, sobre el cual los partidarios de la solidaridad virtual, fundan su doctrina. Nosotros hemos respondido anteriormente. Cuando hay varios deudores, ¿cómo está obligado cada uno? La doctrina y la ley responden: la obligación se divide. No hay excepción a la división, sino cuando hay solidaridad ó indivisibilidad. En el caso, los autores que combatimos, declaran que la obligación no es solidaria ni indivisible. ¿No decide esto la cuestión? Si los deudores no están en una de las dos excepciones, quedan bajo el imperio de la regla; y, por tanto, la deuda se dividirá entre ellos. ¿Qué se dice para eludir el principio y la consecuencia que se desprende? M. Demolombe acumula consideraciones de hecho, y en nuestro concepto, estos no son argumentos, sino frases. ¿Por qué la obligación del art. 1,382 es *insolidum*? “Porque tal es su naturaleza propia y constitutiva, esa es su manera de ser y puede ser de otro modo.”

Aquí tenemos afirmaciones; mas ¿dónde está la prueba? Se afirma aquí que no hay ninguna derogación al derecho común; que, el derecho común consiste en que la deuda se divide cuando hay varios deudores y cuando una deuda no se divide, esto no deroga el derecho común! Esta es una excepción y toda excepción requiere un texto. Es preciso, pues, decir con M. M. Aubry y Rau: “La responsabilidad legal no tiene lugar *in solidum* en cuanto á que este efecto le ha sido formal y explícitamente atribuido por una disposición de la ley.” ¿Qué se responde á esta proposición que se puede llamar evidente puesto que resulta de la naturaleza excepcional de la responsabilidad solidaria? Esta responsabilidad por el total tiene lugar por “la fuerza misma de las cosas,” por la “necesidad de las situacio-

nes.” (1) Preguntamos si la “fuerza de las cosas” y la “necesidad de las situaciones” son argumentos jurídicos que justifiquen la derogación de un principio fundamental de derecho. Cuando se sale fuera de la ley ó se pasa sobre ella, se incurre necesariamente, en arbitrariedad y la fuerza de las cosas conduce á la inconsecuencia. M. Demolombe comienza por establecer que no hay dos solidaridades, sino una sola, y acaba por hacer la distinción de las solidaridades, una perfecta y otra imperfecta; nada más que á esta última le da un nombre latino llamada la obligación *in solidum*. ¿Qué importa el nombre, si de hecho la obligación *in solidum* produce el efecto principal de la solidaridad, mientras que no produce los otros? Es preciso confesar que resulta una solidaridad imperfecta. M. Demolombe no quiere que la responsabilidad del art. 1,382 se llame solidaria, pues declara que los artículos 1,205, 1,206 y 1,207 no le son aplicables; mas aplica al art. 1,200, diciendo que cada uno de los deudores puede ser estrechado por el total y el pago hecho por uno solo, libra á los otros para con el acreedor. Aplica también el art. 1,208 que dice: el acreedor puede dirigirse á aquel de los deudores que quiera escoger. Es decir, que la obligación *insolidum* produce el principal efecto de la obligación solidaria, el que la caracteriza, el que afirma la ley en la definición que da, y no produce los otros efectos que proceden del principio. Hé aquí bien clara una solidaridad imperfecta, aunque no se le quiera dar ese nombre.

M. Demolombe reconoce que no hay ley que atribuya la responsabilidad del art. 1,382 al efecto que él reconoce. El hace, pues, la ley, y la hace como la hacen siempre todos los intérpretes, muy mal porque el intérprete ligado, aunque él la hace por la ley, no tiene la libertad de acción necesaria á un legislador. De aquí vienen inevitables con-

1 Demolombe, t. XXVI, págs. 233 y siguientes, núm. 295.

secuencias. La "fuerza de las cosas" y la "necesidad de las situaciones" que él invoca, no significan otra cosa sino que el acreedor tiene derecho de demandar á cada uno de los deudores por el total, porque cada uno es responsable del hecho perjudicial para el todo, lo que implica que su acción no se puede dividir. El deudor demandado que debe pagar el total de la deuda, ¿tendrá un recurso contra sus codeudores? Ateniéndose á la equidad y la justicia, debe tenerlo, porque si él solo paga el todo, ¿para qué hay otros que están igualmente obligados á toda la deuda? Habiendo un recurso, la deuda se dividirá entre los codeudores, lo cual viene á ser la indivisibilidad de la responsabilidad sobre la cual se funda la obligación *id solidum*. Si el deudor tiene un recurso dividido, ¿por qué el acreedor no podría tener una acción divisible? Y si éste tiene una acción divisible, ¿por qué se rehusa al deudor demandado el derecho de incluir á sus codeudores en la causa para dividir la condenación? La contradicción es patente, y se ve que los autores hacen la ley en lugar de limitarse á interpretarla. El legislador podrá, sin duda, disponer que el acreedor tenga una acción para el total y no admitir la división de la condenación á fin de asegurar mejor el pago que se le debe; mas el intérprete no lo puede, porque está ligado por el principio que le manda dividir la acción desde que la deuda no es solidaria ni indivisible. Se pretende eludir este principio diciendo que la "fuerza de las cosas," y se halla que la fuerza de las cosas que dicen, no permiten la división de la acción, ni impide la división del recurso. Contradicción que bajo el punto de vista de los principios, sólo el legislador puede resolver. (1)

322. Hemos llegado á la jurisprudencia. Si no escribimos más que para las necesidades de la práctica, podría-

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 239, núms. 303-305, pág. 237, número 301, y pág. 243, núm. 309.

mos dispensarnos de combatir la jurisprudencia porque está más sólidamente asentada que la ley y es inalterable, mas, á nuestra vista, no hay otra autoridad que la de la ley y la sostendremos contra la Corte de Casación que debía ser quien mejor la guardara. La Corte dice que el principio de que la solidaridad debe ser expresa, no se aplica más que á la solidaridad convencional; esto resulta "evidentemente," dice la Corte, de los términos del art. 1,202. Decir que una cosa "es evidente," es afirmar, no es probar. Insistiremos en lo que se ha dicho antes (núm. 287) para establecer la proposición contraria. La Corte agrega que es distinta cuando se trata de la reparación de un daño causado á otro en el caso previsto por el art. 1,382 del Código Civil y de ciertas obligaciones que se contraen sin convenio. Nueva afirmación que está en abierta oposición con el art. 1,202. Cuando la Corte afirma de otra manera, quiere decir que hay solidaridad en el caso del art. 1,382, aunque ninguna ley lo establezca. Pero, el art. 1,202 dice que la solidaridad debe ser estipulada expresamente y que esta regla no falla sino en el caso en que la solidaridad tenga lugar de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley. Así, pues, no hay otra solidaridad que la convencional y la legal. La ley no establece la solidaridad para la responsabilidad incierta de hechos perjudiciales. ¿Con qué derecho la admite la Corte de Casación? Han creído los autores poder salvar la dificultad llamando á la responsabilidad solidaria obligación *insolidum*; la Corte de Casación no debe hablar latín en sus sentencias, reconoce que se trata de una obligación solidaria que no está estipulada, por consiguiente, sería necesaria una ley según el artículo 1,202, y ¿dónde está esa ley? La Corte funda la pretendida solidaridad en la indivisibilidad del hecho perjudicial. (1) Suponiendo que el hecho sea indivisible, será

1 Denegada casación, 20 de Julio de 1852 (Diloz, 1,852, 1, 247).

necesario probar que la indivisibilidad vuelve la responsabilidad solidaria, y se necesitará una ley para admitir esta responsabilidad solidaria, porque no estando estipulada expresamente, no puede, dice el art. 1,202, resultar más que de una disposición de la ley. Volveremos á preguntar ¿dónde está esta ley? Inútilmente se buscará en el Código, pues la hizo la Corte de Casación.

Es imposible, dice la Corte, determinar la proporción en la cual cada uno de los autores del hecho perjudicial ocasionó daño á la parte perjudicada. (1) Admitiendo la imposibilidad, ¿resultará que la obligación es solidaria? ¿No es de principio que toda deuda que tiene por objeto una cosa divisible se divida? Hay una ley que establece ese principio (art. 1,217). Y no pudiéndose dividir la obligación desigualmente, se dividirá por partes iguales, según el número de los deudores: es una ley la que lo dice (art. 1,220). Hé aquí el derecho; ¿porqué la Corte no aplica los principios que la ley consagra? Esta ley no le conviene y en hecho puede tener razón; mas de que una ley sea mala, ¿se concluirá que el juez puede modificarla haciéndola de nuevo? Que la Corte haga la ley es lo que no puede admitirse. Se lee en una sentencia de casación: "Los autores de un hecho perjudicial, están obligados á reparar el daño que causaron por su culpa, y lo están solidariamente cuando el hecho resulta de un concierto simultáneo entre ellos; en cuyo caso cada uno de los autores del cuasidelito debe ser considerado como si individualmente fuera la causa del daño, porque es probable que no tuviera lugar sin su participio. (2)

Este es el motivo por el cual el Código penal establece la solidaridad entre los coautores de una infracción; ¿mas

1 Denegada casación, 7 de Agosto de 1837 (Dalloz, en la palabra *Manolato*, núm. 75, 1).

2 Casación, 29 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 49).

no se necesita una ley para esto? ¿El juez puede condenar solidariamente al coautor de un hecho perjudicial por la razón de que "debe ser considerado" como teniendo culpa del daño porque es "probable" que no tuviera lugar sin su participio? Aquí no se ve más de una probabilidad, ¿y el juez tiene derecho de condenar por el todo á un deudor porque es "probable" que sea culpable de todo el daño causado? La Corte erige estas simples probabilidades en regla y forma un principio de derecho: "En atención á que, por *regla general* y en virtud de los *principios* obre los obligaciones que se forman sin contrato, la reparación del daño causado por un hecho perjudicial indivisible, puede ser demandado por el todo contra cada uno de los autores de este hecho." (1) El art. 1,202 exige una ley para que haya solidaridad cuando no se ha estipulado expresamente, y como no hay ley que establezca la regla que acabamos de copiar, se deduce que la corte lo hizo. Es lo que la Corte misma va á confesarnos. La disposición del art. 55 del Código penal tiene, ciertamente, un carácter penal, y lo mismo sucede con la solidaridad que la jurisprudencia admite para los delitos civiles: condenar [á la reparación de todo el daño á uno de los autores del hecho perjudicial porque "es probable" que no tuviera lugar sin su participio es castigarlo, y castigarlo injustamente dado el caso en que la suposición de la ley esté en oposición de la realidad de las cosas. Veamos como lo confiesa la Corte de Casación: "En atención á que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho para la reparación del daño causado por actos frudulentos y dolosos y siendo imposible determinar en qué proporción ha perjudicado cada uno de los autores del fraude á la parte perjudicada, "en este caso la solidaridad es la pena del cuasidelito la que se ha come-

1 Denegada casación, 20 de Julio de 1852 (Dalloz, 1863, 1, 303).

tido, (1) Hé aquí hasta qué grado abusa la Corte de Casación estableciendo una "pena" sin "ley penal." Mas ya hemos dicho que ella hace la ley.

323. Las cortes de Bruselas tienen la misma jurisprudencia y no se toman el trabajo de motivar sus decisiones, (2) de suerte que nos es imposible combatirlas. Nuestra Corte de Casación decidió incidentalmente que el deudor condenado por cuasidelito á reparar todo el daño, no tiene recurso contra su codeudor. (3) Esta decisión no es motivada de ningún modo, y está en oposición con la doctrina (núm. 321); así como con la tradición. Pothier supone que un delito se ha cometido por cuatro personas; su deuda es solidaria, dice, cada uno es deudor solidario con respecto á la parte perjudicada; mas entre ellos cada uno es deudor por la parte que ha tenido en el delito, es decir, cada uno por la cuarta parte. (4) Tales son los principios más simples, es el derecho común aplicado á la solidaridad penal. El derecho común debe tener también su aplicación á la responsabilidad del art. 1,382: es esta una obligación solidaria en que cada uno de los deudores está obligado por el todo, salvo su recurso, y es una obligación no solidaria en que cada uno de los deudores está obligado por su parte igual. Pothier no vacila en admitir la divisibilidad del hecho perjudicial. ¿Qué importa que no se pueda precisar la parte que cada uno de los deudores tiene? De todo esto lo que resulta es, que cada uno está obligado por su parte igual. Pothier echa abajo la jurisprudencia y la doctrina que fundan la solidaridad imperfecta ó la obligación *in solidum* sobre la indivisibilidad del hecho perjudicial.

1 Denegada casación, 12 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 303).

2 Bruselas, 16 de Junio de 1856 (*Pasicrisia*, 1865).

3 Denegada casación, 26 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 1, 185).

4 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 264.

324. La jurisprudencia abusa de una manera extraña de la solidaridad y de la indivisibilidad. Cuando á los jueces les parece justo pronunciar una condenación por el total, declaran la obligación solidaria ó indivisible, ó indivisible y solidaria al mismo tiempo. Podría creerse que depende de ellos crear la solidaridad y la indivisibilidad. Insistirémos sobre las obligaciones indivisibles y sobre la confusión que existe, en esta materia, en la jurisprudencia. Por ejemplo, se ha juzgado que la deuda por alimentos es solidaria é indivisible, no siendo en realidad ni una ni otra cosa. (1) En realidad, la jurisprudencia ha creado la solidaridad de los coautores de un hecho perjudicial. Si hay responsabilidad solidaria en materia de cuasidelitos, ¿por qué no admitirla en materia de cuasicontratos? La Corte de Casación rechazó esta nueva violación á la ley y casó una sentencia que admitía la solidaridad para la repetición de lo que no se debía, en este caso, no se puede tener la menor duda, porque las sumas indebidamente pagadas, lo habían sido divisamente á cada uno de los pretendidos acreedores. (2) En nuestro concepto, la decisión debería ser la misma si el pago había sido hecho indivisamente á varias personas. La razón para decidir es muy sencilla: no hay otra solidaridad que la que se estipula expresamente y la establecida por la ley (art. 1,202); pero como la ley no declara la obligación solidaria entre aquellos que recibieron un pago indebido, no puede ser cuestión de una solidaridad expresamente estipulada.

Se pretende, también, que los daños y perjuicios se deben solidariamente en materia de obligaciones convencionales. Esta nueva desviación de los principios parece, á

1 Véase el tomo III de estos *Principios*, pág. 108, núms. 66-68.

2 Casación, 22 de Junio de 1824 (Dalloz, en la palabra *Efectos del Comercio*, núm. 265).

primera vista, muy natural. Todos los días se invocan ante los tribunales los arts. 1,382 y 1,383 para justificar una demanda de daños y perjuicios cuando se trata de la falta de cumplimiento de un contrato; si esta doctrina es cierta será preciso concluir que la responsabilidad es solidaria desde que los deudores están obligados á los daños y perjuicios. Mas aquí la inexactitud y la confusión son á cual más evidentes. Insisterémos, aún, en lo que se ha dicho sobre la teoría de las culpas. (1) El art. 1,382 no es aplicable más que á los delitos civiles y á los cuasidelitos, es decir, como lo dice la rúbrica del tít. IV, á las obligaciones que se forman sin convenio. Si se trata de un convenio y de su falta de cumplimiento, el deudor está obligado por su culpa y por los daños y perjuicios, no en virtud del art. 1,382, sino por las disposiciones del tít. III concerniente á la culpa y al daño que resulta. Por tanto, la solidaridad deberá ser estipulada expresamente para que exista; así, pues, no es cuestión de aplicar la pretendida solidaridad del art. 1,382 á las obligaciones convencionales. La Corte de París lo juzgó así. En un caso, el mandatario hizo declarar, en nombre de su mandante, un acto de una nulidad radical, debiendo indemnizar el mandato, de las consecuencias, de la nulidad, y el escribano que hizo la notificación fué igualmente responsable. Sobre este punto no había duda; más se pretendió que los dos deudores estaban obligados solidariamente, y la Corte de París pronunció una condenación dividida. Se trataba, no de un cuasidelito, sino de la falta de cumplimiento del contrato de mandato. (2) No por esto se debe decir que no puede haber delito con motivo de un convenio; en este caso se aplican los arts. 1,382 y 1,383, como diremos aplicando el título que es la base de la materia.

1 Véase el tomo XVI de estos *Principios*, pág. 334, núm. 230.

2 París, 18 de Abril de 1836 (Dalloz, palabra *Mandato*, núm. 306).

325. ¿Se deben las costas solidariamente por los que son condenados en materia civil? Las costas, como tales, se dividen, más esta es la pena del litigante, y las penas son personales, á menos que la ley, para garantizar al acreedor y para castigar al culpable, no pronuncie la solidaridad, como lo hace en materia criminal. Mas las costas pueden también ser cargadas á título de daños y perjuicios, y como este daño no resulta de una obligación convencional, el art. 1,382 se hace aplicable, y, por consiguiente, la responsabilidad solidaria que la jurisprudencia admite. (1)

Unos actos fraudulentos fueron anulados; la sentencia condenó á los culpables á las costas, solidariamente, providenciando en casación por violación del art. 1,202. La Corte decidió que la sentencia había respetado los principios de la materia, es decir, que habiendo sido pronunciadas á razón del fraude y á título de daños y perjuicios, hubo lugar de aplicar el principio del art. 1,382, tal como es interpretado por la jurisprudencia. (2) En la opinión que hemos enseñado, hay que agregar que no puede haber cuestión de solidaridad sin que haya una ley que la establezca.

*Núm. 3. De la extinción total ó parcial de la obligación solidaria.*

*I. Principio.*

326. Cuando la obligación solidaria se extingue respecto de uno de los deudores, se extingue, en general, respecto de todos. Esta es la consecuencia del principio que ri-

1 Larombière, t. II, pág. 610, núm. 23 del art. 1,202 (Ed. B., t. II, pág. 46). La jurisprudencia está en este sentido. Véanse las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,488. Es preciso agregar casación, 3 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 155).

2 Denegada casación. Sala Civil, 5 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 83). En el mismo sentido, denegada casación, 13 de Julio de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 348).

ge la obligación solidaria; es única por su objeto, aunque haya varios lazos personales; estos lazos individuales suponen la existencia de una deuda; pues ahí en donde no hay deuda no podría existir solidaridad. Pero para que la extinción de la deuda entrañe la liberación de todos los deudores, se necesita, naturalmente, que la deuda se extinga del todo; si sólo se extingue en parte, el lazo de la solidaridad no termina, en el sentido de que la extinción de la deuda sólo tiene efecto respecto del deudor en cuya persona existe una causa de extinción, y no tendrá efecto respecto de los otros. Falta saber cuándo hay extinción total ó parcial respecto de los deudores solidarios.

327. La muerte del deudor no hace cesar su obligación, pasa á sus herederos dividiéndose entre ellos si es divisible (art. 1,220). Este principio recibe su aplicación en las deudas solidarias. Si hay tres codeudores solidarios de una deuda de 12,000 francos, y si uno de ellos llega á morir, la deuda solidaria se dividirá entre sus herederos; si estos son cuatro, cada uno de ellos estará obligado por 3,000 francos. ¿Por qué la deuda, aunque solidaria, se divide? Porque la solidaridad no hace indivisible la deuda, y permaneciendo ésta divisible, debe, naturalmente, dividirse. Esto no impide que el lazo solidario se transmita á los herederos del deudor; este es uno de los elementos del contrato, y el contrato con todas sus cláusulas, es el que se transmite á los herederos de las partes contratantes. Solamente por razón de la división de la deuda es por lo que cada heredero no está obligado solidariamente más que por su parte hereditaria. En el caso, cada uno de los cuatro herederos debe la cuarta parte de la deuda si suceden por partes iguales, y, por tanto, cada uno está obligado solidariamente por 3,000 francos. (1)

1 Toullier, t. III, 2, pág. 455, núm. 747. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 210, núm. 136 bis, II.

El principio es incontestable y elemental. Sin embargo, la aplicación ha sido alguna vez objetada. Un acto de constitución de renta, dice que la renta no podrá ser devuelta sino en una sola vez; ¿resulta de esto que los herederos de los deudores están obligados solidariamente al reembolso del capital y al pago de los intereses? Nó, dijo con razón la Corte de Bruselas, porque las deudas se dividen entre los herederos y la estipulación de solidaridad no impide esta división. (1)

328. El art. 2,249 consagra una aplicación del principio en el caso de interrupción de la prescripción (núm. 306). Se aplica también en el caso de culpa ó de demora. Si la cosa debida llega á perecer por el hecho de uno de los herederos de un deudor solidario, ó durante su demora, ¿cuál será el efecto de esta pérdida respecto de los otros herederos y de los codeudores sobrevivientes? El que está en culpa ó en mora sólo está obligado por su parte hereditaria, en calidad de heredero, y, además, está obligado por su culpa ó su demora; de ahí se sigue que sus coherederos no responden de la pérdida por su parte, porque no son solidarios, en el sentido de que no responde del hecho ni de la culpa de su coheredero que es extraño con relación á ellos, pero son solidarios respecto de los codeudores solidarios, por su parte. Así, pues, éstos están obligados por la parte de que el heredero culpable está obligado como heredero y deudor solidario, por lo que excede á esta parte, es una obligación que les es extraña puesto que el heredero no está obligado como heredero.

Este mismo principio se aplica á los intereses moratorios que son también un efecto de la demora del deudor, pero la constitución en mora no puede resultar más que

1 Bruselas, 25 de Julio de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 470 y Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,400). Compárese casación, 27 de Noviembre, de 1839 (Dalloz, palabra *Sucesión*, núm. 1,345).

de una demanda judicial. La acción intentada contra el heredero de uno de los deudores, no hace correr los intereses sino contra él y contra los codeudores solidarios por la parte del heredero en la deuda; los intereses no corren contra los otros herederos porque la parte de su coheredero en la deuda, les es extraña. Si la demanda fué hecha contra uno de los codeudores, los intereses correrán contra todos los herederos del deudor, calculados por la parte hereditaria de cada uno de ellos, porque todos, al mismo tiempo, están obligados por toda la deuda, quedando á salvo que la deuda se divida entre ellos. (1)

328 bis. ¿Las partes pueden estipular que los herederos estarán obligados solidariamente por toda la deuda? Se ha juzgado que este convenio es válido. (2) Este fué el derecho común bajo el imperio de la costumbre de Gand en el sentido de que los herederos estuviesen obligados solidariamente por las deudas de la sucesión (art. 6, rúbrica 26). Según el Código civil, por el contrario, las deudas se dividen (arts. 1,220, 870, 871). ¿Pueden las partes derogar la disposición de la ley? Esto nos parece dudoso. ¿No es esto hacer una estipulación concerniente á una sucesión no abierta? Siempre que la ley admita que pueden las partes poner el pago de una deuda divisible á cargo de uno de los herederos, (art. 1,221, núm. 4) debe concluirse que pueden también poner una deuda solidaria á cargo de cada uno de los herederos, salvo el recurso del que paga toda la deuda, contra sus coherederos.

## II. De los casos en que la obligación se extingue del todo.

329. El art. 1,200 dice que el pago hecho por uno solo de los deudores, libra á los otros para con el acreedor. Esto es una consecuencia de que la deuda solidaria no es sino

1 Durantón, t. XI, pág. 296, núm. 218 y pág. 272, núm. 219.  
2 Bruselas, 4 de Marzo de 1824 (*Fasicrisia*, 1824, pág. 57).

una sola deuda que tiene un solo objeto, y, por tanto, no puede ser pagada dos veces. (1)

330. En los términos del art. 1,281, la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libra á los codeudores. Por la novación, el acreedor renuncia á su crédito mediante la nueva obligación que reemplaza á la primera. Esta renuncia tiene por objeto la deuda misma, y produce una extinción absoluta como por el pago; y cuando ya no hay deuda, tampoco puede haber ya solidaridad. Esto supone que la renuncia es pura y simple. El acreedor puede exigir la obligación de los codeudores en la nueva deuda, y en este caso, la novación es condicional; si los codeudores se niegan á consentir en el nuevo arreglo, no habrá novación, el antiguo crédito subsistirá, y, por consiguiente, ninguno de los deudores quedará libre (art. 1,281). Si acceden, la nueva deuda será solidaria como lo fué la antigua, porque esto es lo que se entiende por obligación de los codeudores. En este caso, los deudores solidarios quedan libres de la antigua deuda, pero estarán obligados por la nueva.

Cuando no hay obligación para los antiguos deudores porque el acreedor no la ha estipulado, ¿será solidaria la nueva deuda? Para que lo sea se necesita una estipulación expresa. En efecto, éste está bajo el imperio del derecho común la naturaleza de la antigua deuda no determina la naturaleza de la nueva siendo en todo distintas las dos deudas, exceptuando que la primera sirve de causa á la segunda. La Corte de Paris, se ha engañado, pues, desidiendo que la nueva deuda es solidaria cuando el título, bajo firma privada que justifica la primera deuda es remitido voluntariamente á los deudores, por el acreedor, lo que entraña la extensión de la deuda, aunque en el nuevo

1 Toullier, t. III, 2, pág. 450, núm. 732.

título suscrito posteriormente por los mismos deudores la solidaridad no se haya estipulado; no habiéndose estipulado expresamente la solidaridad, debió decidirse que la nueva obligación no fué solidaria. (1)

331 "Cuando la cosa cierta y determinada que fué objeto de la obligación llega á perecer, la obligación se extingue si la cosa ha perecido sin culpa del deudor y antes de que estuviese en mora" (art. 1.302). Este principio se aplica también al caso en que haya varios codeudores solidarios. No puede ya haber deuda cuando ya no hay objeto, y sin deuda no hay solidaridad. Pero si la cosa ha perecido por el hecho ó culpa del deudor solidario, la deuda subsiste aun á cargo de los deudores que no han tenido culpa ni están en mora (núm. 311).

332. Cuando una obligación es anulada es como si no hubiese existido. Si no ha habido deuda, tampoco ha habido solidaridad. Esta supone que la causa de nulidad no se personal á uno de los deudores. Si por incapacidad ó vicio del consentimiento por lo que la obligación es nula, estos vicios no engendran más que una excepción personal al deudor incapaz, ó cuyo consentimiento está viciado, y la deuda subsistirá respecto de los otros (núms. 299 y siguientes).

333. El artículo 1234 coloca la condición resolutoria entre los modos de extinción de las obligaciones. Si ella afecta la obligación misma, su cumplimiento anula la obligación y pone las cosas en el mismo estado, como si no hubiese habido obligación; no hay ya ni deuda ni deudores solidarios. Pero la condición resolutoria puede también no ser estipulada sino por uno solo de los deudores; en este caso, no resolverá la obligación sino sólo respecto de él y la deuda subsistirá respecto de los otros.

334. El art. 1,234 coloca la prescripción entre los mo-  
1 Demolombe, t. XXVI, pág. 228, núm. 393.

dos de extinción de las obligaciones. Dirémos en el título "De la Prescripción" en qué sentido se extingue la obligación; no teniendo ya acción el acreedor, los deudores quedan libres; pero basta que se interrumpa la prescripción respecto de uno de los deudores para que se interrumpa respecto de todos (art. 1,206). A falta de interrupción, la prescripción se cumplirá en provecho de todos los deudores.

La aplicación de este principio ha suscitado una dificultad sobre la cual hay duda. Una mujer suscribió solidariamente con su marido, un pagaré á la orden de 5,000 francos. El marido comerciante invocó la prescripción de cinco años, establecida por el art. 189 del Código de Comercio. ¿La mujer, no comerciante, pudo invocarla como codeudora solidaria? La Corte de Casación decidió la cuestión afirmativamente. Se fundó en el art. 1,208 que permite al codeudor solidario oponer todas las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación; y tal es la prescripción. Hubiese sido más exacto decir que la prescripción forma una excepción común á todos los codeudores, lo mismo que todos los otros modos de extinción de las obligaciones. La decisión es dudosa en nuestro concepto; preferimos la de la Corte de Burdeos que fué casada. Las causas de extinción pueden tener un carácter personal en todo ó en parte. No basta, por tanto, que una obligación se extinga para que necesariamente todos los deudores puedan alegarla. Hay que ver si la causa de extinción no tiene algo de personal á uno de los deudores. Y tal es también la prescripción de cinco años, fundada en el carácter de comerciante, del subscriptor de una letra de cambio, cuando el pagaré no está suscrito por una operación de comercio, un no comerciante no podría invocarlo, y, por tanto, la mujer no comerciante, no pudo alegarla.

335. La suspensión de la prescripción da lugar á una  
P. de D. TOMO XVII.—48

dificultad más seria. Según el art. 2,259, la prescripción se suspende respecto del deudor solidario, cuya obligación es á plazo ó bajo condición; el acreedor conserva, pues, su acción contra él. ¿Conservará también su derecho contra los otros? Ya hemos respondido á esta cuestión al tratar de la solidaridad entre acreedores y nos ha parecido que no puede aplicarse á la suspensión de la prescripción, lo que dice la ley de la interrupción. (núm. 264). Otro tanto debe decirse de la solidaridad entre codeudores. Se dan mandato para conservar la deuda, en el sentido de que si el acreedor obra contra uno de ellos, es como si obrara contra todos, se concibe que bajo este aspecto, los codeudores sean considerados como un solo deudor. Nada hay de personal en la interrupción, en tanto que las causas de suspensión son esencialmente personales. El término y la condición, engendran excepciones puramente personales al deudor que los estipula. Si la excepción es personal en cuanto al deudor, las consecuencias que se desprenden en cuanto á la prescripción deben también ser personales; los codeudores no pueden invocar el término y la condición de aquel que no está obligado sino de este modo. No puede este, valerse anticipadamente contra ellos de la suspensión ó de la prescripción que resulten. (1) La cuestión presenta también otro aspecto. ¿El deudor en cuyo provecho se suspende la prescripción, puede invocar la prescripción cumplida en provecho de los otros? El beneficio del término ó de la condición le es puramente personal, debe aceptar las consecuencias de la posición en que está; y el acreedor no puede obrar contra él, y conserva, por tanto, su derecho contra el deudor. ¿Pero lo conserva entero? Tal es la verdadera dificultad. Ateniéndose al principio de que cada deudor es considerado como el único-

1 Larombière, t. II, pág. 629, núm. 4 del art. 1,206 (Ed. B., tomo II, pág. 54).

habría que decir que toda la deuda se conserva. Pero este principio no debe estar aislado de la prescripción que ha corrido contra el acreedor en provecho de los codeudores. Estos quedan libres, y, por tanto, el codeudor respecto del cual subsiste la deuda, no puede tener recurso alguno contra ellos; ¿y por culpa de quién pierde este recurso? Por la culpa del acreedor que ha descuidado obrar contra los otros deudores. Puede, pues, aplicarse por analogía lo que el art. 1,285 dice en caso de remisión de la deuda hecha en provecho de uno de los codeudores; el acreedor no puede perseguir á los otros codeudores sino con deducción de la parte de los deudores á quienes ha hecho la remisión; priva de sus recursos contra el deudor descargado de la deuda; á los codeudores, es justo que soporte las consecuencias de su hecho. Igualmente debe también soportar las consecuencias de la negligencia de que ha sido culpable, no persiguiendo al deudor. (1)

### III. De los casos en que la obligación se extiende parcialmente.

#### I. De la confusión.

336. El art. 1,209 dice: "Cuando uno de los deudores llega á ser heredero único del acreedor, ó cuando el acreedor, llega á ser el único heredero de uno de los deudores, la confusión sólo extingue el crédito solidario por la parte del deudor ó del acreedor; es decir, por la parte que personalmente debe soportar aquel en cuya persona se ha obrado la confusión. (2) En el primer caso, el artículo 1,209 parece contrario al principio de la solidaridad. El acreedor á quien hereda uno de los deudores solidarios, por el todo, es acreedor de toda la deuda; y, por tanto, el crédito debería extinguirse del todo. Igualmente,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 233, núm. 172 bis, V. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 348, núms. 412-414.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 235, núm. 143 bis, II.

cada deudor es deudor de toda la deuda; cuando el acreedor hereda á uno de ellos, hay confusión por toda la deuda; ¿porqué, pues, la deuda sólo se extingue parcialmente? La razón está en la naturaleza particular de la confusión. Hablando propiamente, la confusión no extingue la deuda, impide solamente al acreedor obrar, porque tendría que obrar contra sí mismo. La confusión no extingue la deuda sino en razón de esta imposibilidad de obrar, y, por consiguiente, en los límites de esta imposibilidad. Cuando hay cuatro codeudores solidarios, por ejemplo, la confusión que se obra en la persona de uno de ellos, ó en la persona del acreedor, no impide al acreedor obrar, sino por la parte de aquel á quien hereda, ó que le hereda, pero no le impide obrar contra los otros; desde que la razón de la extinción por confusión cesa respecto de él, la deuda subsiste por la parte de que están obligados. (1)

337. El art. 1,209 solo habla del caso en que el acreedor es el único heredero de uno de los deudores, y uno de los deudores heredero único del acreedor. También es posible que el acreedor no herede más que por una parte, á que el deudor no le herede más que por una parte. El principio queda siempre el mismo, pues el acreedor podrá demandar la deuda por el total; deducción hecha de la parte que debe soportar personalmente. (2)

El art. 1,209 es aun más limitado bajo otro concepto, pues solamente prevee el caso en que viene la confusión por consecuencia de la sucesión; este es el caso más común, mas pueden presentarse otros, por ejemplo, cuando el acreedor cede su crédito á uno de los deudores. El principio queda siempre el mismo: desde que los caracteres de deu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 276. Colmet de Santerre, tomo V; pág. 234, núms. 143 y 143 bis, I.

2 Véase un ejemplo en Colmet de Santerre, t. IV, pág. 236, número 143 bis, III.

dor y acreedor se reúnen en una misma persona, hay confusión, y, por consiguiente, se debe aplicar la disposición del art. 1,209.

## 2. De la compensación.

338. Hay tres codeudores solidarios de una deuda de 12,000 francos; el acreedor se hace deudor de uno de ellos de la misma suma; ¿quedará extinguida la deuda por la compensación? El art. 1,294 decide la cuestión negativamente: "El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe á su codeudor." Esta decisión está en oposición con los principios que rigen la compensación y la solidaridad. Cada uno de los tres deudores, en nuestro caso, es deudor de la suma de 12,000 francos, como si fuera el único deudor; por consiguiente, cuando el acreedor se hace deudor de la misma suma de uno de ellos, debería haber compensación, puesto que hay dos personas que son deudoras una de la otra (art. 1,289), y la compensación debería obrarse de pleno derecho, en virtud del artículo 1,290. Esto es tan cierto que el acreedor se dirige al deudor del cual él se ha vuelto deudor, y éste podría oponerle la compensación; no hay ninguna duda sobre este punto, y si la opone, la deuda quedará extinguida; por consiguiente, si el acreedor demanda á los otros codeudores, podrán oponerle la excepción que resulta de la extinción de la deuda. (1) Pero en el sistema del Código, la compensación no puede oponerse por el deudor; ésta sólo se obra por la fuerza de la ley aun sin conocimiento de los deudores (art. 1,290). Las dos deudas quedan extinguidas desde el momento en que coexisten. ¿Por qué el Código derogó este principio cuando una de las deudas es solidaria?

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 26, nota 20, pfo. 298 ter y todos los autores. Denegada casación, 24 de Diciembre de 1834 (Dalloz, número 2,705). Rouen, 30 de Junio de 1810 (Dalloz, núm. 2,691).

Sobre la proposición del Tribunal es que se agrega al art. 1,294 la disposición cuyo motivo preguntamos. Está motivada como consecuencia en las observaciones de la sección legislativa: "Si se pudiera oponer la compensación de lo que se debe á otro que á sí mismo, aunque éste otro fuera un codeudor solidario, sería dar lugar á dificultades sin número. Este tercero se encontraría empeñado en procesos desagradables y sería preciso examinar con él si la deuda existe, hasta qué punto existe, si es susceptible de compensación y si es natural que la compensación no tenga lugar entre dos personas más que por lo que ellos se deben entre sí." (1) Estos motivos no han parecido suficientes á los autores, todos han dado otros. En efecto, si realmente la compensación salvara todas las dificultades que el Tribunalado señala, resultaría que habría lugar á compensación. ¿No es una de las condiciones requeridas para la compensación que las deudas sean líquidas? ¿Y una de las deudas es líquida cuando no se sabe si existe ó no? Las dificultades que el Tribunalado teme, no pueden presentarse porque los codeudores no pueden oponerla al acreedor, si, como se supone, la existencia misma de la deuda es dudosa.

Cada autor tiene su explicación: creemos inútil combatir todas las opiniones. (2) El legislador no ha tenido otros motivos que los que acabamos de copiar. A esto es preciso, pues, atenerse y concluir que el art. 1,294 es contrario al rigor de los principios que rigen la solidaridad y la compensación.

339. El codeudor del que se ha vuelto acreedor, ¿podrá oponer la compensación por la parte que este debe sobre

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 57 (Loaré, t. VI, pág. 134).

2 Mourlón, t. II, pág. 567. Aubry y Rau, t. IV, pág. 25, nota 18. Demolombe, XXVI, pág. 335, núm. 399. Compárese Colmet de Sauter, t. V, pág. 230, núm. 142 bis, III.

tar en la deuda? La cuestión es muy controvertida. Nos parece que la negativa resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 1,294 es absoluto, no admite ninguna distinción; y el motivo dado por el Tribunalado para justificar la disposición que ha propuesto, no soporta tampoco distinción; el Tribunalado quiere prevenir las dificultades; mas estas se presentaran, si las había, por parte del deudor en la deuda, es decir, por una fracción del crédito, así como por el crédito entero. El orador del Tribunalado se expresó también en el mismo sentido, diciendo en términos absolutos que los codeudores no pueden oponer la compensación de los créditos que les son extraños. Domat y Pothier enseñan, es verdad, lo contrario; mas dice Mouricault, los motivos que ellos dan no son concluyentes ni para el mismo Pothier, y concluye que con razón el Código ha rechazado su opinión. (1)

### 3. Remisión de la deuda.

340. En los términos del art. 1,285, "la remisión ó descargo convencional en provecho de uno de los codeudores solidarios, libra á todos los otros, á menos que el acreedor no haya reservado expresamente sus derechos contra estos últimos." El Código opone el "descargo convencional" á la remisión tácita, de la cual hablan los arts. 1,282-1,284. Dirémos más adelante que la remisión tácita aprovecha por su naturaleza misma á todos los interesados; el acreedor que se desprende de la única prueba que tiene contra sus deudores, renuncia, por esto mismo, el derecho

1 Mouricault, Discursos, núm. 33 (Loaré, t. VI, pág. 248). Véase en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, pág. 26, nota 19, pfo. 298 *ter*. Es preciso agregar, en favor de nuestra opinión, á Mourlón, t. II, pág. 568 y á Demolombe, t. XXVI, página 339, núm. 401 y una sentencia de denegada casación de 13 de Junio de 1872 de la Corte de Casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1872, 1289).

de exigir su crédito contra ellos; y lo mismo es, en principio, el descargo convencional. Los convenios sólo tienen efecto entre las partes contratantes. ¿Por qué el convenio que interviene entre el acreedor y uno de los deudores, tiene efecto con respecto á los otros? Es difícil justificar esta disposición. Se alega que el deudor á quien el acreedor hace la remisión, es deudor del total, de la deuda y considerado como si fuera el único deudor. Mas este efecto de la solidaridad no se establece más que en favor del acreedor, y no puede decir que tiene aún otros deudores á los cuales no ha hecho remisión? No se pueden invocar todos los modos de la extinción de las obligaciones por todos los deudores; es preciso ver si tienen alguna cosa personal. Pero la remisión es con respecto á un hecho personal; es una renuncia y las renunciaciones no son de estricta interpretación? Cuando la remisión se hace á título gratuito, hay un motivo de más para limitar el efecto al deudor á quien se hace. (1)

341. Según el sistema del Código, es preciso una reserva expresa del acreedor para que conserve sus derechos contra los otros deudores solidarios. ¿Cuál será el efecto de esta reserva? El art. 1,285 responde que el acreedor no puede respetar más la deuda que la deducción hecha de parte de aquel á quien se hizo la remisión. ¿Por qué los otros deudores no pueden ser demandados por el total? Porque el acreedor, por la remisión que hizo al deudor, priva á sus codeudores del recurso que tenían contra él. Si los codeudores conservaran un recurso, la remisión no sería más que parcial, mientras que, según la intención del acreedor, debía ser total; mas no puede serlo sino por la extinción parcial de la deuda, con respecto á los codeudores, contra los cuales el acreedor se reserva sus derechos.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 238, núm. 144 bis, I. Moulón, t. II, pág. 569. Demolombe, t. XXVI, pág. 330, núm. 396.

¿Cuál es la parte de la cual los codeudores son descargados? Cuando los deudores están obligados, cada uno por su parte igual, no hay cuestión; mas se supone que la parte real del deudor librado, no es la parte igual. ¿Cuál es, en este caso, la parte que el acreedor está obligado á reponer á los otros codeudores? En principio, es esta la parte que los codeudores pueden reclamar contra el deudor librado, porque no es más que á razón de ese recurso, que ellos han sido descargados de la parte por la cual habrían podido tener acción contra él. Habría excepción en el caso, poco probable, en que la parte real fuese más fuerte que la parte igual, suponiendo que el acreedor ignore el hecho, podrá entonces renunciar su crédito, con respecto á los otros codeudores, nada más por la parte igual del deudor que descargó, y si es la voluntad del acreedor que hizo el contrato, excepto cuando la remisión es gratuita. Si se hace á título oneroso, podrá buscar, según la intención general de las partes contratantes, cuál es la parte real ó igual que el acreedor debe deducir del crédito. (1)

342. El art. 2,037 dice: "El fiador es descargado cuando la subrogación á los derechos hipotecados y privilegiados del acreedor, obra en favor del fiador." Se pregunta si los deudores solidarios pueden invocar este beneficio. La cuestión es muy controvertida, porque la mayor parte de los autores están por la afirmativa, mientras que la jurisprudencia está en sentido contrario. No vacilamos en colocarnos del lado de este dictámen, porque la jurisprudencia tiene un fundamento inalterable, el texto y el espíritu de la ley. Tratándose de la solidaridad, el Código dice cuáles son los derechos que pertenecen á los deudores solidarios, y no les da el derecho que el art. 2,037 otorga

1 Moulón, t. II, pág. 569. Demolombe, t. XXVI, pág. 332, número 397.

al fiador; así, pues, no se le podría reconocer que había identidad de motivos, es decir, que la posición de los deudores solidarios, es la misma que la de los fiadores. Pero, grande es la diferencia entre la fianza y la solidaridad. El fiador se obliga únicamente en interés del acreedor, para hacerle ese servicio al deudor, sin obtener ninguna ventaja personal del contrato; así, pues, se concibe que no se obliga más que accesoriamente para el caso en que el acreedor no tenga ningún medio de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación contra el deudor; si este ha dado garantías al acreedor, como hipotecas, ó un privilegio agregado al crédito, el fiador debe contar, naturalmente, con que estas garantías son suficientes, y sólo en esa inteligencia se obligó, debiendo haber contado también con las garantías accesorias del crédito, si él paga la deuda, porque está subrogado y la subrogación lo desinteresa, puesto que podrá ejercer todos los derechos, privilegios é hipotecas que pertenecen al acreedor. Si éste renuncia sus garantías ó no las conserva abandonando el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley para su conservación, falta á la ley del contrato, violando la condición bajo la cual el fiador se obligó. Aquí se ve por qué el fiador es descargado; pues la ley resuelve la fianza, porque el acreedor, por su parte deshizo el contrato. ¿Se puede decir lo mismo de los deudores solidarios? Nó; cada uno de ellos es deudor principal como si hubiera contraído solo la obligación, porque tiene un interés personal en la obligación, interés que es la causa de la obligación que contrajo. En caso de que él pague la deuda, cuenta, sin duda, con las garantías que le da la ley contra sus codeudores, porque está subrogado como lo está el fiador; mas esta subrogación no es la condición de su obligación y puede ser demandado como único deudor. La sola condición de su obligación es que tiene el recurso que la ley le asegura, y del cual al acree-

dor no lo priva por su hecho (art. 1,285). Cuando esta obligación se cumple, está obligado.

Se objeta que el art. 2,037 es una consecuencia del artículo 1,251 que subroga en los derechos del acreedor á los deudores solidarios, tanto como al fiador. Esta subrogación es un elemento del recurso; si este no puede quitársele al deudor, el acreedor tampoco debe tener el derecho de quitarle las garantías que hacen eficaz el derecho; ¿de qué serviría el recurso si llegase á ser ilusorio por el hecho del acreedor? En teoría, la objeción es muy fuerte y el legislador hubiera debido tenerla en cuenta. Pero la cuestión está en saber si lo ha hecho, es decir, si en su pensamiento la subrogación en los derechos de los acreedores es un elemento esencial el recurso; y lo contrario resulta de los arts. 2,033 y 2,037. El art. 2,033 da al fiador que ha pagado la deuda un recurso contra los cofiadores; si el artículo 2,037 fuese la consecuencia forzada del art. 2,033, la disposición sería inútil, y, por tanto, en el espíritu de la ley, el recurso y la subrogación son cosas diferentes, lo que decide la cuestión. El fiador y el deudor solidarios tienen dos derechos, el recurso y la subrogación. Si se trata del recurso, el acreedor no puede privar al deudor solidario como tampoco al fiador. En cuanto á la subrogación, la ley dice claro que el acreedor no puede privar al fiador, no lo dice para el deudor solidario, y por tanto, el art. 2,037 no puede invocarse por él. (1)

343. Se admite, sin embargo, que hay casos en que el acreedor que destruye las garantías que tuvo contra uno de los deudores, es responsable de su hecho, en el sentido

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 35, nota 47, pfo. 298 *ter* y los autores que cita. Hay que agregar á Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 359, nota 15 y Demolombe, t. XXVI, pág. 427. Compárense las sentencias citadas por Aubry y Rau. La opinión contraria fué enseñada en el antiguo derecho por Dumoulin y Pothier y seguida por Merlin, Toullier, Durantón, Moulón y Rodière.

de que no puede extinguir de los otros codeudores el pago de la deuda sino con deducción de la parte por la cual ha estado obligado el deudor. Desde luego, cuando es por su dolo por lo que ha privado á los codeudores de sus garantías con las cuales debían contar. El dolo siempre hace excepción y el que es culpable responde del daño que ha causado por su dolo. El Código consagra esta máxima tradicional disponiendo que los contratos deben ser cumplidos de buena fe (art. 1,134), y si el deudor responde de su culpa, con mayor razón es responsable de su dolo. Es cierto que el acreedor no está obligado en principio á conservar las garantías dadas á su crédito, pues su obligación no nace de la falta de cumplimiento de sus obligaciones, nace directamente del dolo. (1)

También se admite una segunda excepción sobre la cual hay más duda. Los deudores solidarios pueden estipular que el acreedor pierda su derecho contra ellos por la parte del deudor que hizo remisión de sus seguridades ó cuando estas se pierden por su culpa. ¿También este convenio podrá ser tácito? Se enseña que puede resultar de las circunstancias de la causa. (2) Esto nos parece dudoso. Es cierto que los convenios pueden ser tácitos, mas este principio no es aplicable cuando el convenio consagra una excepción al derecho común porque las excepciones deben, por su naturaleza, ser estipuladas formalmente, no es suficiente para admitirlas una voluntad tácita. Más, en este caso, hay derogación en el derecho común, puesto que se asienta, en principio, que el art. 2,037 no es aplicable á los codeudores solidarios, si no es haciendo una estipulación expresa.

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 36 y siguientes, pfo. 298 *ter.* Demolombe, t. XXVI, pág. 433, núm. 499.

2 Demolombe, t. XXVI, pág. 434, núm. 500.

*Núm. 3. De la remisión de la solidaridad.*

344. El acreedor que puede renunciar su crédito por la remisión que hace en todo ó en parte, puede, con mayor razón, renunciar la solidaridad, puesto que cada uno puede renunciar los derechos que tiene en su favor. Se supone, naturalmente, que tiene posibilidad de enajenar, porque toda renuncia es un acto de disposición. La renuncia puede ser absoluta ó relativa: es absoluta cuando el acreedor hace remisión de la solidaridad á todos los codeudores. La ley no prevee esta hipótesis desde luego, porque no se presenta seguido: sólo se estipula en los derechos que se han de renunciar en seguida; pues el efecto de una remisión semejante, es tan sencillo, que no vale la pena de formularlo; si los codeudores son descargados de la solidaridad, se vuelven deudores conjuntos, es decir, que se les aplica el derecho común que hemos expuesto antes. La renuncia del acreedor es relativa cuando descarga solamente á uno de sus deudores de la solidaridad; se concibe que ésta presta un servicio al deudor á quien remite la solidaridad, y este servicio no puede comprometer los intereses del acreedor si los codeudores que quedan obligados son solventes ó han dado garantías.

La renuncia puede ser expresa ó tácita. Este es el derecho común. Se aplica también el derecho común en lo que concierne á la renuncia que es de rigurosa interpretación, porque no se admite fácilmente que un acreedor renuncie los derechos que ha estipulado, y sobre todo, la solidaridad, que es la condición bajo la cual ha estipulado.

*I. De la remisión expresa.*

345. ¿Cuándo hay remisión expresa? Esta cuestión ciertamente, no merecería ser planteada, si el sentido del

artículo 1,210 no fuese vivamente controvertido. Es expresa una cláusula cuando se estipula en terminos expresos. La remisión de la solidaridad, es, pues, expresa cuando el acreedor declara remitir la solidaridad ó descargar de ella á tal deudor. Poco importan los términos, puesto que jamás hay términos sacramentales, pero si se requieren algunos términos. Esto es lo que hemos dicho varias veces cuando la ley exige que un convenio ó una cláusula sean expresas. Inútil es insistir.

346. ¿Cuál es el efecto de la remisión expresa de la solidaridad? Aquí entramos en una serie de dificultades. Se trata de saber si el artículo 1,210 prevée el caso de una remisión que el acreedor haga de la solidaridad. Así es, en nuestro concepto. El artículo 1,210 está concebido así: "El acreedor que consiente en la división de la deuda respecto de uno de los codeudores, conserva su acción solidaria contra los otros, pero con deducción de la parte del deudor á quien ha descargado de la solidaridad." El efecto de la remisión es, pues, éste: el deudor descargado de la solidaridad permanece deudor, pero cesa de serlo solidario y sólo es ya deudor por su parte en la deuda. Siempre, como lo diremos más adelante explicando el artículo 1,215, el deudor, aunque descargado de la solidaridad, debe soportar su parte en la insolvencia de uno de sus antiguos codeudores; la descarga de solidaridad no es, pues, absoluta.

En cuanto á los otros codeudores, quedan como estaban, deudores solidarios, pero el acreedor no puede perseguirles sino con deducción hecha de la parte del deudor á quien ha remitido la solidaridad. Desde luego, debemos ver los motivos de esta disposición; ¿el art. 1,210 está conforme con los principios que rigen la solidaridad, ó es contrario? La ley dice dos cosas: desde luego, que la remisión de la solidaridad hecha á uno de los deudores, no libra á los

otros. Sobre este primer punto, hay oposición entre el artículo 1,210 y el art. 1,285. Cuando el acreedor hace remisión de la deuda á uno de los deudores solidarios, esta remisión tiene efecto respecto de los otros, y todos quedan liberados. Cuando hace remisión de la solidaridad á uno de ellos no tiene efecto respecto de los otros, y quedan obligados solidariamente. Creemos que la disposición del artículo 1,210 es más conforme á los principios.

Esta es la doctrina de Pothier; la remisión convencional es un convenio que tiene lugar entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios; y los convenios sólo tienen efecto entre las partes contratantes: el acreedor que tiene tres deudores solidarios, declara descargar al primero y no descarga á los otros dos; estos, por tanto, permanecen deudores solidarios. La descarga es una renuncia, y la renuncia á un derecho, jamás se presume; debe, pues, interpretarse siempre, restrictivamente. Esto decide la cuestión en el sentido del art. 1,210. (1) La ley dice en seguida, que el acreedor no conserva su acción solidaria contra los deudores no descargados sino bajo la deducción de la parte del deudor á quien ha hecho remisión de la solidaridad. Esta decisión del Código es contraria á la opinión de Pothier, y en nuestro concepto, contraria á los verdaderos principios. Pothier dice que el acreedor que ha hecho remisión de la solidaridad á uno de los deudores, conserva su derecho de solidaridad contra los otros (2) y tal es el verdadero principio. ¿Porqué los codeudores no pueden ya ser perseguidos por la parte del deudor descargado de la solidaridad? Ninguna buena razón se ve. El deudor descargado permanece deudor por su parte, y aun queda obligado por los efectos de insolvencia de sus antiguos codeu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 278. Bigot-Prémeneu, *Exposición de Motivos*, núm. 96 (Loché, t. VI, pág. 164.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 277.

dores solidarios; y por tanto, la remisión de la solidaridad que el acreedor le hace, en nada perjudica á los otros deudores, pues conservan todos sus derechos contra él. ¿De qué podrían quejarse y porqué habían de ser liberados de una parte de su deuda? (1) Se dice que sufren un perjuicio porque tienen un medio más de ser perseguidos por el todo, (2) pero este medio no es el efecto ordinario de la solidaridad? ¿Y el acreedor haciendo remisión de la solidaridad á uno de los deudores no usa de su derecho? ¿No es esto como si dijese que quiere perseguir á los otros por el total? Este es su derecho, y esta es la obligación de los deudores solidarios. Así, bajo ningún aspecto se atenta á sus derechos; la disposición del Código que les descarga de una parte en la deuda, es, pues, inexplicable.

347. Porque el art. 1,210 es contrario á los principios, es por lo que se ha ensayado darle otra interpretación. El supone, dicen, que el acreedor descarga á uno de los deudores de la solidaridad en el momento en que éste paga su parte en la deuda; y en esta suposición no hay que decir que el acreedor no puede demandar á los otros deudores la parte de la deuda que ha percibido. Esta interpretación es inadmisibles. El texto de la ley no dice lo que se quiere hacerle decir. No supone que el deudor descargado de la solidaridad, pague su parte; todas las expresiones del artículo suponen el simple hecho de la remisión de la solidaridad. La ley comienza por decir: "El acreedor que *consiente en la división de la deuda* respecto de uno de los co-deudores." ¿Esto quiere decir que el acreedor consiente en recibir un "pago dividido?" La palabra "pago" no se encuentra en el texto, y la expresión "consentir en la divi-

1 Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 131, nota 1. Marcadé, t. IV, pág. 181, núm. 1 del art. 1,210.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 242, núm. 144 bis, IV. Demolombe, t. XXVI, pág. 401, núm. 464.

sión de la deuda," no tiene este sentido. Ella se explica por la naturaleza de la obligación solidaria, y por el artículo 1,203 que deduce esta consecuencia de que el deudor solidario no puede demandar la "división" de la deuda; y, por tanto, consentir en la división, es renunciar la solidaridad. Es lo que dice el final del art. 1,210: "bajo la deducción de la parte del deudor que *descarga la solidaridad*." Se trata, pues, de un simple descargo ó remisión de la solidaridad.

Si se admite esta interpretación, resulta que el caso que se pretende, decidido por el art. 1,210, no está previsto por la ley; y es inútil preverlo. Supongámos que hay una deuda solidaria de 12,000 francos y que son tres los deudores. El acreedor recibe 4,000 francos del primero y lo descarga de la solidaridad. ¿Se necesita una disposición de la ley para decidir que aquel á quien se debía una suma de 12,000 francos y que ha recibido 4,000, no puede reclamar más que 8,000 francos? Una simple sustracción es suficiente para esto. Para lo que sí se necesita una disposición formal es para reglamentar los efectos de la remisión de la solidaridad, porque hay una duda en cuanto á la interpretación de estos efectos y siendo la cuestión dudosa, es conveniente cortarla. El Código decidió lo contrario á la opinión de Pothier y á la de los verdaderos principios; mas es preciso atenerse á su decisión, y no violentar el texto haciéndole decir otra cosa de lo que dice. (1)

## II. Remisión tácita.

348. La ley prevee varios casos de renuncia tácita. En

1 Marcadé, t. IV, pág. 481, núms. 1 y 2 del art. 1,210. Compárese en sentidos diversos, Durantón, t. XI, pág. 286, núm. 231. Aubry y Rau, t. IV, pág. 33, nota 42, pfo. 298 ter. Colmet de Santerre, t. V, pág. 239, núm. 144 bis, II y 144 bis, III.

los términos del art. 1,211, el acreedor que recibe divisamente la parte de uno de los deudores, sin reservar en el recibo la solidaridad, ó sus derechos en general, no renuncia la solidaridad sino con respecto de este deudor. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya remisión de la solidaridad en esta primera hipótesis? (1)

Es preciso, desde luego, que el acreedor reciba separadamente la parte de uno de sus deudores en la deuda. Así en una deuda de 12,000 francos, el acreedor que recibe del primer deudor una suma de 4,000 francos, es la parte que ese deudor tenía en la deuda, puesto que según el artículo 1,213, la obligación solidaria se divide de pleno derecho entre los deudores que no están obligados más que por su parte cada uno. Recibir un pago dividido, según la parte de los deudores en la deuda, no es suficiente para que se pueda creer que el acreedor renunció la solidaridad. Este hecho tiene aún otra interpretación y es que el acreedor consiente en recibir á cuenta de lo que el deudor debe. Mas, para que haya renuncia tácita, es preciso que el hecho de donde se infiere, pruebe necesariamente la voluntad del acreedor de renunciar sus derechos; desde que es posible una y otra interpretación, no se puede decir que renuncia, por que nadie está obligado á renunciar los derechos útiles que estipuló. Mas recibir separadamente la parte que el deudor debe tener en la deuda, es ya una probabilidad en favor de la renuncia; porque el acreedor renuncia por esto un derecho que la solidaridad le da, la de exigir el pago total de cada uno de los deudores; y como recibe precisamente "la parte" de uno de los deudores, esto aumenta la probabilidad; recibir cualquiera otra suma que la parte, sea menos y sobre todo más, es recibir á cuenta, y de aquí no se puede concluir nada.

1 Durantón, t. XI, pág. 287, núms. 233, 234. Demolombe, t. XXVI, pags. 405 y siguientes, núm. 469-473.

Otra condición para que haya renuncia tácita, es que el recibo exprese que es "por la parte del deudor" que el pago se hizo; si el recibo no hace mención de esto, el acreedor, según el art. 1,211, no estará obligado á remitir la solidaridad al deudor, aunque reciba de él una suma igual á la que está obligado. La ley exige esta segunda condición para desvanecer la duda que deja la primera sobre la intención del acreedor. Dando un recibo formulado así, el acreedor manifiesta su intención de consentir en la división de la deuda; lo que equivale, según el art. 1,210, á renunciar el beneficio de la solidaridad. Aun cuando estas dos condiciones existan, el acreedor puede aún conservar los derechos que le da la solidaridad, si en el recibo reservó la solidaridad ó sus derechos en general. El hecho de recibir un pago dividido según la parte de los codeudores y de dar recibo, no es más que una presunción de la voluntad del acreedor; la ley supone que ésta es su voluntad; mas la voluntad debe expresarse y no sólo suponerse. La reserva que hace el acreedor de sus derechos, destruye todas las probabilidades que resultan del pago dividido que recibió; esta es una prueba de que no entendió recibir más que á cuenta.

La explicación que acabamos de hacer del art. 1,211 es admisible para todos los otros, salvo el disentiendo de Larombière sobre una de las condiciones; es inútil fijarse, puesto que el texto es formal, y la jurisprudencia conforme. (1)

349. El acreedor demanda un pago dividido judicialmente: ¿bajo qué condiciones hará remisión tácita de la solidaridad? En el fondo, este caso es idéntico al primero; es lo que el texto del Código indica: "es lo mismo, dice el art. 1,211 la simple demanda hecha contra uno de los

1 Colmar, 31 de Julio de 4813, y Amiens, 22 de Enero de 1840 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,449).

codeudores "por su parte" si éste no consintió en la demanda ó si no intervino un juez de condenación." Las condiciones son, pues, las mismas.

Es preciso que el acreedor demande una suma que represente "la parte" del deudor en la deuda, y la demanda debe decir que es "por su parte." Esto no es suficiente, es preciso, además, el consentimiento del deudor, porque cuando hay pago dividido, el deudor consiente, por lo mismo que ofrece, su parte, y el acreedor consiente aceptándolo. Cuando el acreedor obra judicialmente, su demanda no es más que una manifestación unilateral de su voluntad; puede retirarlo mientras el deudor no la haya aceptado contestándola ó á falta de aceptación, mientras el juez no haya condenado al deudor á pagar la parte reclamada judicialmente. Desde que el deudor consiente, la remisión de la solidaridad existe y el fallo tiene lugar de consentimiento. Debe agregarse que el fallo debe ser irrevocable porque si es atacado, es por esto mismo, anulado (art. 1,262). (1)

350. El acreedor recibe separadamente y sin reserva, la parte de uno de los deudores en los intereses ó réditos de la deuda. ¿Cual será el efecto de este pago parcial en cuanto á la solidaridad? El artículo 1,212 responde que el acreedor pierde la solidaridad por los réditos ó intereses vencidos. Esta es la aplicación, á los intereses de lo que el artículo 1,211 dice del pago dividido del capital. Se necesitan, por tanto, las condiciones que este artículo exige, es decir, un pago hecho por la "parte" del deudor y un recibo dado por esta "parte" sin reserva. Esto no tiene duda alguna, aunque el artículo 1,212 no habla de la declaración que debe contener el recibo; el objeto de la ley en este artículo, no es derogar la regla del artículo

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 234, núm. 145 bis, II. Pothier *De las Obligaciones*, núm. 277.

1,211, la hace á un lado simplemente, y, por consiguiente, no ha juzgado necesario repetir todas las condiciones.

El artículo 1,212 agrega que el pago dividido de los intereses vencidos, no supone renuncia á la solidaridad de los intereses por vencer, ni del capital. Esta es la aplicación del principio que rige la renuncia; debe interpretarse. El acreedor que renuncia á la solidaridad por los intereses vencidos, no cree renunciar á la solidaridad por los intereses por vencer ni por el capital. (1)

351. Hay un cuarto caso de remisión tácita. El pago dividido de intereses se continúa durante diez años consecutivos; en este caso, el acreedor pierde la solidaridad por el capital y los intereses futuros (art. 1,212). Esta desición se funda en una grande probabilidad. Cuando el acreedor recibe cada año durante un lapso de tiempo de diez años, el pago dividido de intereses, no considera ya al deudor como solidario, y renuncia, por tanto, á la solidaridad. Debe creerse así, puesto que de él depende destruir esta presunción; no tiene que hacer más que sus reservas, y basta que haya reservado sus derechos en un solo recibo dado durante este largo espacio de tiempo, para que la presunción se destruya y conserve todos sus derechos.

Decimos que se necesitan diez pagos hechos de año en año. Esta es la opinión común y se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 1,212 exige un "pago dividido que continúe durante diez años consecutivos," y, por tanto, no bastaría un solo pago que comprendiese las diez anualidades vencidas. ¿Por qué? Porque esta no es más que una sola manifestación de la voluntad, y la ley no ataca la presunción de renuncia, sino por una voluntad repetida. ¿Cuántas veces debe ser repetida? Durante diez años consecutivos. La ley no se limita á decir durante diez años; quiere que sean diez años "consecutivos," lo que supone

1 Durantón, t. XI, pág. 290, núm. 236.

que el acreedor declara cada año, la misma intención. En la opinión contraria se contentan con tres pagos; esto es arbitrario y no está de acuerdo con el espíritu de la ley, porque tres pagos dan, ciertamente, una mediana probabilidad, mucho menor que diez pagos repetidos de año en año. (1)

352. ¿Cuál es el efecto de la remisión tácita? En principio, la remisión tácita debe tener el mismo efecto que la remisión expresa, porque es un mismo hecho jurídico basado en la voluntad del acreedor; y siendo la intención la misma, los efectos también deben ser los mismos. El Código lo dice para la cuestión de saber si la renuncia es absoluta ó relativa; según el art. 1,211, el acreedor que recibe un pago dividido de uno de los deudores, no renuncia á la solidaridad sino respecto á este deudor. Lo mismo sucede en los otros casos de renuncia tácita. En cuanto al efecto de la remisión tácita respecto de los otros deudores, la ley nada dice. Hay dos casos en los cuales no hay duda alguna: el acreedor recibe separadamente la parte de uno de los deudores en el capital ó en los intereses; no puede ya demandar á los otros deudores el capital, sino con deducción de lo que ha percibido y los intereses, deduciendo lo que ha recibido; porque no puede demandar dos veces la misma cosa. Cuando el acreedor demanda un pago dividido judicialmente, nada recibe, esto es una simple renuncia á la solidaridad; ¿podrá todavía demandar á los otros deudores el total de la deuda? Nó; debe aplicarse á la solidaridad tácita lo que la ley dice de la solidaridad expresa (art. 1,210). Poco importa que en nuestra opinión esta disposición sea contraria á los principios, no por eso deja de ser una regla establecida por el Código que debe

1 Mouricault, Discurso núm. 33 (Loeré, t. VI, pág. 249). Duranton, t. XI, pág. 290, núm. 236 y la mayor parte de los autores. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 418, núm. 491.

aplicarse á la remisión tácita, porque habría una inconsecuencia injustificable en admitir para la renuncia tácita un principio que el Código ha rechazado para la renuncia expresa. Agregamos también el caso en que la renuncia del acreedor resulta del pago hecho, durante diez años de intereses, por la parte de uno de los deudores.

353. ¿Puede admitirse la renuncia á la solidaridad fuera del caso previsto por la ley? Se dice que nó, porque no debe presumirse fácilmente la renuncia de sus derechos. (1) Esto es muy absoluto. Sin duda, los casos de renuncia previstos por la ley son de estricta interpretación, en el sentido de que en estos casos la renuncia no existe sino bajo las condiciones determinadas por la ley. Pero puede haber otros casos de renuncia tácita; esta no es una cuestión de derecho, es una cuestión de "hecho," como sucede en todos los casos en que el consentimiento es tácito. Las sentencias que se citan, no han decidido que la renuncia tácita no existe sino en los casos de los arts. 1,211 y 1,212, han decidido que el deudor que pretendía estar libre de la solidaridad, no lo estuvo. En los casos juzgados por estas sentencias, no hubo la menor duda, porque los hechos de donde se pretendió deducir la liberación de la solidaridad fueron extraños al acreedor. (2) ¿Puede haber renuncia á la solidaridad, ó si se quiere, liberación de la solidaridad sin el concurso del acreedor? La negativa es demasiado evidente, para que haya necesidad de insistir.

§ III.—EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS.

Núm. 1. Principio general.

354. Hay un lazo entre los codeudores, porque han con-

1 Dalloz, *Repertorio*, palabra *Obligaciones*, núm. 1,457.

2 Rouen, 14 Floreal, año XI (Dalloz, palabra *Fianza*, núm. 300). Douai, 16 de Noviembre de 1842 (Dalloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 2,008).

sentido en estar obligados por una misma deuda, cada uno por el todo. Pero no cada uno tiene en la deuda común un interés por el total; desde que hay varias personas interesadas en el pago de una deuda, no importa como el interés se divide necesariamente. Hay, pues, entre los codeudores solidarios un lazo común y un interés dividido. ¿De dónde resulta este lazo común? Ahí en donde hay una comunidad establecida por un convenio, hay una sociedad; los codeudores solidarios son, pues, asociados, y, por consiguiente, mandatarios los unos de los otros; este principio ha sido siempre admitido para toda solidaridad. Si no explica todos los efectos que la solidaridad produce, según el Código Civil, en favor del acreedor, basta para dar razón de los efectos que la solidaridad produce entre los codeudores.

El lazo común que une á los codeudores, produce el efecto de que cada deudor tiene mandato para hacer lo que es útil á todos, y, por tanto, todo lo que pueda mejorar su situación respecto del acreedor. Este principio da lugar á dificultades en la aplicación. Uno de los deudores obtiene un fallo contra el acreedor, ¿los codeudores lo aprovechan? Volveremos á ver esta consecuencia al tratar de la cosa juzgada. Uno de los deudores hace la protesta al acreedor, éste se niega á prestarla; y como esta es una transacción favorable á todos los acreedores, todos la aprovechan, como lo diremos en el capítulo "De la Protesta." (1)

El interés dividido que cada deudor tiene en la deuda, no puede oponerse al acreedor, puesto que respecto de él, cada uno de los codeudores es considerado como el único deudor; pero entre codeudores este interés particular vuelve á tomar toda su fuerza, cuando se ha pagado; este es el principio que nos falta desarrojar.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 31, notas 35 y 36, pfo. 298 ter.

*Núm. 2. División de la deuda.*

355. "La obligación contraída para con el acreedor, se divide de pleno derecho entre los deudores que no están obligados entre sí, más que por su parte y porción de cada uno" (art. 1,213). Esta división de la deuda solidaria es una consecuencia del principio tradicional que acabamos de recordar: los codeudores están asociados por la deuda, y tienen, por consiguiente, un interés dividido, como dice Pothier: "Cada una de las personas obligadas, es deudora por sí solamente en cuanto á la parte que ha tenido en la deuda." Debe suponerse que esta parte es la misma para cada uno, porque de otro modo, aquellos cuya parte es menor, tendrían cuidado de declararlo en el contrato; así, pues, están obligados todos por su parte igual, salvo que prueben lo contrario, lo cual les es permitido; el art. 1216, lo dice para el caso en que la deuda haya sido contraída en interés exclusivo de uno de los deudores; y lo mismo debe ser cuando la deuda es de todos los deudores, mas en igual proporción. (1)

356. Los codeudores están obligados con respecto al acreedor, cada uno por el total, mientras que entre sí, la deuda se divide; de ahí, el principio del recurso que debe tener contra sus codeudores el que paga el total (artículo 1,214), cuyo recurso pertenece á todos los que, estando obligados solidariamente, son estrechados á pagar la deuda por el total; entonces es cuando son codeudores obligados por el mismo título: la deuda debe dividirse entre ellos; por consiguiente hay lugar á recurso. Es lo mismo con los codeudores de un delito, aunque hay motivos para dudar. La división de la deuda solidaria y el recurso que resultan, se fundan en la idea de la sociedad y del mandato que im-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 245, núm. 147 bis, I.

plica; pero no puede haber sociedad para un delito. Esto es cierto, mas es preciso no olvidar que la teoría del mandato no es una ley, no es más de una explicación de la solidaridad, explicación que no está admitida por todos los autores. El legislador da una regla general en los artículos 1,213 y 1,214, y debe aplicarse en todos los casos, aun cuando la teoría del mandato no sea aplicable. Hay otro motivo jurídico que justifica suficientemente la división de la deuda entre los autores de un mismo delito y el recurso del que se obligó á pagar toda la deuda. Por esto mismo son todos culpables y deben sufrir la misma pena, y siendo el pago de daños y perjuicios la consecuencia del delito, todos deben, pues, sufrirla, si nó uno sería castigado menos que otro; lo cual es inadmisibile bajo el punto de vista penal; y los principios del derecho civil se oponen igualmente, porque todos los que causan daño, deben repararlo, y si uno solo paga toda la deuda, debe tener un recurso contra sus codeudores, pues de lo contrario, estos se enriquecerían á sus espensas. Esta es la doctrina de Pothier. (1)

357. Hay alguna incertidumbre en la doctrina de Pothier sobre la naturaleza de la acción que pertenece al deudor contra sus codeudores. La ley la llama una acción repetida. En la doctrina tradicional, el recurso se funda en la sociedad que existe entre los codeudores, que es una acción personal. Además, el codeudor que paga la deuda, está subrogado á la acción del acreedor en virtud del artículo 1,251, núm. 3, que le da derecho á las garantías reales que aseguran el pago del crédito. (2) Un autor moder-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 282. Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 246, núm. 147 bis, III.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 282. Colmet de Santerre, tomo V, núm. 147, y casi todos los autores. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Limoges, 8 de Agosto de 1832 (Dalloz, en la palabra *Prescripción Civil*, núm. 1,060.

no, M. Demolombe, ha contestado esta teoría; según él, la verdadera causa, la causa única del recurso será el pago hecho por uno de los codeudores en interés de los que eran deudores como él y á quienes ha procurado su descargo. (1) Es cierto que sólo el hecho del pago por el cual se libra á un tercero da una acción contra ese tercero, mas se pregunta cuál es esta acción; si no es la que procede del mandato, sólo queda la consideración de equidad que produce una acción que Pothier llama acción útil de gestión de negocios, y que en la escuela se designa bajo el nombre de acción de *in rem verso*; esta es una acción menos favorable que la del mandato y que la gestión de negocios, puesto que el demandante debe probar que ha hecho un pago al deudor que libró, y que no tiene recurso más que en los límites de la ventaja que le procura. ¿Es esta la teoría del Código? Basta con leer el art. 1,214 para convenirse de lo contrario. El que ha pagado toda la deuda, puede repetir contra cada uno de sus codeudores la parte por la cual se obligaron en la deuda, y no hay nada que probar, sino el pago hecho. Esto prueba que los autores del Código han admitido implícitamente la doctrina de Pothier, su guía habitual.

358. Esto no basta para explicar el art. 1,214. Se pregunta por qué la ley divide el recurso, no siendo admitida la repetición contra los codeudores, más que por la parte y porción de cada uno de ellos. Si el deudor solidario no tiene acción más que en virtud de la sociedad que existe entre él y sus codeudores, la respuesta es bien sencilla: asociados por partes iguales, cada uno debe ser obligado por una parte igual. Mas el codeudor tiene, además, la acción que nace de la subrogación y puede tener de este cargo una acción hipotecaria; mas estas acciones son indivisibles. El acreedor tiene una acción por el total contra cada uno de

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 360, núms. 421 y 422.

los deudores solidarios, siendo esta la acción que, en virtud de la subrogación, pasa al deudor, puesto que está subrogado á los derechos del acreedor á quien paga; así, pues, tiene derecho de perseguir á cada uno de sus codeudores por el total, haciendo deducción de la parte que á él mismo corresponde en la deuda común. Si hay una hipoteca agregada al crédito, el subrogado debería tener la acción hipotecaria por el total, en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca. ¿Por qué las acciones indivisibles con respecto al acreedor subrogante se dividen cuando son ejercidas por el deudor subrogado? La derogación al derecho común es evidente. Pothier lo explica como sigue: "La razón es distinta, habría un círculo de acciones, porque aquel de mis codeudores á quien yo hubiera hecho pagar el total del crédito, deducida mi parte, pagando tendría derecho de ser igualmente subrogado en los derechos del acreedor con deducción de la parte de que él mismo está obligado, y en virtud de esta subrogación, tendría derecho de exigirme, con la deducción de su parte, lo que él me hubiera pagado, puesto que yo estoy obligado conmigo mismo solidariamente. Yo no podría decir para defenderme de este círculo, que no soy ya deudor y he pagado al acreedor, porque por el medio de la subrogación, el pago que yo he hecho no extingue la deuda sino por la parte de que yo estuve obligado conmigo mismo, y no por lo demás. Pero habiendo sido reembolsado por mi codeudor que también estaría subrogado, este crédito por el sobrante, y con deducción de la parte de que él mismo está obligado, pasaría también á la persona de este codeudor, y tendría, por tanto, derecho de ejercer contra mí las acciones del acreedor por el excedente y de exigirme lo que me ha pagado. "¿A qué viene este círculo de acciones, puesto que, en definitiva, cada uno de los deudores debe pagar una parte en la deuda y solamente esta parte? ¿No es más fácil

dividir la acción inmediatamente, cuando el deudor ejerce su recurso contra sus codeudores? (1)

Esta explicación no parece satisfacer á los autores modernos, pero las que ellos dan lo son todavía menos, á juzgar por la grande diferencia de ideas que reina en esta materia; cada autor tiene su sistema (2) Creemos inútil discutir todas estas teorías, puede oponerse á todas una denegación, ó sea, que los autores del Código no las han consagrado, por la excelente razón de que las ignora Debemos responder, sin embargo, á una objeción que un excelente autor hace á la opinión de Pothier. M. Colmet de Santerre niega que haya círculo de acciones: invoca la regla de que el subrogado no puede obrar contra el subrogante. ¿La regla *Nemo censetur subrogasse contra* (3) es aplicable al caso? No lo creemos. Significa que la subrogación no puede perjudicar al subrogante; mas tampoco el círculo de acciones perjudica á los codeudores, puesto que tiene el fin de hacer pagar á cada uno lo que se le debe.

¿No es lo más natural que este pago dividido se haga desde el principio?

359. Hemos supuesto que el art. 1,214 deroga el principio de la indivisibilidad de la hipoteca así como el principio de la subrogación. Este se ha discutido. Se ha pretendido, desde luego, que si el deudor solidario paga el total de la deuda sobre una demanda hipotecaria dirigida contra él, podrá invocar la regla general de la subrogación.

Es cierto que el art. 1,214 no puede oponerse á un tercero detentador, es deudor personal y permanece deudor

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 281.

2 Mourlón, t. II, pág. 573. Colmet de Santerre, t. V, pág. 248, núm. 148 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 371, núm. 432.

3 Nadie puede subrogarse contra sí (N. del T.).

dor personal aunque haya hipotecado uno de sus inmuebles para seguridad de la deuda de la que responde solidariamente; se debe, por consiguiente, aplicarle al artículo 1,214. La Corte de París lo juzga así, (1) y esto no es dudoso.

También se ha sostenido ante la Corte de Casación de Bélgica, que el recurso decidido establecido por el artículo 1,214 no se aplica más que á la acción personal que el deudor tiene contra sus codeudores en virtud de la sociedad que les une; si uno de los deudores, dicen, es detentador de un inmueble hipotecado á la deuda solidaria, no es el art. 1,214 el que se le debe aplicar, sino la regla que rige la subrogación y sus efectos. La Corte rechazó este sistema como contrario al texto y al espíritu de la ley. El texto de los arts. 1,213 y 1,214 es absoluto; no distingue entre la acción personal y la acción hipotecaria, pero cuando la ley es general, el intérprete no puede introducir una distinción que llegaría á modificar la ley. Toda distinción es, por otra parte, rechazada por los motivos mismos de la luz, que tiene por objeto impedir los círculos de acción y de reducir los efectos de la subrogación á los límites que asienta. Esto es decisivo. (2)

360. El deudor que paga toda la deuda y se hace subrogar convencionalmente á los derechos del acreedor, ¿podrá ejercer los derechos que da la subrogación, es decir, obrar por el total contra sus codeudores, hecha la deducción de su parte en la deuda? Nó, deberá dividir su recurso conforme al art. 1,214. El Código lo decide así en un caso análogo, el del heredero que paga en virtud de la hipoteca, toda la deuda en la que no debía saportar perso-

1 París, 30 Ventoso, año XIII (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,455).

2 Casación, 17 de Diciembre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 63). Compárese Durantón, t. XI, págs. 297 y siguientes, núm. 244.

nalmente más que su parte hereditaria; no tiene más que un recurso dividido contra sus coherederos, dice el artículo 875, aun en el caso en que se hubiera hecho subrogar á los derechos del acreedor á quien pagó. La razón es muy sencilla y se aplica también á los codeudores solidarios. La subrogación convencional es idéntica á la subrogación legal y produce los mismos efectos. ¿Qué importa, pues, que el que está subrogado por la ley, se haga subrogar por convenio? Es inútil lo que hace. Sería, por otra parte, contrario á todo principio que cuando la ley quiere impedir un círculo inútil de acciones, modificando los efectos de la subrogación, las partes interesadas tuviesen el poder de derogar una disposición que tiende al orden público, previniendo acciones inútiles. (1)

361. ¿Cuál es el objeto del recurso que el deudor tiene contra sus codeudores? El art. 1,214 dice que es una repetición; el deudor puede repetir lo que ha pagado, hecha la deducción de su parte. ¿Puede reclamar los intereses de este anticipo? Aquí importa precisar la acción en virtud de la cual se obra. Si se admite la doctrina tradicional de la sociedad, la solución no es dudosa. La sociedad supone un mandato; y si es como mandatario (como el deudor paga toda la deuda, puede invocar el art. 2,001, en cuyos términos, el interés de los anticipos hechos por el mandatario, le es debido por el mandante desde el día en que se justifiquen los anticipos. Hay dos autores que invocan también el art. 2,028, según el cual el fiador que ha pagado tiene su recurso contra el deudor principal, tanto por el capital como por los intereses. Esto es dudoso; á la verdad, se dice que los codeudores solidarios son fiadores los unos de los otros por todo lo que exceda de la parte de cada uno en la deuda común. Pero los mismos que hacen esta asimilación juzgan que hay diferencias considerables

1 Durantón, t. XI, pág. 296. núm. 244 y todos los autores.

entre los fiadores y los deudores solidarios; más vaia, puea, hacer á un lado las reglas espéciales que rigen la fianza para atenerse á la doctrina tradicional de la sociedad y del mandato. (1)

362. Cuando uno de los codeudores solidarios se encuentra insolvente, dice el art. 1,214, la pérdida que ocasiona su insolvencia se reparte, por contribución, entre los otros codeudores solventes y el que hace el pago. ¿Por qué todos los codeudores responden de la insolvencia de uno de ellos? Esto es una consecuencia del lazo que les une. Estando asociados, aprovechan del beneficio de esta asociación, en el sentido de que todos pueden invocar lo que uno de ellos hace de favorable para la deuda (núm. 245); deben también responder todos de lo que suceda desfavorable á uno de ellos: esta es la ley de la igualdad que debe reinar entre asociados, y esta ley sería burlada, sin motivo alguno, si el que por un simple accidente ó por la voluntad del acreedor, ha pagado toda la deuda, debiese soportar sólo la pérdida que resulta de la insolvencia. En este sentido, dicen los autores, que los deudores solidarios son fiadores los unos para con los otros; la obligación de garantizarse de los efectos de la insolvencia de uno de ellos es una consecuencia de la sociedad: entre asociados las pérdidas deben dividirse, lo mismo que los beneficios. (2)

363. La aplicación del principio ha dado lugar á una dificultad que el art. 1,215 ha terminado, pero esta disposición ha suscitado nuevas controversias. Se supone que el acreedor hace remisión de la solidaridad á uno de los deudores; dirige, en seguida, su acción contra otro codeudor y se encuentra que hay otro codeudor insolvente. La

1. Durantón, t. XI, pág. 303, núm. 246. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 32, nota 38, pfo. 298 *ter*.

2. Colmet de Santerre, t. V, págs. 249 y siguientes, núm. 149 *bis*, I y II.

cuestión es saber si el deudor descargado de la solidaridad debe soportar una parte en la insolvencia. El art. 1,215 responde: "La parte de los insolventes será distribuida entre todos los deudores, aun los descargados anteriormente de la solidaridad por el acreedor." A primera vista se cree que esta disposición viola el principio que rige el efecto de la solidaridad. Los deudores conjuntos, pero no solidarios, no están obligados á garantizarse de la insolvencia; si los codeudores solidarios deben esta garantía, es por un efecto de la solidaridad. Y como uno de los codeudores es descargado de la solidaridad, llega á ser simple deudor conjunto. ¿No debe concluirse que no está obligado á soportar una parte en la pérdida que resulta de la insolvencia?

Hay autores que convencidos de que los principios se oponen á que el deudor descargado de la solidaridad, esté también obligado como deudor solidario, en lo que concierne á la garantía de la insolvencia, han ensayado dar otra interpretación al art. 1,215. (1) Según ellos, el reparto contributorio que se hace entre los codeudores y el deudor descargado de la solidaridad no tienen por objeto obligar á este á pagar su parte en la pérdida; el único objeto de este repartimiento es hacer el cálculo de la parte que cada uno de los deudores debe soportar en la insolvencia; en cuanto á la parte que hubiera estado á cargo del deudor librado de la solidaridad, es una pérdida que el acreedor debe llevar sobre sí, porque es por su hecho por lo que los codeudores se ven privados del recurso que hubieran tenido contra el codeudor si el acreedor no le hubiese remitido la solidaridad. Esta interpretación del art. 1,215 es inadmisibles; está en oposición con el texto y con el espí-

1 Esta es la opinión más general: Delvincourt, Toullier, Durantón, Aubry y Rau ( t. IV, pág. 33, nota 43, pfo. 298 *ter*).

ritu de la ley. El artículo dice claramente que los codeudores "contribuyen" todos en la pérdida de la insolvencia, y contribuir, quiere decir pagar; la palabra tiene ciertamente este sentido cuando se trata de los codeudores que permanecen solidarios, debe tener el mismo sentido cuando se trata del codeudor descargado de la solidaridad; ¿se concibe que una misma expresión tenga dos sentidos diferentes en una misma frase? Nosotros decimos que el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto. Los autores del Código han seguido la idea de Pothier, lo que prueba que la disposición del art. 1,215 no podría estar, como se pretende, en oposición con los principios de la solidaridad. La dificultad que el art. 1,215 decide, es menos una cuestión de derecho que de intención. Se trata de saber si el acreedor que remite la solidaridad á uno de los deudores cree descargarle de los riesgos de la insolvencia para tomar estos riesgos á su cuenta. Ciertamente no es tal la intención del acreedor; no es posible suponer esto, porque resultaría que el acreedor renuncia á una parte de su crédito, cuando solamente quiere descargar al deudor de la acción solidaria que hubiera podido ejercitar contra él; el acreedor le desliga de la solidaridad en cuanto á él, pero no respecto de sus codeudores. Tal es la explicación que el orador del Gobierno da del art. 1,215. "El acreedor, dice Bigot-Préameneu, no es dueño de romper el lazo de derecho que existe entre los deudores; si divide la deuda respecto de él, no debe concluirse que haya interrumpido los recursos respectivos de los codeudores entre sí; la división de la deuda no ha podido ser consentida ni aceptada sino salvo el derecho de otro. Así, el codeudor descargado de la solidaridad respecto del acreedor, ha debido contar que le queda aún una obligación que cumplir respecto de sus codeudores en caso de insolvencia de cualquiera de ellos." Se ve que el orador del Gobierno no supone que los co-

deudores pueden tener un recurso contra el acreedor, desde que ellos deben tenerlo contra el deudor descargado. (1)

364. Los principios que rigen el recurso, reciben excepción cuando el negocio por el que se ha contraído la deuda solidariamente, se refiere sólo á uno de los coobligados solidarios. Este, según el art. 1,216, estará obligado por toda la deuda respecto de los otros codeudores, que sólo serán considerados, respecto de él, como sus fiadores. Esto sucede todos los días en las empresas de trabajos públicos. El Gobierno exige dos fiadores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empresario y los de los derechos que tendrá que ejercer contra él; estos fiadores deben obligarse solidariamente; el Estado tiene, pues, tres deudores solidarios contra los cuales tiene todos los derechos que resultan de la solidaridad. (2) Poco importa que dos de estos deudores no sean más que fiadores del tercero; esto requiere las relaciones de los codeudores entre sí. El codeudor fiador podrá, por tanto, estar obligado á pagar toda la deuda y tendrá, en este caso, un recurso por el total contra el empresario, que es el verdadero deudor. Y si el empresario paga toda la deuda, no hay que decir que ningún recurso tendrá contra sus fiadores. (3)

365. La asimilación errónea que se hace entre los deudores solidarios y los fiadores, ha dado lugar á una cuestión controvertida. En los casos previstos por el art. 2,032, el fiador, aun antes de haber pagado, puede obrar contra el deudor, á fin de ser indemnizado. Se pregunta si por analogía, puede uno de los deudores solidarios después de vencida la deuda pero antes de ser pagada, obrar contra los

1 Exposición de Motivos, núm. 95 (Loaré, t. VI, pág. 164). Colmet de Santerre, t. V, pág. 251, núm. 150 bis, I. Demolombe, t. 26, pág. 375, núms. 437-441.

2 Casación, 19 Prairial, año VII, (Dalloz, palabra *Fianza*, número 203, I).

3 Durantón, t. XI, pág. 292, núm. 241 y todos los autores.

otros para estrecharles á contribuir con él al pago de la deuda común. La cuestión es singular. Para que se pueda argumentar por analogía, debe haber el mismo motivo de decidir, y la disposición que se quiere aplicar por analogía, debe ser una regla de derecho común. Y el derecho que el art. 2,032 da al fiador, tiene la naturaleza especial de la fianza; pues esto es un servicio de amigo prestado por el fiador; se concibe, por tanto, que la ley se muestre favorable al fiador; en tanto que es severa para el deudor que recibe un servicio gratuito. La solidaridad, por el contrario, es un acto interesado; ¿por qué uno de los deudores había de tener una acción contra el otro antes de haber pagado? Creemos inútil insistir en demostrar un error que es evidente. (1)

SECCION VI.--De las obligaciones divisibles é indivisibles.

§ I.--NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Principios.

366. Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, escribió una monografía sobre la indivisibilidad, cuyo título *Estricatio labyrinthi dividui et individui* es algo pretencioso. ¿Por qué se considera como laberinto la materia de las obligaciones indivisibles, cuando es conveniente buscar la clave? Hay en el Digesto, textos oscuros ó contradictorios que se trata de conciliar para deducir reglas ciertas. Dumoulin creyó haberlo conseguido; pero su confianza, según Durantón, es demasiada. Poco nos importan, en el día, los textos romanos, eso pertenece á la historia. Habríamos preferido que el jurisconsulto consultara su

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 32, nota 41, pfo. 298 *ter.* Rom. 18 de Agosto de 1840 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,439). En sentido contrario, Rodiere, pág. 97, núm. 131. Larombière, t. II, página 694, núm. 3 del art. 1,216 (Ed. B. t. 11, pág. 78).

penetrante ingenio, y no se complicase en el dédalo de las autoridades. Todo su trabajo fué inútil, en el sentido que la teoría que creyó ser la de los jurisconsultos romanos, no es nada romana, y, sin embargo, ha sido aceptada por Pothier, que no está menos impaciente que Dumoulin por encontrar si las pretendidas reglas atribuidas al derecho romano están fundadas en razón. Lo mismo han hecho los autores del Código Civil, limitándose á formular en artículos las enseñanzas de Pothier. Vivamente se ha criticado la doctrina consagrada por el Código. Dice Toullier que la teoría de Dumoulin reproducida por el legislador francés, es oscura é ininteligible; el autor francés confiesa con un loable candor que no ha llegado á concebir una idea clara y precisa de las obligaciones indivisibles y de su naturaleza. (1) Los editores de Zachariæ dicen que estos reproches son exagerados. No tomaremos parte en este debate: nuestro trabajo consiste en hacer una explicación del Código, y sólo buscaremos los principios positivos de nuestro derecho, sin abandonar la razón de las leyes y sin someterlas tampoco, á una crítica que acabaría por formar un nuevo Código. Cuando invocamos la tradición, es para aclarar la legislación actual, y lo mismo haremos para las obligaciones indivisibles. Pothier será nuestro guía, puesto que es el legislador. Mas será conveniente tener en cuenta las innovaciones que los autores del Código han hecho á la doctrina de Pothier, en materia de indivisibilidad y sobre todo, en la teoría general de las obligaciones.

Núm. 2. Definición

367. El art. 1,220 dice: "La obligación que es susceptible de división, debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible. La divisibilidad no tie-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 457, núm. 749 y pág. 481, núm. 782.

otros para estrecharles á contribuir con él al pago de la deuda común. La cuestión es singular. Para que se pueda argumentar por analogía, debe haber el mismo motivo de decidir, y la disposición que se quiere aplicar por analogía, debe ser una regla de derecho común. Y el derecho que el art. 2,032 da al fiador, tiene la naturaleza especial de la fianza; pues esto es un servicio de amigo prestado por el fiador; se concibe, por tanto, que la ley se muestre favorable al fiador; en tanto que es severa para el deudor que recibe un servicio gratuito. La solidaridad, por el contrario, es un acto interesado; ¿por qué uno de los deudores había de tener una acción contra el otro antes de haber pagado? Creemos inútil insistir en demostrar un error que es evidente. (1)

SECCION VI.--De las obligaciones divisibles é indivisibles.

§ I.--NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Principios.

366. Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, escribió una monografía sobre la indivisibilidad, cuyo título *Estricatio labyrinthi dividui et individui* es algo pretencioso. ¿Por qué se considera como laberinto la materia de las obligaciones indivisibles, cuando es conveniente buscar la clave? Hay en el Digesto, textos oscuros ó contradictorios que se trata de conciliar para deducir reglas ciertas. Dumoulin creyó haberlo conseguido; pero su confianza, según Durantón, es demasiada. Poco nos importan, en el día, los textos romanos, eso pertenece á la historia. Habríamos preferido que el jurisconsulto consultara su

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 32, nota 41, pfo. 298 *ter.* Rom. 18 de Agosto de 1840 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,439). En sentido contrario, Rodiere, pág. 97, núm. 131. Larombière, t. II, página 694, núm. 3 del art. 1,216 (Ed. B. t. 11, pág. 78).

penetrante ingenio, y no se complicase en el dédalo de las autoridades. Todo su trabajo fué inútil, en el sentido que la teoría que creyó ser la de los jurisconsultos romanos, no es nada romana, y, sin embargo, ha sido aceptada por Pothier, que no está menos impaciente que Dumoulin por encontrar si las pretendidas reglas atribuidas al derecho romano están fundadas en razón. Lo mismo han hecho los autores del Código Civil, limitándose á formular en artículos las enseñanzas de Pothier. Vivamente se ha criticado la doctrina consagrada por el Código. Dice Toullier que la teoría de Dumoulin reproducida por el legislador francés, es oscura é ininteligible; el autor francés confiesa con un loable candor que no ha llegado á concebir una idea clara y precisa de las obligaciones indivisibles y de su naturaleza. (1) Los editores de Zachariæ dicen que estos reproches son exagerados. No tomaremos parte en este debate: nuestro trabajo consiste en hacer una explicación del Código, y sólo buscaremos los principios positivos de nuestro derecho, sin abandonar la razón de las leyes y sin someterlas tampoco, á una crítica que acabaría por formar un nuevo Código. Cuando invocamos la tradición, es para aclarar la legislación actual, y lo mismo haremos para las obligaciones indivisibles. Pothier será nuestro guía, puesto que es el legislador. Mas será conveniente tener en cuenta las innovaciones que los autores del Código han hecho á la doctrina de Pothier, en materia de indivisibilidad y sobre todo, en la teoría general de las obligaciones.

Núm. 2. Definición

367. El art. 1,220 dice: "La obligación que es susceptible de división, debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible. La divisibilidad no tie-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 457, núm. 749 y pág. 481, núm. 782.

ne aplicación más que con respecto á sus herederos." Esta es la aplicación de un principio elemental en materia de pago. "El deudor, dice el art. 1,244, no puede obligar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda, aunque sea divisible." El deudor debe pagar lo que se obligó á entregar, pues no es divisible la cosa entera que se prometió pagar. Esto supone que hay un acreedor y un deudor; mas si hay varios deudores ó varios acreedores la deuda ó el crédito podrán dividirse según el número de acreedores ó deudores, la ley lo dice (art. 1,200). Cuando el deudor ó el acreedor mueren dejando varios herederos, cada uno es, en este caso, deudor ó acreedor en la parte de su derecho hereditario, suponiendo que la obligación sea divisible. Si esta es indivisible, cada uno de los herederos del deudor estará obligado por toda la deuda, y cada uno de los herederos del acreedor podría exigir el total de la obligación (arts. 1,222 y 1,224). Lo que el Código dice del caso en que el deudor y el acreedor dejen muchos herederos, recibe también su aplicación en el caso en que haya, desde el momento del contrato, muchos deudores ó muchos acreedores. La obligación se divide entre ellos cuando es divisible, en tanto que no se dividiría si fuese indivisible. De donde se sigue que la cuestión de saber si una obligación es divisible ó indivisible no presenta interés sino en los casos en que haya muchos deudores ó muchos acreedores. Mientras que un solo acreedor está en presencia de un solo deudor, se aplica el principio de la indivisibilidad del pago, aun cuando la deuda fuese divisible. También el art. 1,220 supone que hay varios herederos, para que la obligación se divida en caso de muerte del deudor ó del acreedor; si cada uno deja sólo un heredero, quedaría bajo el imperio de la regla que formula el art. 1,220: entre un acreedor único y el deudor, la obligación, aun siendo divisible, debe cumplirse como si fuera indivisible. ¿Cuándo, pues, importa

saber si una deuda es divisible ó indivisible? Cuando hay más de un acreedor ó más de un deudor.

368. El art. 1,217 define la obligación divisible en estos términos: "La que tiene por objeto una cosa que entregar, ó un hecho que ejecutar, y es susceptible de división, sea material, sea intelectual." Es, pues, la naturaleza del objeto de una obligación, la que decide si la obligación es divisible; y lo será si el objeto es divisible.

¿Qué se entiende por objeto divisible? Según el art. 1,217, puede haber dos especies de divisiones, una material y otra intelectual; la una, dice Pothier, se hace en partes reales y divididas, la otra se hace en partes intelectuales é indivisas. Cuando se divide en dos una extensión de terreno poniendo un límite en el medio, la división es material; las partes del fundo que están separadas una de otra por el límite, son dos partes reales y divididas. No es necesario que una cosa sea materialmente divisible para que la obligación sea divisible, basta que sea susceptible de una división intelectual. Muchas cosas no son capaces de una división material. Un caballo, dice Pothier, un plato de plata no son divisibles materialmente, porque se destruirían si se quisiera separarles en partes reales y divididas. Pero estas cosas son susceptibles de una división intelectual, porque pueden pertenecer á varias personas por una parte indivisa, y, por tanto, la obligación de entregarles, es una obligación divisible.

Quando la obligación tiene por objeto un hecho, es divisible si el hecho es susceptible de una división material ó intelectual. Yo me obligo á entregaros cien piezas de tela; la obligación es divisible porque la prestación puede dividirse. Todas las obligaciones de hacer de cosas que pueden entregarse á medida de su confección, son divisibles; la ley misma lo dice: en los términos del art. 1,791, cuando se trata de una obra en muchas piezas ó medidas,

puede ser hecha por todas las partes pagadas, si el dueño paga al obrero en proporción de la obra hecha. (1)

De que un objeto es susceptible de división intelectual ó material, no debe concluirse que siempre deba pagarse separadamente. Dirémos más adelante que en la intención de las partes contratantes, el pago frecuentemente debe hacerse indivisible, aun cuando la obligación sea perfectamente divisible.

369. Pothier distingue tres especies de indivisibilidad: la absoluta, la de obligación y la de pago. El Código ha reproducido estas distinciones. El art. 1,217 define la indivisibilidad absoluta: es la que tiene por objeto una cosa ó un hecho, que al entregarse ó cumplirse, no es susceptible de división material ni intelectual. Se la llama indivisibilidad absoluta porque la cosa ó el hecho que es objeto de la obligación es, por su naturaleza, no susceptible de división, de tal manera, que las partes contratantes no podrían, aunque lo quisieran, estipular ó prometer por parte, una cosa ó un hecho que no podría dividirse. Tales son, dice Pothier, las servidumbres reales, el derecho de paso por ejemplo. Es imposible concebir partes en un derecho de paso, y, por consiguiente, no se podría prometerlo ni estipularlo en parte. (2) Toullier ha replicado la indivisibilidad de las servidumbres. "Toda servidumbre, dice, tiene un objeto, un objeto más ó menos extenso, más ó menos limitado; yo puedo tener el derecho de pasar á pie, á caballo, en carruaje, de pasar para ir á tomar agua de mi vecino, para volverme á la Iglesia, al mercado, etc. (3) Sin duda, pero el objeto con el cual se puede estipular el ejercicio de un derecho, nada tiene de común con la esen-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 288. Durantón, t. XI, pág. 321, número 261.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 291.

3 Toullier, t. III, 2, pág. 484, núm. 787.

cia de este derecho. Yo tengo el derecho de pasar á pie, vos teneis el derecho de pasar á caballo, ¿podemos uno ú otro pasar por un tercero ó por un cuarto? Pasarémos individualmente, ó no pasarémos, y, por tanto, el derecho es indivisible, aunque el ejercicio del derecho pueda ser limitado: la indivisibilidad depende, no del ejercicio sino del objeto.

Toullier tiene razón en otro punto de su crítica, y es que la indivisibilidad de las servidumbres casi jamás produce una obligación indivisible en derecho moderno. En el antiguo derecho, las servidumbres, lo mismo que la propiedad, no eran adquiridas por el acreedor, por el sólo hecho del contrato, era necesaria la tradición.

Así pues, cuando el propietario de un fundo prometía una servidumbre de paso por este fundo, contraía la obligación, de una cosa indivisible, y, por tanto, su obligación era indivisible. No su cede lo mismo bajo el imperio del Código Civil. Los derechos reales se transmiten por el sólo efecto del contrato, sin tradición (art. 1,138); y, por tanto, desde el momento en que yo prometo una servidumbre de paso por mi fundo, la servidumbre existe; no hay ya obligación de constituir una servidumbre, y, por consiguiente, no puede haber una obligación indivisible. Para que haya obligación, hay que suponer uno de los raros casos en que el derecho real no se transmite por el contrato: tal sería una servidumbre de paso establecida sobre el fundo A ó sobre el fundo B, ó la promesa de una servidumbre por el fundo de un tercero. Toullier tiene razón de decir que no se encontraría un ejemplo de un acto semejante en nuestro voluminoso archivo de sentencias. Esto es, pues, de teoría.

Las obligaciones de hacer, pueden también ser indivisibles: tal sería la obligación de hacer un viaje á tal ciudad.

dad. Es cierto que si yo me obligo á ir á París, no puedo ir sino sucesivamente, de un lugar á otro; pero no es el hecho de viajar el objeto de la obligación, es el viaje cumplido. Así, pues, mientras no fuese á París, mi obligación no estaría cumplida en parte si me detuviese en el camino, porque se concibe en partes, una obligación semejante: el viaje se hace completo ó no se hace.

370. La indivisibilidad de obligación está definida por el art. 1,218: "La obligación es indivisible, aunque la cosa ó el hecho que es objeto, sea divisible por su naturaleza, si la relación bajo la cual se considera en la obligación no la hace susceptible de cumplimiento parcial." "Dirémos más adelante que la redacción de este artículo ha dado lugar á grandes dificultades. Tal como Pothier lo explica, la indivisibilidad de obligación es muy simple. Se supone que por su naturaleza la obligación es divisible, siendo susceptible de división material ó intelectual la cosa ó el hecho que es el objeto. Pero la voluntad de las partes es que sea indivisible. La voluntad de las partes tiene, pues, el mismo poder que la naturaleza de las cosas, en el sentido de que hace indivisible la obligación como si resultase de la naturaleza indivisible del objeto: no hay diferencia alguna entre la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad absoluta.

Hé aquí los ejemplos que Pothier da. La obligación de entregar una parte de tierra es divisible, porque la tradición puede hacerse por parte. El hecho que es el objeto de la obligación, siendo divisible, también lo es ciertamente la obligación. Pero si esta parte de tierra debe ser entregada al acreedor para servir á un destino especial para el cual se necesita todo el terreno, en este caso la intención de los contratantes hace indivisible la obligación; el deudor no podrá cumplir por parte, entregando una parte del fondo, porque esta no procuraría al acreedor una

utilidad proporcional á la que tenía en vista, ni le procuraría ninguna. Tengo necesidad de una hectarea para la construcción de una fábrica y estipulo que me la dareis en el lugar en que me propongo construirla. ¿Podreis cumplir esta obligación por parte, entregándome la tercera ó la cuarta parte de una hectarea? N6, porque esta tercera ó cuarta parte no me procuraría la tercera ó cuarta parte de la utilidad que me propongo sacar de mi venta, no me procuraría ninguna, puesto que no podría construir la tercera ó cuarta parte de una fábrica. (1) Pothier da aún otro ejemplo que desarroya largamente. La obligación de construir una casa es divisible por su naturaleza, porque puedo convenir con un albañil que me la construya por parte; por ejemplo, los cimientos. Mas nunca ciertamente, pasa eso. Se concibe que pasan, mas se concibe en rigor que un empresario trate con varios artesanos para las diversas partes de la construcción, y basta que esto pueda hacerse para que la obligación sea divisible por su naturaleza; más por lo común no es esa la intención del que construye, porque cuando hace trato con un arquitecto de construirle una casa, la construcción es un hecho indivisible, pues aunque es cierto que la construcción no puede hacerse más que por partes y sucesivamente, no es el hecho sucesivo de construir al que es objeto de la obligación, sino la obra misma terminada. ¿Será preciso decir que no hay casa sino cuando está enteramente concluida? Una tercera ó cuarta parte de construcción ¿me procuraría una tercera ó cuarta parte de la utilidad que veía en el contrato hecho con el arquitecto? Desde que la prestación parcial de la obligación no procura al acreedor una ventaja proporcionada á la que le procuraría la prestación total, no hay duda que haya querido estipular la prestación to-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 285. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 258, núm. 154 bis, VI.

tal. No es, pues, necesario que las partes digan que quieren contratar una obligación indivisible; este resulta claramente de su intención. (1)

371. El Código no define la indivisibilidad del pago. Después de haber explicado Pothier lo que se entiende por indivisibilidad absoluta y por indivisibilidad de obligación, agrega que hay una tercera especie de obligaciones indivisibles, las que son *solutions tantum*. (2) Es aquella, dice, que no concierne más que al pago de la obligación y no la obligación misma. Se supone, al contrario, que la obligación es divisible por su naturaleza y por la intención de las partes contratantes; es susceptible de partes, y se debe por parte; mas el acreedor puede exigir el pago del total, cuando el deudor muere dejando varios herederos, porque la indivisibilidad del pago no es, pues, más que una excepción en los efectos que produce la obligación divisible. Hé aquí por qué Pothier dice que la tratará en el artículo en que habla de las obligaciones divisibles, á cuya clase pertenecen desde que las obligaciones no son indivisibles más que en lo que concierne al pago. El Código sigue el mismo orden; en el primer párrafo intitulado "Del efecto de las obligaciones divisibles," trata de la excepción que tienen ciertas obligaciones divisibles, en el sentido de que uno de los herederos puede ser perseguido por el todo. Más lógico que Pothier, el Código no da el nombre de "obligaciones indivisibles" á aquellas que son realmente divisibles y que producen todos los efectos de las obligaciones divisibles, salvo la excepción que acabamos de mencionar.

Núm. 3. Aplicaciones.

I. Indivisibilidad absoluta.

372. Las colecciones de sentencias, no presentan ningun-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 292.

2 Solución solamente (N. del T.).

na aplicación de los ejemplos dados por los autores de la indivisibilidad absoluta y la indivisibilidad de la obligación, y no es que la palabra "indivisibilidad" no se encuentre en las sentencias, pues por el contrario, se encuentra con mucha frecuencia, sino que siendo la materia muy obscura sucede que los tribunales admiten obligaciones indivisibles con mucha ligereza. Reina una confusión extraordinaria en la jurisprudencia, en lo concerniente á la indivisibilidad, y decididamente aconsejamos á nuestros jóvenes lectores que desconfíen de las sentencias donde encuentren esta palabra.

La primera que hay, es bastante natural. El Código distingue la indivisibilidad absoluta de la indivisibilidad de obligación, no difiriendo más que bajo un solo concepto; una resulta de la naturaleza de la cosa ó del hecho que son objeto de la obligación y la otra existe en virtud de la voluntad de las partes contratantes; por lo demás, producen los mismos efectos. Así se explica la incorrección de una sentencia de la Corte de Casación donde se lee: "Atendiendo que toda obligación que no puede ser susceptible de una ejecución parcial, es indivisible por su naturaleza." (1)

En apoyo de esta definición, la Corte cita el artículo 1,218, y este artículo dice precisamente lo contrario de lo que la Corte le hace decir, porque supone una obligación cuyo objeto es "divisible por su naturaleza" y que es, sin embargo, indivisible por ser esta la voluntad de las partes contratantes. Esto no es más que una incorrección del lenguaje, es cierto, más las cortes y sobre todo, la Corte de Casación debían dar á la expresión de su pensamiento la misma precisión que á su argumento, y sobre todo, no hacer decir á la ley lo contrario de lo que dice. La misma sentencia dice: "Atendiendo que una obligación "indivisi-

1 Denegada casación, 11 de Enero de 1825 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,516).

ble por su naturaleza" es siempre "solidaria, aun cuando la solidaridad no fuese estipulada en el acto por el cual fué contraída. "Tomada á la letra esta proposición es un verdadero error.

Dirémos más adelante las diferencias considerables que existen entre las obligaciones solidarias y las indivisibles; no hay un juriconsulto que las ignore, porque esto es elemental, y ciertamente la Corte de Casación no ha querido decir que la indivisibilidad de una obligación la vuelve solidaria. Hay una relación entre la solidaridad y la indivisibilidad y es que en este caso el deudor responde del pago total de la deuda; mas esta analogía no basta para que se pueda asimilarlas, ni por comparación. Esta confusión se encuentra en más de una sentencia y es algunas veces tan enojosa que se hace imperdonable. ¿Es permitido decir que la solidaridad se deriva de la "naturaleza" de la obligación cuando toda obligación aunque sea por su "naturaleza" se puede volver solidaria por el convenio de las partes, mientras que la indivisibilidad depende de la naturaleza de la obligación? ¿Y se puede decir igualmente que la reparación del daño causado por un delito civil constituye un "objeto indivisible" para concluir que la condenación debe ser solidaria? (1) La decisión de la Corte es tan poco jurídica como su lenguaje. Concluye de la pretendida solidaridad que los herederos pueden ser perseguidos por el todo: sí, siempre que la obligación sea indivisible, mas no cuando la obligación es solidaria, porque ésta se divide entre los herederos. Volverémos á tratar más lejos sobre esta lamentable confusión.

373. Las servidumbres, que juegan tan gran papel en la escuela en materia de la indivisibilidad, no figuran para nada en las sentencias. No hemos encontrado más que

1 Sentencias del 29 de Enero de 1840 y del 8 de Noviembre de 1834.

una sola en que la palabra se encuentra, bien que en el fondo no era cuestión de servidumbre. El usufructuario de una casa contrae para con el propietario de una casa vecina la obligación de suprimir al primer requerimiento las ventanas que reconoce no existir más que por tolerancia. ¿Es esta una obligación indivisible? Se podría sostenerlo si la obligación hubiera sido contraída por el propietario de la casa; porque solo él puede renunciar una servidumbre, así como solo él puede establecerla; pero reconocer que las ventanas practicadas en una pared están toleradas por días, es renunciar al derecho que se puede tener de conservarlas á título de servidumbre, y siendo la servidumbre indivisible se podría decir que el convenio que concierne á un derecho de vista participa de la indivisibilidad. Aun esto es dudoso, porque la confesión del propietario hace fe y prueba que jamás existió la servidumbre; falta, pues, un simple hecho, el de abrir los días de tolerancia y esto no tiene nada de común con la indivisibilidad de la servidumbre. En el caso, juzgado por la Corte de Casación, la indivisibilidad de las servidumbres está fuera de causa, porque un usufructuario no tiene ningún derecho de estipular en nombre de la casa, ni por consiguiente, contraer una obligación personal: ¿esta es la obligación indivisible?

No lo es por su naturaleza. La indivisibilidad no puede, pues, resultar más que de la voluntad de las partes contrantes. No es esto lo que decide la Corte, dice en términos absolutos que la obligación es indivisible, sin motivar su decisión. (1) Se podría decir que la indivisibilidad es una palabra, de la cual, la jurisprudencia hace lo que quiere.

374. Hay otros derechos indivisibles: tal es la hipoteca, un derecho menos usual que las servidumbres. De que la

1 Casación, 25 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 361).

hipoteca sea indivisible, ¿será preciso concluir que la obligación de constituir hipoteca es una obligación indivisible? Se necesita ver desde luego cómo se ha contraído la obligación. Si el deudor promete una hipoteca sobre tal inmueble por tal crédito, la hipoteca existe en virtud del contrato, y no hay más obligación; así, pues, no podría ser cuestión de indivisibilidad. Se enseña invocando el art. del Código (2,114 y la ley hipotecaria, art. 41) que dice que la hipoteca es indivisible; (1), pero este es un error, á nuestra vista, si se entiende que la indivisibilidad es absoluta. Es cierto que el Código dice que la hipoteca es indivisible, más no lo es por su esencia, pues agrega: "por su naturaleza:" se puede estipular que la hipoteca será divisible, y siendo inaplicable la definición del artículo 1,217, no se puede decir que la obligación tenga por objeto una cosa ó un hecho que no es susceptible de división material ni intelectual. Esto es verdad tratándose de servidumbres, más no de hipoteca. ¿Dirán que por esto mismo las partes no declaran la hipoteca divisible y que queda indivisible, como lo es por su naturaleza? Respondemos que esto si es cuestión de intención, y cuando un derecho es indivisible en virtud de la intención de las partes contratantes, la cuestión es de hecho que el juez decide según las circunstancias de la causa; así, pues, podrá decidir que la obligación de proporcionar hipoteca, es divisible, mientras que no podrá decidir que la obligación de formar una servidumbre de paso, es indivisible en su esencia.

La jurisprudencia es contraria. Se ha juzgado que la obligación de dar hipoteca por el capital de una renta es indivisible sin duda alguna. La Corte de Gand encontró la cosa tan evidente que se dispensa el trabajo de motivar la decisión, y concluye diciendo que puede demandarse el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 48, nota 5, pfo. 301.

cumplimiento "solidariamente" contra cada uno de los herederos. (1) Observamos, desde luego, que el lenguaje es inexacto: cuando la obligación es indivisible, cada uno de los deudores, dice el art. 1,222, responde por el total, no dice que responde solidariamente; si la obligación es solidaria se divide, al contrario, entre los herederos del deudor. La obligación litigiosa no consiste simplemente en dar hipoteca, la escritura debe agregar: ó en reembolsar el capital. Para determinar la naturaleza de la deuda, es preciso ver lo que el acreedor demanda ó lo que el deudor paga. Si es el reembolso del capital, no puede tratar de indivisibilidad, y menos de indivisibilidad absoluta, porque nada es más divisible que el capital de una renta. En cuanto á la obligación de dar hipoteca, puede decidirse si esa es la intención de las partes contratantes. En definitiva, no pudo tratarse sino de una indivisibilidad de "obligación" y no de una indivisibilidad "absoluta," pues de una obligación indivisible por la voluntad de las partes contratantes, no puede decirse que sea incontestablemente; es decir, evidentemente indivisible, debe probarse que tal es la intención de las partes.

La sentencia de la Corte de Gand ha sido pronunciada sobre las conclusiones contrarias del abogado general M. De Bavay, dice que cuando llega á morir el deudor sin haber constituido hipoteca, la deuda se divide entre los herederos, y, por consiguiente, también la obligación de constituir hipoteca por la parte de cada uno en la deuda. Esto es cierto, pero con una restricción, y es, que lo contrario puede resultar de la voluntad de las partes contratantes; no hay indivisibilidad absoluta, pero puede haber una indivisibilidad de obligación. La cuestión se ha decidido en este sentido por una sentencia de la Corte de Bru-

1 Gand, 5 de Junio de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 224).

selas. En el caso, se trató también de una hipoteca por constituir, para la garantía de una renta por los deudores, y si éstos no cumplieran esta obligación, debían reembolsar capital é intereses. La Corte decidió que según los principios que rigen la materia en el momento del contrato, como según la intención evidente de las partes, la obligación de dar hipoteca es indivisible, puesto que razonablemente no es posible aponer que el acreedor hubiera preferido, en cualquiera circunstancia, en lugar de una sola garantía por hipoteca, diferentes fracciones de rentas garantizadas por hipotecas diferentes. La Corte concluyó que si en lugar de constituir hipotecas, los deudores reembolsan el capital, deben reembolsarlo completo; sin esto, el acreedor estaría expuesto á recibir un reembolso parcial y una renta fraccionada, lo que sería contrario á la voluntad de las partes contratantes. (1)

375. El art. 2,038 dispone que la garantía es indivisible, no obstante la divisibilidad de la deuda entre los herederos del deudor ó los del acreedor. Este es el principio de la indivisibilidad de la hipoteca. Debe aplicarse á la garantía lo que acobos de decir de la garantía hipotecaria: la obligación de dar una garantía, no es indivisible en virtud del art. 1,217; puede serlo y lo es ordinariamente en virtud del art. 1,218; pero el juez también podría decidir que no lo es fundándose en la intención de las partes contratantes.

Este principio recibe su aplicación en la anticresis. La Corte de Casación ha concluido que la acción de nulidad de un acto de venta que disfraza una anticresis es indivisible, y, que, por consiguiente, puede ser ejercida, por el todo, por uno solo de los herederos del pretendido vendedor.

1 Bruselas, 18 de Diciembre de 1842 (*Basierisia*, 1843, 2, 215. La sentencia habla de una deuda *solidaria*, en tanto que la Corte dice que es indivisible.

¿No es esto traspasar el principio de la indivisibilidad de la garantía? La ley define en qué consiste la indivisibilidad; el heredero del deudor que ha pagado la parte de la deuda no puede demandar la restitución de su parte en la garantía, mientras la deuda no está enteramente cubierta; y el heredero del acreedor que ha recibido su parte de la deuda no puede quitar la garantía en perjuicio de aquellos de sus coherederos que no han pagado. La cuestión que se presentó ante la Corte, fué otra; se trató de saber si hubo anticresis ó venta. Sin duda, entre las partes la cuestión fué indivisible, en el sentido de que el acto debió ser ó una venta ó una anticresis, porque la intención de las partes no fué hacer un contrato mixto. Faltó, pues, fundar la indivisibilidad en la voluntad de las partes contratantes y no en la indivisibilidad de la garantía, pues no fué una indivisibilidad absoluta, ni pudo ser sino una indivisibilidad de obligación. (1)

376. La Corte de Casación ha juzgado que el fijar la altura del desagüe de una cuenca es un hecho que no es susceptible de división ni material ni intelectual, de donde se sigue la consecuencia de que en su cumplimiento es un hecho indivisible entre los propietarios, por indiviso de una cuenca; no se concibe, dice la Corte, que esté arreglado de tal manera respecto de uno y de tal manera respecto de los otros. (2) La decisión nos parece dudosa. Es cierto que una cuenca, con agua, ó seca, es divisible en partes materiales. Resta saber cuál es el oficio de un desagüe regulador. Esta es una medida, ó una marca puesta en la cuenca para determinar la extensión y para reconocer los verdaderos límites. El desagüe tiene por objeto impedir los anticipos de parte de los ribereños cuando las aguas

1 Denegada casación, 28 de Abril de 1857 (*Dalloz*, 1857, 1, 219).

2 Denegada casación, 9 de Agosto de 1831 (*Dalloz*, palabra *Obligaciones*, núm. 1512, 1°).

disminuyen y de parte de los propietarios de la cuenca cuando aumentan. Así, se trató de averiguar un derecho de propiedad, pero el derecho de propiedad es un derecho divisible, y de que este derecho esté en indiviso no se sigue que sea indivisible. Supongamos se ha reconocido por uno de los copropietarios de la cuenca que las aguas no deben traspasar cierto límite. Esto impide que respecto de otro copropietario de la cuenca se haya reconocido que la extensión de las aguas puede ser mayor. En esta hipótesis se sostendría que las aguas tenían esta última altura; quedando á salvo que el otro copropietario pagase una indemnización al ribereño cuyo terreno estuviese cubierto por las aguas más de lo que debería estarlo según el derecho de este copropietario. No puede, pues, decirse que el fijar la altura de la vertiente sea un hecho que no supone división alguna.

Se ha juzgado en el mismo sentido que la fijación de la altura de una puerta á la entrada de un canal es un hecho que en su cumplimiento es indivisible entre los propietarios ribereños. La Corte de Casación ha concluido que la sentencia que fija la altura de una compuerta tiene, á este respecto, para todos los ribereños la autoridad de la cosa juzgada. (1) Las mismas dudas que acabamos de exponer se presentan en este caso. Nos parece que los derechos de los ribereños, siendo derechos de propiedad, son esencialmente divisibles; ¿qué importa que la compuerta sea un hecho material, el mismo para todos? Hay que apreciar, no el hecho material, sino los derechos que los ribereños tienen en virtud de la fijación de la compuerta, y no vemos por qué lo que se ha juzgado respecto de unos ha de ser cosa juzgada respecto de otros.

1 Denegada casación, 19 de Diciembre de 1832 (Dalloz, palabra *Cosa Juzgada*, núm. 279).

## II. Indivisibilidad de obligación.

377. La Corte de Casación ha juzgado que la cuestión de saber si hay indivisibilidad de obligación, es una cuestión de hecho que pertenece á los tribunales juzgar soberanamente. (1) En efecto, todo depende de la voluntad de las partes contratantes. La obligación es divisible por sí misma, y son las partes las que la hacen indivisible, porque en su intención la obligación no es susceptible de división. ¿Cuándo existe esta intención? Esto depende de las circunstancias de la causa y estas circunstancias pueden variar de un caso á otro. Hay que cuidarse, pues, de dar á las decisiones rendidas en esta materia, una autoridad doctrinal; las cortes no juzgan que tal obligación es indivisible en derecho, deciden que la obligación es indivisible de hecho. Los comentaristas formulan las decisiones como estuviesen vendidas en derecho; no hay que engañarse, estas son siempre sentencias de casos, aun cuando la Corte de Casación anulase una sentencia por haber dado á un convenio otros efectos que los que debió haberle dado según los términos justificados por el juez del hecho. Así se dijo en una sentencia de la Corte Suprema que la obligación impuesta á los herederos de detener los hechos de su autor, no es susceptible de división por razón de la relación bajo la cual es considerado el carácter de heredero. Estas son las expresiones del art. 1,218; la Corte decidió, pues que hay indivisibilidad de obligación. En el caso, se trata de una transacción que tuvo por objeto la renuncia á la entrega de un legado. (2) La indivisibilidad no es, ciertamente absoluta, pero en hecho, la intención de las partes hacía indivisible la obligación. Esto también nos parece

1 Denegada casación, 15 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 435).

2 Casación; 27 de Mayo de 1835 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,516, III).

dudoso, pero es difícil criticar las decisiones de hecho, siendo el juez el mismo, que debe apreciar las circunstancias del negocio y el autor que las aprecia según el resumen que hagan las colecciones de sentencias.

378. La materia de la indivisibilidad es tan oscura, que se nos permitirá detenernos en las pocas decisiones que se han dado sobre la indivisibilidad de la obligación. Citarémos en los títulos particulares, donde se encuentra la base de la materia, las decisiones que conciernen á ciertos contratos.

Se adjudicaron inmuebles en junto, embargados, á dos adjudicatarios por un sólo precio. ¿Hay aquí una indivisibilidad de obligación? Que la obligación sea divisible por su naturaleza, es cierto, porque nada es más divisible que una deuda de dinero. Mas la obligación, aunque divisible, dice el art. 1,218, puede volverse indivisible "si la relación bajo la cual la cosa se consideró, no la hace susceptible de cumplimiento parcial." Estas expresiones son excesivamente vagas y tienden fácilmente á la arbitrariedad. La dificultad de hecho se complica con una dificultad de derecho sobre la cual volverémos á hablar. En el caso previsto por el art. 1,221, núm. 5, la ley dice que la obligación es divisible é indivisible solamente con respecto al pago cuando este resulta de la naturaleza de la obligación ó del fin que se propuso en el contrato, de que la intención de las partes fué que la deuda no se pudiera satisfacer parcialmente. Así la intención de las partes fué de hacer que la deuda fuera indivisible como si la indivisibilidad fuera absoluta, ó como si se volviera solamente indivisible para con los herederos del deudor con respecto del pago. Grande es la dificultad del juez, cuando tiene que apreciar cuál fué la intención de las partes. En el caso de la adjudicación de un inmueble embargado en provecho de los dos adjudicatarios la Corte de Limojes invocó los arts. 1,218 y

1,221, (1) de suerte que una sola obligación es al mismo tiempo indivisible y divisible; indivisible de una manera absoluta y divisible solamente en cuanto al pago. Esto es contradictorio en los términos; es preciso decidirse ó por la indivisibilidad del art. 1,218 ó por la indivisibilidad del art. 1,221. Difícilmente admitiríamos que las partes hayan querido transformar una obligación divisible en una indivisible, por la sencilla razón de que ignoran lo que es la indivisibilidad de obligación. Los jurisconsultos deben formarse una idea precisa, como lo diremos más adelante; mas las partes saben muy bien lo que es el pago, y pueden estipular que este no sea dividido. Haremos aún otro reproche á la Corte de Limojes: dice que la indivisibilidad resulta de los hechos y de las circunstancias de la causa; la ley no se expresa así, dice que la indivisibilidad resulta de la relación, bajo la cual las partes consideraron la cosa que fué objeto de la obligación; esta materia, más que ninguna otra, importa precisarse; es preciso, por consiguiente, que el juez haga constar que la intención de las partes contratantes fué que la obligación quedara indivisible.

La misma Corte dió la misma decisión, que en apariencia, es igual, más que en realidad es muy diferente. Un procurador adjudicó en junto varios inmuebles por un solo precio, é hizo inmediatamente una declaración de encomienda por tres de los objetos comprendidos en la adjudicación, en favor de un tercero; esta declaración, á la cual el Tribunal no dió ninguna acción, solo fué sujeta á fijar el precio.

Después hizo una declaración de encomienda en favor de otros dos individuos con determinación de precio: de

1 Limojes, 11 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 136). La misma decisión para la adjudicación en junto de acciones industriales: Besangón, 2 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 67).

donde resultó con respecto al primer comprador por encomienda que no había habido contrato judicial completo, puesto que no hay ventas sin precio. Así, pues, la adjudicación no puede hacerse más que por una sola venta, en provecho de un solo adjudicatario y por un solo precio; las declaraciones hechas posteriormente por el procurador no modificaron el contrato judicial, el cual comprendía, por consiguiente, la venta definitiva entre el demandante, el embargo, los acreedores y el adjudicatario. La intención de los interesados no podía ser dudosa y este es el caso de aplicar el art. 1,218, una sola venta, un solo comprador, un solo precio hay obligación indivisible de pagar la totalidad del precio. La Corte se limitó, en este caso, á citar el artículo 1,218. (1)

379. La Corte de Burdeos dió una decisión en sentido contrario sin que se pueda inferir que hay contradicción.

Un inmueble fué vendido por la misma escritura á dos compradores, sin esperar la parte adquirida por cada uno de ellos; se juzgó que la obligación de pagar el precio era divisible, lo cual es evidente.

La intención de hacer la deuda indivisible ¿resultó del convenio? No se expresó el precio debido por el total y nada manifestaba la voluntad de las partes. Se alegó que los dos compradores estaban representando por un solo mandatario. Y ¿qué importa? Un solo mandatario puede representar á dos personas teniendo cada una un interés individual. La sentencia dijo que la obligación no había sido indivisible, que se había dicho en la escritura que el precio se debía inseparablemente y que los compradores estaban obligados solidariamente. (2) Siempre la confusión entre la solidaridad y la indivisibilidad. Es preciso, según el art. 1,212 una estipulación formal para que haya

1 Limoges, 28 de Julio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 171).  
2 Burdeos, 11 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 52).

solidaridad; mas el art. 1,215 dice que la solidaridad estipulada no dá á la obligación el carácter de indivisibilidad. Si, en el caso, los compradores estaban obligados solidariamente al pago del precio, sus herederos no estarían obligados más que por su parte hereditaria, cada uno, puesto que las deudas solidarias se dividen entre los herederos. La indivisibilidad de la obligación no debe estipularse de una manera expresa, porque no lo exige el art. 1,218; mas es preciso que la intención de hacer la deuda indivisible no sea dudosa, porque la indivisibilidad es una excepción en el principio de la divisibilidad de las obligaciones; también podrá sostenerse que la excepción debe ser expresa, como para la solidaridad; si no es la indivisibilidad de la obligación la que define el art. 1,218, será preciso atenerse á la definición legal.

380. Los que litigan abusan de la indivisibilidad como abusan de la solidaridad, y la cosa es excusable puesto que los mismos tribunales se equivocan, como lo tenemos dicho varias veces en el curso de esta obra. Citarémos un ejemplo. Dos copropietarios de un inmueble se comprometieron por uno de ellos ó directamente, para hacer trabajos y habilitación comunes para utilidad de ese inmueble. Se pretendió que esta obligación era solidaria ó indivisible, y la Corte de Caen dió una singular sentencia sobre el debate, decidiendo que la obligación era indivisible en los términos de los arts. 1,217 y 1,218, y que, según el art. 1,222, la indivisibilidad de la obligación produce los mismos efectos que la solidaridad. Se puede decir que tiene esto tantos errores como palabras. ¿Cómo podrá ser indivisible una obligación en virtud del art. 1,217, de una manera tan absoluta que sea imposible dividirla, y ser al mismo tiempo indivisible en virtud del art. 1,218 que supone que la obligación es divisible por su naturaleza y dis-

pone que la obligación solo sea indivisible cuando es esta la voluntad de las partes contratantes? Primer error, y ved aquí el segundo. El art. 1,222 no dice, como la Corte le hace decir, que la indivisibilidad produce el mismo efecto que la solidaridad; dice que los deudores de una deuda indivisible son responsables cada uno por el total, lo que es muy diferente; y lo mismo es con los deudores de una deuda solidaria, mas esta analogía entre las deudas solidarias y las indivisibles, no impide que estos dos casos de obligaciones no difieran esencialmente.

La sentencia fué casada, y debía serlo. La Corte no reparó en todos los errores que acabamos de señalar; se limitó á decir, como lo hemos dicho ya, que la obligación litigiosa no era solidaria, puesto que no fué declarada por la ley ni por el convenio, y que tampoco era indivisible, por la sencilla razón de que los copropietarios no estaban obligados mas que á pagar una suma de dinero por el precio de los trabajos, obligación esencialmente divisible. (1)

#### §. II. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES.

##### Núm. I. De las obligaciones divisibles.

381. En los términos del art. 1,220, los herederos del deudor no están obligados á pagar la deuda sino por las partes de que están obligados como representantes del deudor. Esta disposición, estableciendo el principio de la divisibilidad de las deudas, dá al mismo tiempo la razón por la cual se dividen las deudas entre los herederos. Nosotros contratamos para nosotros y para nuestros herederos; los bienes que les transmitimos son la garantía de nuestros acreedores; y con este título, estos deben tener acción contra los que nos heredan. ¿Cuál es la naturaleza de esta

1 Casación, 23 de Junio de 1851 (Dalloz, 1851, I, 165).

acción? ¿Es una acción por el todo contra cada uno de los herederos? En nuestro antiguo derecho, había algunas costumbres que establecían esta solidaridad. Esta es contraria á los principios que rigen los derechos y las obligaciones de los herederos. Estos representan la persona del difunto y como tales heredan sus derechos y sus obligaciones; pero si son varios, cada uno representa al difunto solo por su parte hereditaria; recogen el activo solo por esta parte, y, por tanto, no deben estar obligados por el pasivo sino por esta misma parte. Su obligación, aun limitada así, es todavía muy onerosa, porque á menos de aceptar bajo beneficio de inventario, están obligados por las deudas indefinidamente, como si el difunto fuese el obligado, y, por tanto, sobre su propio patrimonio, como si ellos mismos las hubiesen contraído.

Se hace una objeción muy especiosa contra ésta teoría. Los acreedores tratan con el difunto, dicen; su patrimonio es su seguridad y su garantía. Sin embargo, en el sistema de la divisibilidad de las deudas, esta garantía puede quitárseles; si uno de los herederos es insolvente, no tendrían acción contra sus coherederos por su parte en la deuda, aún cuando los bienes que han recojido bastaran para pagar íntegramente las deudas del difunto. Esta consideración es la que hizo establecer la solidaridad en nuestras antiguas costumbres. Pero tratando de asegurar los intereses de los acreedores, se sacrificaron los derechos de los herederos. Hay un medio de conciliarlos, y este es el derecho que la ley concede á los acreedores del difunto para demandar la separación de patrimonio. (1) Nos remitimos á lo que se ha dicho sobre esta materia en el título "De las sucesiones."

1 Pothier, *De las Obligaciones*. núm. 309. Toullier, t. III, 2, página 463, núm. 759. Durantón, t. XI, pág. 357, núm. 274. Colmet de Santerre, t. V, pág. 262, núm. 156 bis, III.

382. El art. 1,220 solo habla de los herederos, y en el lenguaje del Código Civil este término se emplea solo de los parientes legítimos que heredan al difunto en virtud de la ley. Es á ellos á quienes se aplica el principio del embargo: ellos intervienen los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de cubrir todas las cargas de la sucesión (art. 724). Hay sucesores *ab intestato* que no tienen la intervención. Tales son, según el art. 724, los hijos naturales, el esposo sobreviviente y el Estado; deben agregarse los sucesores de los hijos naturales, y en nuestra opinión, los sucesores ilegítimos y espurios. Tales son también los legatarios, salvo la excepción que los autores del Código han admitido en favor del legatario universal cuando no está en concurso con sus títulos. Estos sucesores, ni son herederos ni representan la persona del difunto, tampoco pueden intervenir. ¿Es esto decir que no se le aplica el principio del art. 1,220? Las deudas se dividen entre ellos como entre los herederos; recojen los bienes dejados por el difunto, y por tanto, deben estar obligados con las deudas cuyo patrimonio está gravado, porque no hay bienes sino deducidas las deudas. Sin embargo, siempre establece una diferencia considerable entre los herederos y los otros sucesores universales; los primeros están obligados ilimitadamente por las deudas, en tanto que los otros solo están obligados como de tentadores de los bienes, es decir, hasta la concurrencia de lo que recogen. (1) Nosotros no hacemos mas que reproducir los principios expuestos en el título de "Sucesiones." Insistiremos sobre este mismo título en la cuestión de saber cómo se dividen las deudas cuando el difunto deja herederos legítimos en concurso con sucesores no interventores.

383. Lo que hemos dicho de las deudas pasivas, se aplica también á las activas. El art. 1,220 establece el mismo

(1) Colmet de Santerre, t. V, pág. 263, núm. 156 bis, IV.

principio para los créditos que para las deudas, y el fundamento del principio es el mismo, la pluralidad de los deudores ó de los acreedores. Mas la hipótesis contraria puede presentarse: hay varios deudores ó varios acreedores que mueren dejando el mismo heredero. Esto puede hacerse también por un efecto de cesiones si se trata de créditos diferentes, porque todos los derechos de diferentes acreedores pueden ser reunidos en un mismo cesionario cuando se trata de deudas, esta reunión no puede hacerse por vía de cesión porque los deudores no pueden ceder sus derechos. Se pregunta, si en caso de reunión de deudas ó de créditos divididos, el efecto de la división subsiste, ó si se considera como no avenida y si las relaciones entre el acreedor y el deudor se reglamentan como si siempre hubiera habido un solo deudor y un solo acreedor. Pothier prevee la dificultad, y la resuelve por una distinción que se ha seguido por todos los autores modernos.

Si en el momento de contraer la obligación hay varios acreedores ó varios deudores conjuntos, la división se hace en el sentido de que hay tantos créditos y deudas diferentes, cuantos son los acreedores y los deudores; los contratos de donde se derivan las obligaciones en que los créditos dan un derecho á los diversos acreedores y ligan á los diversos deudores por su parte igual. Estos derechos no pueden quitárseles por el hecho de la reunión de las deudas y de los créditos. A decir verdad, jamás existió una sola deuda ó un solo crédito, y por esto es que hay dos acreedores ó dos deudores y que hay dos créditos y dos deudas; desde entonces la reunión de estos créditos ó de estas deudas es indiferente, porque deja á las partes en la posición en que estaban. Yo soy deudor de 10,000 francos para con Pedro y Pablo, acreedores conjuntos, y doy 5,000 francos á cada uno; desde un principio, hay, pues, dos

deudas diferentes. Si los derechos de los dos deudores se reúnen en uno solo, por derecho hereditario ó por cesión será deudor de las dos deudas diferentes y no de una deuda de 10,000 francos, porque el hecho de la reunión de las dos deudas en la misma persona, no impide que haya dos deudas. Y si soy acreedor de 10,000 francos de Pedro y de Pablo, deudores conjuntos ¿cuál es mi derecho? Tengo dos créditos, cada uno de 5,000 francos, contra dos deudores; si uno de ellos es heredero único del otro, ¿resultará que tengo un crédito único de 10,000 francos? No; el deudor podrá pagar separadamente las dos deudas sin que yo pueda oponerle el principio de la indivisibilidad del pago, porque no se trata del pago parcial de una sola deuda, sino del pago de dos deudas diferentes.

Hay en la hipótesis otro caso en que una obligación contraída por el deudor en provecho del acreedor, viene á dividirse por la muerte del acreedor ó del deudor que dejan varios herederos, ó por efecto de cesiones parciales hechas por el acreedor. Si la división cesa por la reunión en una misma persona de diversos créditos ó de diversas deudas, ¿cuál será el resultado? El crédito ó la deuda se vuelve una, como era al principio. Este es el caso de aplicar el antiguo adagio, que cuando cesa la causa, el efecto acaba. La división es el efecto accidental de la herencia ó de la cesión, y este accidente desaparece lo mismo que la división que resulta, y volviendo á tomar la obligación, su naturaleza propia se convierte en una. Se podría agregar que la división de la deuda hecha por la muerte del acreedor ó del deudor, es consecuencia de que haya tantas deudas diversas como herederos, y, que por tanto, esta división dé á cada uno de los herederos un derecho dividido, como si desde el principio hubiera habido varios deudores ó varios acreedores; estos efectos ¿no debían subsistir cuando las deudas ó créditos diversos se reúnen en una misma persona? Es

cierto que de ordinario se dice que por la división de la obligación entre los herederos hay tantas deudas y créditos como herederos, más esto solo se dice para marcar que no hay entre ellos ningún lazo de solidaridad, de suerte que los herederos solventes no responden de la insolvencia de su coheredero. Más, según el rigor de los principios, es preciso decir con Pothier que la división de la deuda, por la muerte de una de las partes, no hace de una sola deuda varias deudas, solo se asigna á cada uno de los herederos porciones en la obligación, y es siempre una sola deuda, á diferencia del caso en que al tiempo del contrato hay varios deudores ó varios acreedores, en cuyo caso hay también varias deudas; en el primer caso no hay mas que una sola, porque ha sido contraída por un deudor para con un acreedor. Los diferentes herederos del acreedor no son acreedores mas que de la deuda que fué contraída para con el difunto, y los diferentes herederos del deudor no son deudores mas que de la deuda que contrajo el difunto. Una vez admitido el principio, la consecuencia que Pothier deduce nos parece incontestable. Esta es la opinión emitida por el orador del Gobierno, y seguida por todos los autores, salvo el disenso de Durantón. (1)

*Núm. 2 De la indivisibilidad absoluta y de obligación.*

*1. Derechos del acreedor.*

384. El art. 1,224 dice: que "cada heredero del acreedor puede exigir en totalidad el cumplimiento de la obligación indivisible." Lo mismo es cuando la obligación indivisible se contrae con varios acreedores. Si la ley supone el caso en que el acreedor único deje varios herederos, es

1 Pothier, núms. 318 y 320. Exposición de motivos, núm. 101 (Loaré, t. VI, pág. 166). Colmet de Santerre, t. V, pág. 263, número 156 bis, V. Demolombe, t. XXVI, pág. 486, núm. 550 bis. En sentido contrario, Durantón, t. XI, pág. 364, núm. 275.

porque esto sucede con mucha frecuencia, y los principios son los mismos desde que hay varios acreedores, no importa la causa.

Por ejemplo, dice Pothier, si alguno se obligó para conmigo á hacerme constituir un derecho de paso sobre su posesión para utilidad de la mia, siendo este derecho indivisible, cada uno de mis herederos podrá hacer la demanda por el total contra el deudor (1). Sin embargo, cada heredero solo hereda del difunto su parte hereditaria; así, pues, cada uno solo es acreedor por su parte; ¿por qué siendo acreedor parcial, puede exigir el cumplimiento de la obligación por el total? Porque tiene derecho de obrar contra el deudor, y es imposible que obre por parte, puesto que la obligación no es susceptible de partes: heredero por un tercero, no puede demandar mas que al deudor que le constituye tercero de servidumbre, porque no hay nada de servidumbre para un tercero; por consiguiente, desde que tiene derecho de obrar debe tenerlo para obrar por el todo.

385. Se sigue de aquí que el derecho de obrar por el total no dá á cada heredero del acreedor el derecho á la totalidad del crédito; no tiene mas que el de su parte hereditaria; por consiguiente, desde que el derecho se puede dividir, y en tanto que la utilidad resulta del derecho de que es causa, cada derecho no podrá reclamar mas que su parte. Si el deudor es condenado á daños y perjuicios, está obligado á cumplir su obligación, y no podrá ser condenado con respecto al heredero demandante mas que por su parte, aunque la demanda haya tenido por objeto el cumplimiento de la obligación por el total. Si tiene derecho de demandar toda la cosa, es porque esta no puede ser demandada por parte; mas esta imposibilidad de una

<sup>1</sup> Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 326. Durantón, t. XI, página 426, núm. 313.

demanda y de una condenación parcial, viene á cesar desde el momento en que la obligación se convierte en daños y perjuicios; esta obligación es indivisible y, por consiguiente, cada heredero no puede tener mas que su parte.

386. Estos principios son elementales, y se puede decir que la jurisprudencia los consagra. Mas casi no hay sentencia en esta materia que no dé lugar á crítica. El Colegio de Regidores adjudicó á dos personas la percepción de derechos de feria. ¿Es esta una obligación indivisible? La sentencia dijo que la obligación de hacer gozar á los adjudicatarios derechos de feria, es indivisible por su naturaleza; de donde se sigue que cada uno de los acreedores tiene derecho de exigir todo el cumplimiento. Decir que una obligación es indivisible por su naturaleza, es decir que la indivisibilidad es absoluta, que no puede dividirse porque no es susceptible de partes, y que el derecho de percibir los derechos de feria puede dividirse, ciertamente, entre varios adjudicatarios, no pudiendo ser cuestión mas que de una indivisibilidad de obligación. Poco importa. En el caso, se trataba de saber si uno de los acreedores podría renunciar un derecho indivisible en perjuicio del otro, porque uno de los adjudicatarios quería la rescisión del arrendamiento, mientras que el otro reclamaba que se sostuviera el contrato. La Corte decidió que el arrendamiento se sostuviera en interés y en proporción del que quería cumplirlo. Esta decisión es jurídica. Uno de los acreedores puede renunciar, rescindir el contrato; más solo lo puede en su provecho; si otro conserva su derecho y, siendo éste indivisible, puede cumplirlo por el todo, salvo teniendo en cuenta la renuncia de su coacreedor en las relaciones con el deudor. Mas la Corte erró citando el art. 1,198 que concierne á los derechos de los acreedores

solidarios. (1) La analogía que existe entre los derechos de los coacreedores solidarios y los derechos de los acreedores de una obligación indivisible, no autoriza al juez á confundir los dos casos de obligaciones, aplicando á unos las disposiciones que el Código contiene en cuanto á otros.

Los acreedores de un mismo deudor se constituyen en comisión y hacen un convenio por el cual un tercero se obliga á cumplir trabajos por un precio determinado. ¿Es esta una obligación indivisible? La colección de sentencias no dice absolutamente, en qué consisten los trabajos. Supongamos que se trataba de hacer una obra, como, por ejemplo, construir una casa: habría habido, en este caso, indivisibilidad de obligación. El deudor demanda la rescisión del contrato y los daños y perjuicios, pretendiendo que estos daños y perjuicios se le deben solidariamente, fundándose en la indivisibilidad de la obligación. Esta pretensión es contradictoria, porque la obligación indivisible no tiene por efecto la solidaridad. La Corte decidió que no había solidaridad en este caso, ni en virtud de la ley, ni en virtud del convenio; en cuanto á los daños y perjuicios que podían resultar de una obligación indivisible, siendo este derecho esencialmente divisible; la deuda, por esto mismo se divide entre los deudores. (2)

387. El art. 1,224 dice que uno de los herederos del acreedor no puede hacer solo la remisión de la totalidad de la deuda, porque hacer remisión, es disponer del crédito, y para tener el derecho de disponer es preciso ser propietario, y el heredero parcial del acreedor no es propietario del crédito mas que por su parte hereditaria; de donde se sigue que no puede hacer la remisión total de la deuda, mas nada impide que no haga remisión de su parte en el crédito. Inútilmente se dirá que el crédito indivi-

1 Lieja, 5 de Diciembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 251).

2 Bruselas, 28 de Julio de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 278).

sible no tiene parte; esto puede aplicarse á lo que concierne al derecho de demandar el cumplimiento, mas no impide que la obligación indivisible no presente para cada uno de los acreedores una ventaja divisible, y teniendo cada uno su parte en la utilidad que procura, cada uno puede renunciarla. La remisión de la deuda hecha por uno de los herederos del acreedor no deja pues de obrar, y va por la parte que el acreedor tiene en el provecho. Los otros herederos tendrán siempre derecho de demandar el cumplimiento total de la obligación indivisible, á pesar de esta remisión parcial, y la razón es que teniendo derecho de obrar como acreedores, deben hacerlo necesariamente por el total, puesto que una demanda dividida de un derecho indivisible implica contradicción. Solamente, dice el artículo 1,224, deberán tener en cuenta la porción del deudor cuya remisión hizo el coheredero. (1)

388. El art. 1,224 dice también que uno de los acreedores no puede recibir solo el precio en lugar de la cosa, porque eso es hacer innovación, y la innovación implica una renuncia, y renunciar es disponer. Debe, pues, aplicarse en este caso lo que acabamos de decir de la remisión. En la segunda hipótesis, el motivo de decidir es aun mas evidente. El acreedor recibe del deudor el precio de la obligación, es decir, la utilidad pecuniaria que produce; pero no puede recibir mas que su parte en el provecho, porque el provecho es una cosa divisible, y no puede ser ya cuestión de indivisibilidad.

## II. Obligaciones de los deudores.

389. "Cada uno de los que han contratado conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el total.

1 Durantón, t. XI, pág. 428, núm. 315. Colmet de Santerre, t. V, pág. 278, núm. 159. bis II.

Lo mismo sucede respecto de los herederos del que ha contraído una obligación semejante," (arts. 1,222 y 1,223). ¿Por qué cada uno de los deudores está obligado por el total aunque no deba el total? Si contrajo solidariamente debe el todo como si fuese el único deudor (art. 1,200). Pero cuando hay varios deudores de una deuda indivisible, ó varios herederos de un deudor único, no está obligado cada uno en virtud de su obligación, sino por su parte individual; ¿por qué, pues, cada uno debe cumplir la obligación por el todo? Porque obligado á cumplirla, debe necesariamente cumplirla por el total, siendo imposible el cumplimiento parcial; si yo soy heredero, por un tercio, de aquel que ha prometido una servidumbre de paso, no puedo prestar un tercio de la servidumbre, porque la servidumbre no es susceptible de partes y no podría establecerse por una parte.

390. El art. 1,225 supone que el acreedor asigna á uno de los herederos para el cumplimiento total de la obligación. Se pregunta si el acreedor puede asignar á todos, como puede hacerlo cuando hay varios deudores solidarios (art. 1,203). La afirmativa no es dudosa, porque esto es de derecho común; el que tiene varios deudores puede designarles á todos y cuando la deuda es indivisible, puede demandar de cada uno de ellos el cumplimiento total de la obligación, en el sentido de que si la obligación es cumplida, necesariamente debe serlo por el total. Pero para estar bien formulada la demanda debe intentarse contra todos en razón de su parte en la deuda, porque el acreedor no puede demandar sino aquello á que están obligados los deudores; y como ellos no están obligados por el total, el acreedor no puede perseguirles por el total. La condenación tendrá, pues, lugar divididamente, lo que no supone atentado al derecho del acreedor; por el solo hecho de ser condenado un deudor á pagar una deuda indivisi-

ble, debe pagarla por el total; y no puede tratar de pagar solo su parte en la deuda, porque esta no es susceptible de partes. (1)

La condenación dividida supone que cada uno de los codeudores puede prestar el cumplimiento de la obligación. Si no hay más que uno solo de los herederos que pueda cumplirla, debe aplicarse el art. 1,225, en cuyos términos, este heredero solo puede ser condenado, salvo su recurso de indemnización contra sus coherederos. Volveremos á ver esta disposición.

391. Entre los deudores designados uno consiente en cumplir la obligación y los otros se niegan. Hay que ver, en este caso, si la obligación no puede cumplirse sino conjuntamente por todos los herederos; por ejemplo, si se trata de constituir un derecho de paso por una heredad común; no pudiendo constituirse la servidumbre sino por todos los propietarios, basta que uno de ellos se niegue para que la obligación no pueda ser cumplida. ¿Cuál será el resultado de este desacuerdo que hace imposible el cumplimiento de la obligación? El acreedor tiene derecho á los daños y perjuicios, ¿pero de quién podrá exigirlos? Pothier responde, según Dumoulin, que el que se niega es el que debe ser condenado en los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento; el que declara que está dispuesto á cumplir la obligación no debe daños y perjuicios, porque no está en mora. Creemos que debe sostenerse la opinión de Pothier. La cuestión es, sin embargo, controvertida, y hay alguna duda. Los codeudores, dicen, están obligados conjuntamente al total de la obligación; de donde se sigue que la demora de uno constituye en mora á los otros. No admitimos ni el principio ni la consecuencia. Cada uno de los deudores debe, es cierto, la cosa por el total, pero no la debe porque esté obligado, pues ningún la-

1. Demolombe, t. XXVI, pág. 543, núm. 606.

zo de obligación hay entre los diversos deudores; éstos, por tanto, no están obligados conjuntamente, no son entre sí asociados ni mandatarios, y, por tanto, uno no debe responder del hecho de otro. Se insiste diciendo que los ofrecimientos hechos por uno de los deudores son insuficientes, puesto que á pesar de ellos, la obligación no puede cumplirse. Sin duda, pero se trata de saber quién es el responsable de la falta de cumplimiento; cómo ha de condenarse á daños y perjuicios por falta de cumplimiento al que quiere cumplir la obligación? Se responde: porque el que ofrece cumplirla no satisface la obligación, lo que basta para justificar los daños y perjuicios. Esto no es exacto; no basta la falta de cumplimiento, se requiere que sea imputable al deudor, y no lo es si no está en culpa ó en mora; y como en el caso no hay ni culpa ni mora, esto nos parece decisivo. (1)

392. El acreedor no persigue mas que á un solo deudor. En los términos del art. 1,225, "el heredero del deudor designado para el cumplimiento total de la obligación, puede pedir un plazo para llevar al juicio á sus coherederos." ¿Cuál es el objeto de llevarles al juicio? Un actor responde que se trata de la excepción dilatoria de garantía arreglada por el Código de procedimientos (art. 175 y siguientes.) (2) Es cierto que el deudor de una obligación indivisible puede invocar el art. 175, porque si es condenado solo, tiene una acción de indemnización contra sus coherederos (art. 1,225), estos son, pues, sus garantes, y por consiguiente, puede llamarles al juicio, en garantía. El mo-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 334. En el mismo sentido, Marcadé, t. IV, pág. 499, art. 1,225, núm. 2. Mourlón, t. II, página 579. Larombière t. II, pág. 795, art. 1,225, núm. 9 (Ed. B., t. II, página 116). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 52 y nota 20. Colmet de Santerre, t. V, pág. V, pág. 282, núm. 160 bis, IV. Demolombe, t. XXVI, pág. 544, núms. 608 y 609.

2 Rodière, *De la solidaridad y de la indivisibilidad*, núm. 367, página 288.

tivo de la duda que nos detuvo en las obligaciones solidarias (núm. 297) no existe en las obligaciones indivisibles; no puede decirse del deudor perseguido por el total de la obligación, que está obligado á cumplirla como si fuese el único deudor, porque no ha contraído obligación por el total; si el acreedor puede demandarle es solamente por razón de la indivisibilidad de la cosa debida, y no estando obligado por el todo, nada le impide llevar al juicio á los otros deudores para hacer constar su recurso. ¿Pero el llevarles al juicio no tiene también otro objeto?

Si el derecho de poner en juicio á los coherederos solo tuviese por objeto el recurso de garantía, la disposición del art. 1,225 sería inútil, puesto que este recurso es de derecho común. El texto mismo de la ley prueba que no se trata de una excepción dilatoria.

Hay un caso en que por salvedad, el heredero designado no tiene el derecho de poner en causa á sus coherederos, esto es cuando la deuda es de naturaleza que solo puede ser cumplida por el heredero designado; ¿y qué decide el art. 1,225 en esta hipótesis? El heredero designado, entonces, puede ser condenado solo. Siendo tal la excepción, la regla debe ser que todos los coherederos serán condenados y si lo son todos no pueden serlo sino por su parte hereditaria. La tradición está en este sentido, aunque Pothier no se expresa en términos explícitos sobre la manera que debe ser pronunciada la condenación. Los principios, por lo demás, no dejan duda alguna. Desde que todos los deudores están en causa, deben ser condenados como están obligados, porque el juez no hace más que prestar su autoridad en el cumplimiento de la obligación; y los herederos solo están obligados, cada uno por su parte hereditaria; es, pues, esta parte por la que el juez debe condenarles. Se creó y se dice que es imposible condenar á los herederos á cumplir parcialmente una obligación que no

es susceptible de partes. Esto es evidente; también el acreedor tendrá el derecho de perseguir el cumplimiento total de la obligación contra cada uno de los herederos, y no puede perseguirlos de otra manera. ¿A qué viene entonces, se dirá, el poner en causa á todos los herederos y su condenación? El heredero designado por el total de la obligación encontrará, desde luego, esta ventaja que podrá no ser forzada, de cumplir la obligación, puesto que el acreedor tiene acción contra cada uno de sus coherederos condenados como él, y hay siempre interés en no deber cumplir la obligación por el todo, y en pagar solamente su parte en la indemnización. Si la obligación no es cumplida, se convierte en daños y perjuicios y entonces el acreedor tendrá que dividir su demanda, y no podrá demandar á cada uno de los herederos sino por su parte en la deuda que ha llegado á ser divisible. (1)

393. Cuando la deuda por su naturaleza no puede ser satisfecha más que por el heredero asignado, será condenado sólo sin que sus coherederos tengan que ver en su causa (art. 1,225); más bien dicho, no puede hacer dividir la condenación, mas puede siempre ponerlos en causa para hacer constar su recurso; esto es el derecho común, como lo acabamos de decir (núm. 392). ¿Por qué la ley no permite, en este caso, dividir la condición? El juez no puede condenar á un deudor á cumplir una obligación que está imposibilitado de cumplir, cuando está en causa un deudor que puede cumplirla. Al menos, semejante condenación sería ilusoria. Es más natural y más sencillo condenar por el todo al que puede pagar la deuda, salvo hacer

1 Esta es la opinión común, salvo el disentiimiento de Zachariae que sobre este punto es combatido por todos sus editores (Aubry y Rau, t. IV, pág. 51, nota 19, pfo. 301. Massé y Vergé, t. III, página 369, nota 11). Véase Pothier, núms. 330 y 333. Durantón, t. XI, pág. 417, núm. 304. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 280, núms. 160 bis, I y II. Demolombe, t. XXVI, pág. 537, núm. 601 y pág. 539, núm. 602.

constar á un mismo tiempo su recurso contra los otros deudores si los pone en causa, porque de esta manera la ley satisface todos los intereses.

394. Pothier da como ejemplo de la excepción, la deuda de una servidumbre de vista ó de paso, que el difunto prometió imponer á una de sus heredades, la cual fué á poder de uno de sus herederos. No se puede obligar á este heredero á cumplir la obligación, porque una servidumbre no puede ser impuesta mas que por el propietario de la heredad. En este caso, será condenado él solo á la prestación de la servidumbre, salvo su recurso contra sus coherederos, á menos que haya sido cargado por la división del pago total de la deuda. Pothier dá, como ejemplo de la regla, la deuda de una servidumbre que el difunto no estaba obligado á hacer á cualquiera en la heredad de un tercero. Cada uno de los herederos debe arreglarse con el propietario de la heredad, cuando la deuda, por su naturaleza, puede ser pagada por cada uno de ellos. (1) Se vé, por estos ejemplos, que puede ser que jamás se presenten, que esta es materia de pura teoría.

395. Pothier prevee un tercer caso, aquél en que la deuda divisible no puede pagarse mas que conjuntamente por todos los obligados, y dá como ejemplo la deuda de una servidumbre constituida en una heredad común. En este caso, el acreedor debe, necesariamente, demandar contra todos los deudores, copropietarios de la heredad, en la cual debe ser impuesta la servidumbre. Si uno de ellos se rehusa, se le aplicará lo que hemos dicho antes (número 391). (2)

### III. Efecto de la indivisibilidad en cuanto á la prescripción.

396. La escritura que interrumpe la prescripción con-

1 Pothier, *De las Obligaciones* núms. 332 y 333.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 334.

tra uno de los deudores, la interrumpe contra todos (artículo 2,249). Se dá como razón que el acreedor, obrando contra uno de los deudores, obra necesariamente por el todo, puesto que no puede obrar por una parte, porque la obligación no es susceptible de partes, conservando, por esto mismo, su derecho por el todo. Diremos después que la razón no es buena.

La escritura de un acreedor de una obligación indivisible que interrumpe la prescripción en provecho de los otros. No hay disposición expresa sobre este punto. Se le admite por argumento *á fortiori* de lo que la ley dice de la "suspensión" de la prescripción.

La prescripción suspendida en provecho del acreedor, por ejemplo, de un menor, se suspende en provecho de todos. No hay regla general sobre este punto; los artículos 709 y 710 contienen aplicaciones de la regla de las servidumbres, y es motivo idéntico para decidirle en el mismo sentido para todo caso de derechos indivisibles.

397. Se ha dicho, con razón, que estas reglas exageran el principio de la indivisibilidad, y se puede decir también que se aplican en falso. El legislador se hace culpable de una confusión que hemos reprochado á la jurisprudencia; asimilando la indivisibilidad y la solidaridad, al menos en lo que concierne á la interrupción de la prescripción. Cuando se trata de una deuda solidaria, se puede decir que la prescripción interrumpida contra uno de los deudores lo es por el total, y que lo es también por el total cuando se interrumpe en favor de uno de los acreedores; en efecto, hay un lago entre los codeudores y los acreedores, porque son socios y mandatarios unos y otros para conservar la deuda; por consiguiente la deuda conservada en favor de uno de los acreedores, lo es necesariamente en favor de todos, y no se concibe que siendo interrumpida contra uno de los deudores, no lo sea contra todos.

Mas entre acreedores ó deudores de una deuda indivisible no hay ningun lago, ni sociedad, ni mandato; por consiguiente lo que se hace por uno no se considera hecho por todos, ni lo hecho contra uno se considera hecho contra todos.

El motivo dado para justificar el principio admitido en materia de indivisibilidad, no es decisivo. De que una cosa no pueda deberse en parte, se ha concluido, que siendo debida por un deudor ó á un acreedor, necesariamente es debida por todos ó á todos. Esto no es nada menos que necesario. El texto mismo del Código lo prueba. Cuando uno de los acreedores de una deuda indivisible hace remisión del crédito, se podría decir también que hizo remisión de toda la deuda, puesto que esta no es susceptible de partes. Sin embargo, la ley no admite esta teoría, divide la utilidad que resulta de la remisión, en hacerla gozar al deudor, á quien el acreedor la hizo, y mantiene la indivisibilidad en provecho de los otros. También se puede dividir el beneficio que resulta de la prescripción. El crédito puede conservarse por el todo en provecho del acreedor que interrumpió la prescripción; mas obligándole á indemnizar al deudor del valor del derecho que los otros acreedores pierden por la prescripción, y lo mismo si es citado un solo deudor debiendo ser conservada la deuda por el todo con respecto á él, á su cargo, el acreedor debe tener en cuenta las partes que los otros deudores librados por la prescripción habrían soportado en la deuda si quedaron obligados. (1)

*Efecto de la indivisibilidad en cuanto á la cosa juzgada.*

398. ¿Cuál es el efecto de la cosa juzgada entre uno de

1 Esto es lo advertido por Colmet de Santerre, t. V, pág. 284, núm. 161 bis, I seguido por Demolombe, t. XXVI, pág. 555, número 625. También es este el dictámen de Valette (Mourlón, t. II, página 577).

los acreedores y el deudor, y cuál el de la cosa juzgada entre uno de los deudores y el acreedor? Emplazamos el examen de estas cuestiones para tratarlo en el capítulo que es la base de la materia.

V. *Indivisibilidad y solidaridad.*

399. El art. 1,219 dice que la solidaridad estipulada no da á la obligación el carácter de indivisibilidad, y también es preciso decir que una obligación indivisible no es por esto solidaria. (1) La indivisibilidad y la solidaridad tienen, es cierto, un efecto común, el de que cada uno de los deudores está obligado por el total. Mas esta analogía no es una razón para identificar la deuda solidaria y la deuda indivisible, porque difieren en la causa de que proceden, así como en sus efectos, como vamos á decirlo. Aún en lo que concierne á la obligación del deudor de pagar la deuda por el total, hay una diferencia esencial entre la deuda solidaria y la indivisible: está escrito en el texto de la ley. En los términos del art. 1,204, el deudor solidario asignado por el acreedor no puede oponerle el beneficio de división y, por consiguiente, no puede demandar el poner en juicio á sus deudores para hacer dividir la condenación. El art. 1,225 por el contrario, dá al deudor de una deuda indivisible el derecho de poner en causa á sus codeudores con el objeto de hacer dividir la condenación. No debe, pues, decirse, como se dijo en varias sentencias, que los deudores de una deuda indivisible, están obligados solidariamente; la ley no se expresa así, dice que cada uno de ellos está obligado por el total. De ahí se sigue, que cuando una deuda es indivisible, hay intereses para el acreedor de estipular la solidaridad puesto que, bajo ciertos aspectos, la solidaridad liga á los deu-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 50, notas 13 y 14, pfo. 301.

dores de una manera más estricta que la indivisibilidad.

400. Decimos que las obligaciones solidarias é indivisibles difieren en cuanto á la causa que les dá nacimiento. Una deuda es indivisible, porque no es susceptible de cumplimiento parcial, sea por su naturaleza, sea por la voluntad de las partes contratantes. Cuando es indivisible por su naturaleza, la voluntad de las partes en nada entra, ni aun podrían hacerla divisible. La solidaridad, por el contrario, depende únicamente de la voluntad de las partes; estipulan ó se obligan solidariamente, y su voluntad debe manifestarse de una manera expresa. Hay, en verdad, una indivisibilidad que resulta de la voluntad de las partes contratantes, esta es, la de obligación. (art. 1,218). Pero aun en este caso hay una diferencia esencial entre la indivisibilidad y la solidaridad; la voluntad de las partes, en el caso del art. 1,218, tiene el efecto de crear una indivisibilidad tan absoluta que la obligación no es ni aun susceptible de división intelectual; en tanto que la obligación solidaria nada tiene de común con la naturaleza de la prestación; la solidaridad consiste, toda entera, en el lazo que une á los deudores y que hace que estén asociados y sean mandatarios los unos de los otros. Nada hay de parecido en la obligación indivisible. Dumoulin expresa esta diferencia en términos que todos los autores repiten, y que deben conocerse por consiguiente: Los deudores de una obligación solidaria é indivisible deben toda la deuda, "totum" y también la deben "totaliter." El art. 1,222 dice que cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado "por el total;" y el art. 1,200 dice que cada uno de los deudores solidarios puede ser estrechado "por la totalidad;" la expresión es la misma. Los deudores de una obligación indivisible deben también toda la deuda, "totum;" pero no están obligados á pagar el total, no están obligados "totaliter," dice Dumoulin; en

tanto que los deudores solidarios están obligados "totaliter," puesto que la solidaridad resulta de la obligación que han contraído. Siguese de ahí, que hay un lazo entre los deudores solidarios; la ley los llama "codeudores;" y no dá este nombre á los deudores de una obligación indivisible; el art. 1,222 en lugar de decir, cada uno de los "codeudores de una deuda indivisible está obligado por el total, dice: "Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible;" estos son deudores conjuntos en cuanto al lazo de obligación, porque no hay lazo alguno entre ellos. Los deudores solidarios están asociados y son mandatarios unos de otros; los deudores de una deuda indivisible no están ligados por la asociación; no hay palabra que exprese esta conjunción, porque la conjunción no existe; se dice deudores "solidarios;" no se dice deudores indivisibles. (1)

401. La solidaridad resulta de la obligación contraída por los deudores, y sus obligaciones son una ley que no les es permitido infringir. Si no pueden cumplirlas, esto no impide que dejen de responder como si estuvieran obligados; y por tanto lo están solidariamente por los daños y perjuicios.

La indivisibilidad resulta de la naturaleza de la cosa debida, aun cuando sea por la voluntad de las partes por lo que la cosa debida se considera como no susceptible de división, aunque sea divisible; si ellos la deben es únicamente porque la cosa ó el hecho no pueden ser prestados parcialmente. Si, pues, la deuda se convierte en daños y perjuicios por efecto de la falta de cumplimiento, cada uno de los deudores solo podrá ser perseguido por su parte, y se librará pagando su parte; la indivisibilidad cesa, puesto que la causa que la ha producido llega á cesar.

1 Compárese Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 322-324. Duranton, t. XI, pág. 343, núm. 266. Mourlón, t. II, pág. 586. Colmet de Santerre, t. V, pág. 260, núm. 155 bis.

402. La cosa debida solidariamente perece por la culpa, ó durante la demora de uno de los deudores solidarios; la obligación se conserva respecto de los otros. ¿Cuál es la razón? El lazo de solidaridad no puede destruirse por el hecho de uno de los deudores; están asociados para conservar la deuda, y, por tanto, el hecho se convierte en el hecho del otro, (art. 1,205.)

Si la cosa debida por varias personas es indivisible, la pérdida que sobrevenga por el hecho de uno de los deudores libra á los otros, pues respecto de ellos es un caso fortuito; no estando ligados por una asociación ni por un mandato, son extraños entre sí, y por tanto, el hecho de uno es para los otros el hecho de un tercero, es decir, un caso fortuito que les libra.

403. La constitución en mora de uno de los deudores solidarios, constituye en mora á los otros. Esto es una consecuencia del lazo que les une, el hecho de uno llega á ser el hecho de los otros; no sucede lo mismo en las obligaciones indivisibles. Acabamos de dar la razón.

404. La ley asemeja las obligaciones solidarias y las obligaciones indivisibles en lo que concierne á la interrupción de la prescripción. Pero hay una diferencia cuando la interrupción sobreviene respecto de los herederos. "La interpelación hecha á uno de los herederos de un deudor solidario no interrumpe la prescripción respecto de los otros coherederos, si la obligación no es indivisible." Esto es porque la deuda solidaria se divide entre los herederos, en tanto que la deuda indivisible, queda respecto de los herederos, lo que fué respecto del difunto.

En nuestra opinión, hay otra diferencia entre los créditos solidarios y los créditos indivisibles en lo que se refiere á la suspensión de la prescripción. Esta se suspende en provecho de todos cuando no corre contra uno de los acrees

dores de una deuda indivisible, no sucede lo mismo, en nuestro concepto, en los créditos solidarios, (núm. 264.)

405. Las deudas solidarias se dividen entre los herederos, ya hemos dicho por qué y en qué sentido (núm. 327). Sucede lo contrario respecto de los herederos cuyas deudas indivisibles producen el efecto que las caracteriza, de no poder dividirse, por razón del número de los obligados.

406. Las diferencias entre las obligaciones solidarias y las indivisibles, siendo tan numerosas y tan importantes, es de extrañar que la jurisprudencia las confunda tan frecuentemente. Hay una confusión que se encuentra casi en todas las sentencias; de que los deudores de una obligación indivisible estén obligados por el total, se concluye que están obligados solidariamente. (1) Esta es una inexactitud de lenguaje, más bien que de principios. También debe evitarse, porque hace creer que la indivisibilidad engendra la solidaridad, lo que ciertamente es un error.

Hay sentencias de la Corte de Casación, que llevan la confusión más lejos: el error no está ya en el lenguaje, está en los principios. ¿Cuál es la obligación del tercero detentador de un inmueble hipotecado, en lo que se refiere al pago del precio? ¿Es solidaria ó indivisible? La cuestión así formulada es un verdadero absurdo. ¿Acaso el tercero detentador está "obligado" á alguna cosa? ¿Es porque aquel á quien se llama "tercero" detentador no es deudor personal con ningún título? Sin embargo, se dijo en una sentencia de la Corte de Casación que el tercero detentador que, obligado por el vendedor, niega entregarle el bien vendido, está obligado á cumplir las obligaciones contraídas por el primer comprador, y también á pagar al deudor el precio debido todavía por éste último. Este es un error de

1 Bruselas, 28 de Noviembre de 1806 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,523, I) y un gran número de sentencias. Compárense las sentencias citadas por Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,523).

lenguaje y de principios. El tercero detentador no está obligado más que á dejarse expropiar, pero la ley le dá dos medios de evitar la expropiación: puede, ó abandonar la cosa, ó pagarla. Pagar no es, pues, una "obligación" para él, es una facultad, un derecho de que puede usar ó no usar. Pagando, se pone en lugar del deudor que ha hipotecado el inmueble, ó que le ha gravado con un privilegio. No es en este sentido en el que puede hablar de una obligación á cargo del tercero detentador. ¿Cuál es la naturaleza de ésta? La Corte de Casación responde que es una obligación solidaria. Cree que esta pretendida solidaridad no resulta de una estipulación expresa, como lo exige el art. 1,202, sino que la Corte pretende que resulta de la disposición de la ley. ¿Cuál es esta ley? ¡El art. 1,218! En efecto, el pago del precio, aunque divisible por su naturaleza, no es susceptible de cumplimiento parcial, según la relación bajo la cual está ordenado por la ley. (1)

Aquí la confusión es completa, ¿Que dice el artículo 1,218? ¿Trata la cuestión de la solidaridad? Nó, el artículo trata de la indivisibilidad de obligación; ¿y cuándo existe esta indivisibilidad? ¿Es esta la ley que la establece, como dice la Corte? Son, por el contrario, las partes contratantes quienes por su voluntad hacen indivisible una obligación que por su naturaleza es divisible. La obligación se convierte en este caso, no en solidaridad sino en indivisible, asemejándose á la indivisibilidad absoluta del artículo 1,217. Así, lo que según el texto del Código, es una indivisibilidad convencional, es transformada por la Corte de Casación en una solidaridad establecida por la ley. Y esta extraña sentencia ha sido rendida sobre el informe de Lasagni, uno de los magistrados más distinguidos de la Corte!

1 Denegada casación, 30 de Julio de 1834 (Dalloz, palabra *Venta* núm. 1,347).

Podríamos multiplicar nuestras citas, pero para nuestro objeto, esta basta. No es por vía de crítica por lo que nosotros sometemos á la jurisprudencia á una censura severa, es para demostrar á los jóvenes legistas cuál es la importancia de los principios. Así excusamos también un trabajo cuya extensión traspasa muchas veces nuestras provisiones; si nuestros volúmenes se acumulan, es precisamente porque á cada instante tenemos que establecer los verdaderos principios contra la jurisprudencia, y algunas veces contra la doctrina que los desconoce.

*Núm. 3. De la indivisibilidad del pago.*

*I. Casos en que hay indivisibilidad en el pago.*

*1. De las deudas hipotecarias.*

407. El art. 1,220 establece el principio de que la obligación que es susceptible de división, se divide respecto de los herederos del acreedor y del deudor, los cuales no están obligados á pagarla sino por su parte hereditaria. Después el artículo 1221 dice que este principio recibe excepción respecto de los herederos del deudor, en los casos que están enumerados. La primera de estas excepciones se refiere á la deuda hipotecaria; el final del artículo agrega que el heredero que posee el fundo hipotecado á la deuda, puede ser perseguido por el total sobre el fundo hipotecado, salvo el recurso contra sus coherederos. Todos los autores notan que esta primera excepción al principio de la división de las deudas entre los herederos, no es una verdadera excepción. Pothier la explica como sigue: (1) La deuda se divide entre los herederos, en consecuencia no están obligados por la acción personal que resulta de la obligación del difunto, sino por su parte hereditaria; sin

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 300.

embargo, pueden ser perseguidos por la deuda hipotecaria, por el total de esta deuda como poseedores de los bienes que están hipotecados. Si la deuda personal no se divide, no puede decirse que la deuda hipotecaria sea una excepción á la regla de la divisibilidad de las deudas, es mas bien una aplicación de la regla. La hipoteca es indivisible; el que es heredero por un cuarto y detentador de un inmueble hipotecado á la deuda, no puede ser perseguido como heredero del deudor sino por un cuarto, y por tanto, la deuda, aunque hipotecaria, se divide; pero puede ser perseguido por toda la deuda hipotecaria, y si paga su parte hereditaria, puede también ser perseguido por los tres cuartos restantes de la deuda hipotecaria. El número 1 del art. 1,221 es, pues, una aplicación del derecho que la hipoteca dá al acreedor, y no una excepción a la división de las deudas; como deudor, el heredero no puede ser obligado mas que por un cuarto; si puede ser perseguido por toda la deuda hipotecaria, no es como deudor, sino como detentador del inmueble hipotecado; por mejor decir, el acreedor expropia el inmueble entre sus manos; el poseedor puede ponerse al abrigo de esta demanda pagando su parte en la deuda y abandonando el inmueble. (1)

408. Este último punto es controvertido, como lo diremos en el título "De las Hipotecas." Los editores de Zachariæ enseñan lo contrario y pretenden que el objeto del art. 1,221, 1.º, es precisamente decir que el heredero, propietario del inmueble hipotecado, no puede abandonar, aunque pague su parte en la deuda. (2) Esta interpretación de la ley es puramente conjetural, no tiene apoyo alguno en el texto ni en los trabajos preparatorios. Bigot Prémeneu explica esta primera excepción como Pothier

1 Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos*, núm. 101 (Loché. tomo VI, pág. 165). Toullier, t. III, 2, pág. 465, núms. 762-764. Duranton, t. XI, pág. 370. núms. 277, 278 y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 54, nota 26 pfo. 301.

lo ha hecho; no dice una palabra de la obligación que tendría el heredero de pagar toda la deuda sin poder abandonar. Esta es una interpretación tan desgraciada, como lo que atribuye al legislador una opinión de que no hay señal alguna ni en la tradición, ni en la discusión. Esta opinión sería una excepción al derecho que tiene todo tercero poseedor; y una disposición excepcional exige un texto formal, no puede basarse en una conjetura; el sentido que M. M. Aubry y Rau dan al art. 1,221 no es otra cosa.

### 2. Deuda de una cosa cierta.

409. Cuando la deuda es de una cosa cierta, el heredero que posee la cosa debida, puede ser perseguido por el total de la cosa debida, salvo el recurso contra sus coherederos. Para que uno de los herederos posea la cosa debida por el difunto, se necesita que haya habido una partición. Se supone, pues, que el difunto fué deudor de una cosa cierta. Si es en virtud de un contrato traslativo de propiedad, tal como una venta, la propiedad ha sido transmitida al acreedor por el solo efecto de la perfección de la venta: no perteneciendo la cosa debida á la herencia, no puede estar comprendida en la partición; si se ha puesto en la parte de un heredero, por error ó por cargo, éste debe hacer la entrega al acreedor. Y este tiene dos acciones, una en reivindicación, que intenta, según el derecho común, contra el poseedor de la cosa que le pertenece. Esta es una acción real de que no habla la ley en el art. 1,221; no puede tratarse de dividir una acción de reivindicación. El acreedor tiene también una acción que nace del contrato, acción personal contra los herederos del deudor; de esta acción es de la que habla el art. 1,221; es divisible puesto que tiene por objeto la entrega de una cosa cierta, lo que forma una deuda divisible, pero la ley la coloca entre las deudas indivisibles, con relación al pago. Es indivisible en el sen-

tido de que el acreedor puede obrar por el total contra el heredero que posee la cosa debida. ¿Por qué le dá la ley este derecho? El orador del Gobierno responde que es para evitar un círculo vicioso de acciones; si el acreedor se dirigiese á los otros herederos, estos tendrían que volverse hácia el otro heredero que es poseedor de la cosa. Es cierto que es más simple y más fácil para el acreedor obrar contra el poseedor de la cosa que inmediatamente puede hacer la entrega. Siempre resalta que la disposición derogada al principio de la división de las deudas entre los herederos. Aun el que es poseedor de la cosa podría invocar este principio y sostener que no está obligado á la entrega mas que por su parte; y como el acreedor no puede demandar á los otros herederos que le entreguen una cosa que no poseen, su acción contra ellos sería la de daños y perjuicios. Este resultado es contrario á la intención de las partes contratantes y justifica plenamente la decisión de la ley: el acreedor ha estipulado una cosa cierta, á la que tiene derecho porque el cumplimiento de la obligación es posible, puesto que uno de los herederos posee la cosa y puede hacer la entrega; la ley debió, pues, permitir al acreedor demandarle el cumplimiento de la obligación por el total, dejándole á salvo obrar en indemnización contra sus coherederos, suponiendo que en la partición no haya sido cargado con el pago íntegro de la deuda. (1)

410. Pothier dice que los coherederos del que poseía la cosa debida no dejan de ser responsables de la obligación del difunto, aún cuando en la escritura de partición esté comprendida la cosa debida en el lote del heredero encargado de pagar la deuda por el total. Son responsables de la deuda como representantes del deudor, y no pueden

1 Exposición de motivos, núm. 101 (Loché, t. VI, pág. 165). Colmet de Santerre, t. V, pág. 266, núm. 157 bis, II. Compárese Duranton XI, pág. 375, núm. 281; pág. 378, núms. 284 y 285.

descargarse de esta obligación personal poniendo la deuda á cargo de un copartícipe. Esto es elemental y resulta que el acreedor conserva su acción dividida contra cada uno de los herederos por su parte hereditaria. Declarando la ley el pago indivisible, dá un derecho al acreedor, que no le impone obligación, y por consiguiente puede dividir su acción si lo juzga conveniente. (1)

411. El art. 1,221 núm. 2, se aplica también al caso en que la deuda consiste en la restitución de una cosa, la cual no tenía el difunto mas que por simple detención. Por ejemplo, dice Pothier, si prestais ó dejais en depósito unos libros, siendo la cosa divisible, la deuda lo es también. Sin embargo, los herederos del difunto á quien los libros fueron confiados estarán obligados á la restitución legal. Haciendo Pothier una excepción en parte, en realidad vuelve á quedar en la excepción del núm. 2 del art. 1,221, porque la ley no distingue á título de que se debe la cosa. En nuestro derecho moderno, el caso de la traslación de la propiedad y el de la restitución de un préstamo se confunden, en el sentido, al menos, que en las dos hipótesis la propiedad pertenece al acreedor, pues se trata solamente de ponerle en posesión, haciendole la entrega ó la restitución de la cosa debida. Es natural que esta obligación sea cumplida por aquel de los herederos que es el único que está obligado como poseedor de la cosa. Los otros herederos, dice Pothier, ganan, puesto que son descargados de la responsabilidad que tenían como representantes del deudor. (2)

412. Si la división no se ha hecho, el art. 1,221 no es más aplicable, puesto que supone que uno de los herede-

1 Exposición de los motivos, núm. 101 (Loaré, t. VI, pág. 165). Colmet de Santerre, t. V, pág. 266, núm. 157 bis, II. Compárese Durantón, t. XI, pág. 375, núm. 281; pág. 378, núms. 284 y 285.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 303.

ros debe poseer la cosa debida; y aún hecha la división esta cosa no será comprendida, de ordinario, en los lotes, porque no puede dividirse lo que no pertenecía al difunto. En estos dos casos, siendo inaplicable la excepción, permanece bajo el imperio de la regla. Siendo la deuda divisible, se dividirá entre los herederos, y el acreedor obrará contra cada uno por su parte hereditaria. (1)

### 3. Deuda alternativa.

413. El art. 1,221, núm. 3, dice: "Cuando se trata de la deuda alternativa de cosas á elección del acreedor y una es, pues, indivisible, el heredero que posee la cosa debida puede ser demandado por el todo por esta cosa, salvo el recurso contra sus coherederos." He aquí la hipótesis prevista por la ley. El difunto había prometido 1,000 francos ó una servidumbre de paso sobre su predio, quedando reservada la elección al acreedor, de los 1,000 francos ó de la servidumbre, en caso de la muerte del deudor. Eligiendo los 1,000 francos la deuda se haría divisible en cuanto al pago; mas si escoge la servidumbre, su derecho es indivisible, y una obligación indivisible no puede considerarse como excepcional de la divisibilidad. Así, según la elección del acreedor la obligación será divisible por el todo ó indivisible: ¿dónde pues, está la excepción del principio de la división de las deudas divisibles? Tal es la crítica que los autores hacen del texto de la ley que ni siquiera es completa. Se supone que si el acreedor elige la servidumbre, la deuda será indivisible. La translación del derecho real se hace desde el momento en que es determinada la cosa, y lo es por la elección del acreedor; así, pues, desde el instante en que eligió la servidumbre de

1 Durantón, t. XI, pág. 386, núm. 288. Golmet de Santerre, tomo V, pág. 267, núm. 157 bis, II.

paso ésta existe y no puede tratar de constituir la obligación en un derecho indivisible. En esta hipótesis, no hay obligación, y si el acreedor elige los 1000 francos, tendrá una obligación divisible. Esto es lo que hace que la disposición de la ley sea extraña á la materia de la indivisibilidad. Tal parece que la ley carece absolutamente de sentido. (1)

414. Sin embargo, tiene un sentido. El orador del Gobierno lo aplica así: "Si se trata de una deuda alternativa de cosas á la elección del acreedor, y una de ellas es indivisible, los herederos no podrán reclamar una división que será contraria al derecho que el acreedor tiene de elegir ó á la elección que haya hecho." No es esto muy claro; se necesita una explicación para comprender lo que dice. Se supone que el acreedor elige la cosa indivisible, ¿tiene el derecho? Tal es la dificultad que resulta del art. 1,221, y queda una ligera duda: ¿podrán los herederos decir al acreedor, que optando por la cosa indivisible pone obstáculo á la aplicación de la regla que prescribe la división de las deudas de los herederos? Esta división debe hacerse desde que es posible, y en el caso lo es, puesto que la obligación comprende una suma de 1,000 francos; eligiendo el acreedor la cosa indivisible, es él quien ha hecho imposible la división. (2) Si se le niega este derecho será una injusticia, porque lo tiene por el convenio, y éste pasa á los herederos, dando el acreedor el derecho contra ellos que tenía contra el difunto; así, pues, puede sin duda alguna, elegir la cosa indivisible. En definitiva, la explicación de Bigot-Prémeneu no explica nada: si la disposición no es un despropósito, al menos es preciso confesar que es inútil.

1 Durantón, t. XI, pág. 387, núm. 289.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 467, núm. 765. Aubry y Rau, t. IV, página 55, nota 32, pfo. 301. Colmet de Santerre, t. V, pág. 268, número 157 bis, IV.

415. Los autores del Código han seguido en esta materia á Pothier, paso á paso, por decirlo así. No sé por qué se desvían de su doctrina en lo que concierne á las obligaciones alternativas. Son indivisibles, con respecto al pago, dice Pothier, en el sentido que aquella de las partes contratantes que tiene la elección, no puede demandar parte de una de las cosas ó parte de la otra, y lo que el deudor ó el acreedor no tienen derecho de hacer, sus herederos tampoco lo tienen. Uno de los herederos, en el ejemplo que hemos dado (núm. 413), no podrá, por consiguiente, ofrecer demandar su parte en la deuda de 1,000 francos, y otro de ellos ofrecer ó demandar la constitución de la servidumbre de paso. Será preciso que los herederos del acreedor ó los del deudor, se entiendan para la elección de uno de los objetos comprendidos en la obligación. (1) Volveremos á tratar de lo que se ha dicho sobre las obligaciones alternativas.

4. Casos en que uno de los herederos está encargado del cumplimiento de la obligación.

416. La cuarta excepción comprende el caso en que "uno de los herederos está encargado, sólo por el título, del cumplimiento de la obligación; y este heredero, encargado de pagar la deuda, puede ser perseguido por el total, salvo su recurso contra sus coherederos." En este caso, la indivisibilidad del pago resulta de la voluntad expresa de las partes contratantes. La voluntad, dice Bigot-Prémeneu, de dispensar á su acreedor una división molesta, debe cumplirse, pues la indivisibilidad se estipula para evitar al acreedor las molestias de un pago dividido. Pothier manifiesta algun escrúpulo bajo el punto de vista del derecho; esta cláusula ¿no es contraria al principio que defien-

1 Pothier, núm. 312. Durantón, t. XI, pág. 389, núm. 290.

de de estipular para otro? Las deudas se dividen de pleno derecho entre los herederos del deudor; cada uno debe sólo su parte en la deuda; convenir que uno de ellos estará obligado por una parte mayor que su parte hereditaria, sería estipular que el que es extraño á una deuda puede estar obligado á pagarla: ¿el difunto ha podido hacer semejante promesa? Pothier responde á la objeción, distinguiendo la deuda del pago de la deuda. Sin duda, las partes no podrían, por sus convenios, derogar los derechos á las obligaciones de sus futuros herederos; esto sería, no solamente estipular ó prometer por un tercero, sino hacer un pacto sobre una sucesión futura, y, por tanto, bajo todo aspecto, una cláusula semejante sería nula. Otra cosa sucede con el cumplimiento de la obligación; uno de los herederos no puede ser cargado por el todo, sin que el convenio derogue sus derechos. Su posición sería la misma. Solamente debería pagar la deuda por el total, y ejercer, en seguida, su recurso contra sus coherederos. (1)

417. El convenio asienta que cada heredero estará obligado por el total. ¿Este convenio es válido? Se le admite generalmente y con razón. No se trata más que del pago, y si uno de los herederos puede ser cargado con el pago de toda la deuda, ¿por qué la misma carga no podría ser impuesta á sus coherederos? Esto llegará á dar al acreedor la facultad de perseguir al heredero que quisiera elegir; bien entendido que el que pagase el total de la deuda tendrá su recurso contra sus coherederos. (2)

La Corte de Casación ha juzgado en este sentido, pero con una restricción. ¿Si uno de los herederos acepta bajo beneficio de inventario, podrá, no obstante, estar obligado

1 Pothier, núm. 313. Durantón, t. XI, pág. 395, núm. 295. Colmet de Santerre, t. V, pág. 270, núm. 157 bis, VI. Demolombe, t. 26, pág. 504, núm. 572.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 270, núm. 157 bis, VII. Demolombe, t. XXVI, pág. 505, núm. 574.

por el total? La Corte dijo que esto sería una derogación al beneficio de inventario, es decir, á un beneficio que la ley dá; se necesitaría también una disposición de la ley para que fuese permitido derogarla. (1) Hemos dicho, en otra parte, (t. X, núm. 94) que no es esa nuestra idea.

5. De los casos previstos por el art. 1,221, núm. 5.

418. El art. 1,221, núm. 5, está concebido así: "Cuando resulta, sea por la naturaleza de la obligación, sea por la cosa que es el objeto, sea por el fin que se han propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pueda cubrirse parcialmente, cada heredero podrá ser perseguido por el total, salvo su recurso contra sus coherederos." Esta disposición, tomada de Pothier, ha sido vivamente criticada; ante todo, deben precisarse á qué se aplica. Es la intención de las partes contratantes la que en los casos previstos por el núm. 5, hace indivisible la deuda con relación al pago. La intención puede manifestarse de una manera expresa; este es el caso del núm. 4: el convenio dice en términos formales, ó se supone que uno de los herederos ó cada uno de ellos, estará obligado á cumplir la obligación por el total. Lo que puede hacerse expresamente, puede también hacerse tácitamente. El art. 1,221, núm. 5, dice en qué casos la intención es tácita. Esta puede, desde luego, resultar de la "naturaleza de la obligación." Pothier no dice lo que entiende por esto, ni pone ningún ejemplo, porque es difícil citar alguno; los que se encuentran en los autores se relacionan más bien con el segundo caso previsto por el número 5. Con el primer caso se puede relacionar una obligación alternativa, en la cual la elección es indivisible; el

1 Denegada casación, Sala Civil, 16 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, I, 128).

acreedor puede rehusarse á recibir una parte de una de las cosas comprendidas, y es preciso, por consiguiente, que todos los herederos se pongan de acuerdo si ellos tienen la elección.

La intención de los contratantes de que la deuda no pueda pagarse parcialmente, puede resultar en segundo lugar de la cosa que es objeto de la obligación, lo cual se presume fácilmente, dice Pothier, cuando la cosa que es objeto del convenio, es susceptible de dividirse imaginariamente, mas no en realidad. Tal sería la deuda de un caballo indeterminado. Esto se presume aun con respecto á cosas que pueden dividirse en partes reales, cuando no pueden serlo sin que resulte un perjuicio para el acreedor. Yo compro una heredad, ó la tomo en arrendamiento; aunque esta heredad sea susceptible de partes, sin embargo, uno de los herederos del que me la vendió ó arrendó no estaría obligado á ofrecermela su parte dividida ó indivisa de esta heredad, para cumplir su obligación para conmigo, si sus coherederos no estaban también por su parte, dispuestos á entregarme las suyas; en efecto, la división de la heredad me traería perjuicio, pues yo no la había comprado ó tomado en arrendamiento, sino para tenerla ó gozarla del todo, y no la hubiera comprado ni arrendado en parte. Según el art. 1,221, debe agregarse, que yo puedo perseguir á cada heredero por el total. Notaremos que el ejemplo, así formulado, vuelve á estar comprendido en el núm. 2; debe, pues, suponerse que se trata de una heredad indeterminada, lo que hace muy poco práctica la aplicación.

El fin que los contratantes se han propuesto, puede también impedir el pago parcial aun de las deudas de una de dinero. Por ejemplo, si yo necesito una suma de 10,000 francos para ejercer un pacto de retroventa, y si estipulo con vos esta suma, vuestros herederos no podrán ofrecermela

en parte, y yo tengo el derecho de demandarla toda á cada uno de ellos, pues un pago parcial no llenaría el objeto que los contratantes se han propuesto. (1)

419. Se vé que la disposición del núm. 5 queda vaga y oscura á pesar de las explicaciones de Pothier. Hay una dificultad más grande. Los términos en que está concebido el art. 1,221 tiene una grande analogía con los términos del art. 1,218. Toullier y Durantón dicen que no ven diferencia alguna. ¿Es posible, dicen, advertir alguna diferencia entre una obligación que es indivisible, porque "la relación bajo la cual ha sido considerada" no la hace susceptible de "cumplimiento parcial" (art. 1,218), y la obligación que es indivisible en cuanto al pago, porque resulta sea "de la naturaleza de la obligación, sea de la naturaleza de la cosa," que es objeto, sea "del fin que se han propuesto," que la intención de los contratantes ha sido "que la deuda no pueda cumplirse parcialmente?" Si las palabras no son las mismas, la idea que expresan es idéntica. De esto resulta una singular confusión: una misma obligación es la que preveen los artículos 1,218 y 1,221, núm. 5; y según el art. 1,218, es "indivisible" á tal punto que no es susceptible ni aun de partes intelectuales, y según el art. 1,221 núm. 5, esta misma obligación es "divisible," solamente el pago puede ser perseguido por el total contra cada uno de los herederos del deudor. Así, una misma obligación es al mismo tiempo "indivisible" y "divisible" y produce efectos absolutamente distintos. Esto es contrario y absurdo. (2)

El reproche de contradicción no es merecido. Hay una diferencia entre la obligación del art. 1,221, núm. 5. En

1 Pothier, núm. 315. Colmet de Santerre, t. V, pág. 271, número 257 bis, VIII. Mourlón, t. II, pág. 532, V. Aubry y Rau, t. IV, pág. 58, notas 38-41, pfo. 301.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 486, núm. 792. Durantón, t. IX, página 314, núm. 257, pág. 406, núms. 299-301.

los dos casos, es la voluntad de las partes contratantes la que determina la naturaleza y los efectos de la obligación; pero esta voluntad puede variar. En el caso previsto por el art. 1,218, la voluntad de las partes es que la obligación misma, llegue á ser indivisible, como si lo fuese por su naturaleza. En el caso previsto por el art. 1,221, núm. 5, la voluntad de las partes es que la obligación quede divisible; pero en su intención, el pago no podrá hacerse por parte. (1) La distinción es justa, pero creemos que si es jurídica, en teoría es bastante difícil; en la aplicación supone que en las partes contratantes conocen la diferencia entre la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad de pago, y cuando excelentes criterios, como Toullier y Durantón, se han engañado, ¿cómo se quiere que personas extrañas á la ciencia del derecho comprendan lo que jurisperitos consumados no han podido comprender? La explicación que hoy día, es generalmente admitida, no hace al legislador el reproche de oscuridad; es cierto que la redacción del art. 1,218 y la del art. 1,221, núm. 5, son casi idénticas, y ahí en donde la ley parece confundir, ¿cómo se quiere que las partes distingan? Porque todo depende de su intención.

## II. Efecto de la indivisibilidad de pago.

420. Pothier solo dá un solo efecto á la indivisibilidad de pago. Cuando la obligación es divisible, cada uno de los herederos del deudor puede pagar su parte dividida y el acreedor está obligado á recibirla. Por excepción, los herederos del deudor no pueden ofrecer un pago dividido, en los casos en que hay indivisibilidad de pago; deben arreglarse entre sí para hacer un pago íntegro. ¿Cuál es,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 57, nota 37, pfo. 301. Colmet de Santerre, t. V, pág. 273, núm. 157 bis, IX y V. Demolombe, t. XXVI, pág. 466, núm. 531 y pág. 471, núm. 534.

en esta teoría, el derecho del acreedor? Puede demandar que los herederos del deudor se pongan de acuerdo para hacerle un pago íntegro, pero no puede perseguir á cada uno de ellos por el total; este derecho solo le pertenece cuando hay indivisibilidad verdadera. (1)

El Código ha derogado el antiguo derecho; el artículo 1,221 es formal, dá al acreedor el derecho de perseguir por el total, tanto á uno de los herederos como á cada uno de ellos; lo que distingue la indivisibilidad de pago de la indivisibilidad propiamente dicha. ¿Cuál es el motivo de esta innovación? Lo ignoramos. La innovación es lógica en el sentido de que la indivisibilidad de pago, siendo una excepción á la división de la deuda, resulta de que la deuda no se divide, de suerte que cada heredero, ó uno de ellos, debe pagar el total; de ahí la consecuencia de que el acreedor puede también perseguir el pago total. Pero aunque lógica, esta consecuencia no deja de ser una excepción, y hay que restringirla en los límites que el texto le señala. Sígnese de esto, que la indivisibilidad de pago, solo tiene el efecto que el art. 1,221 le atribuye.

421. La innovación bajo otros conceptos, no es feliz. Parece asemejar la indivisibilidad de pago y la indivisibilidad absoluta, al menos en lo que se refiere al derecho de demanda. ¿Debe concluirse que el heredero perseguido por el total puede llevar al juicio á sus coherederos? El artículo 1,225 dá este derecho al heredero cuando la obligación es indivisible. A primera vista se cree que el heredero debe tener este derecho; con mayor razón, cuando la obligación es divisible y el pago no puede dividirse. La razón es mala. No puede darse á la indivisibilidad de pago los efectos que la ley atribuye á la indivisibilidad absoluta; bajo el punto de vista de los textos, esto no es dudoso. El Código no reconoce la expresión de indivisibilidad de

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 316.

pago; la trata en el capítulo intitulado: "De los efectos de la obligación divisible," y no le dá mas de un solo efecto, el que acabamos de señalar, y ciertamente no es posible extender á las obligaciones divisibles los efectos que la ley atribuye á las obligaciones indivisibles. Esto es decisivo. El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Por qué el artículo 1,225 permite al heredero designado llevar al juicio á sus coherederos? Esta acción y la condenación que resulta no suponen atentado á los derechos del acreedor; á pesar de la condenación dividida de los herederos, puede perseguir el cumplimiento del fallo por el total, porque es imposible demandar el cumplimiento parcial. No sería lo mismo si el heredero perseguido pudiese llevar al juicio á sus coherederos en el caso previsto por el artículo 1,221, siendo divisible la obligación, la condenación dividida produciría el efecto del cumplimiento dividido, lo que está en oposición con el efecto que la ley atribuye á estas obligaciones; el cumplimiento no puede ser perseguido por el todo, según el art. 1,221, salvo el recurso del heredero que ha pagado el total contra sus coherederos, lo que supone que, perseguido por el total, paga también el total. La acción de llevar al juicio y la condenación dividida no se conciben, pues, cuando se trata de la indivisibilidad de pago. (1)

422. ¿La indivisibilidad del pago tiene efecto con respecto á los herederos del acreedor? La negativa resulta del texto de la ley. Después de haber dicho en el art. 1,220 que la obligación susceptible de división se divide entre los herederos del acreedor y los del deudor, el Código agrega: "El principio establecido en el artículo precedente, tiene *excepción* en cuanto á los herederos del deudor."

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 36, nota 35, pfo. 301 y todos los autores, excepto Durantón, t. XI, pág. 401, núm. 297), cuya opinión ha quedado aislada.

(art. 1221). Es decir, que los herederos del acreedor quedan comprendidos en la regla, que es la división. Los créditos del artículo 1221 se dividen, pues, de pleno derecho entre los herederos del acreedor, como toda obligación divisible; así no puede reclamar cada uno de ellos mas que su parte hereditaria en el crédito; mas si el deudor á su vez viene á morir dejando varios herederos, cada heredero del acreedor podrá demandar el pago del total de su parte al heredero que está obligado á pagarle el todo, siguiendo las distinciones hechas por el artículo 1221.

423. Los herederos del deudor no están ligados por ningún lazo, pues la deuda se divide entre ellos según la parte hereditaria de cada uno, y ésta división produce todos sus efectos, salvo la excepción que hace el artículo 1221. De que uno de los herederos ó cada heredero pueda ser demandado por el todo, no se debe concluir que la prescripción es interrumpida por el todo contra todos los deudores, porque esto sería dar una disposición excepcional, lo que no es posible. Todo lo que resulta de los principios, es que el acreedor que obra por el todo contra uno de los herederos, conserva su derecho contra éste; ir más lejos sería traspasar la ley.

El artículo 1249 resiste igualmente á una interpretación extensiva, pues no es aplicable mas que á las obligaciones indivisibles, y el artículo 1221 no dá el nombre de *obligaciones indivisibles* á aquellas que no lo son mas que bajo el punto de vista del pago. Esto decide la cuestión. El acreedor que deja perder su derecho por la prescripción no obrando mas que contra aquel de los herederos que está obligado al pago de toda la deuda, debe tener en cuenta á aquel de la parte de sus coherederos para con los cuales su derecho prescribió, porque el heredero condenado por el todo no tendrá mas recurso contra sus coherederos,

cuando la ley no permite condenarlo por el todo si no es por el beneficio de su recurso; si lo pierde por culpa del acreedor, es justo que este sufra las consecuencias. Este punto es controvertido sin embargo. (1)

SECCION VII.—De las obligaciones con cláusula penal.

§ 1º NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Como se establecen las penas.

424. El art. 1,226 define la obligación penal en estos términos: "La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de un convenio, se obliga á alguna cosa en caso de no cumplirlo." Esta es la pena convencional que las partes contratantes estipulan, como lo dice el art. 1,229, para valuar y determinar los daños y perjuicios á que tiene derecho el acreedor en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal. En el fondo es idéntica á la cláusula prevista por el art. 1,152, es decir, á la cláusula de los daños y perjuicios convencionales, que tiene el mismo fin. En cuanto á los términos que las partes emplean para manifestar su voluntad, son indiferentes; puede haber cláusula penal sin que las partes pronuncien la palabra "pena," los jueces del hecho interpretarán la intención de los contratantes.

En una escritura de concesión de mineral de fierro, se dijo: "El adjudicatario extraerá anualmente tal cantidad de mineral que el tributo se eleve al menos á la mitad de la suma de 200 francos. En caso de una extracción mediana ó nula el mínimum del tributo será pagado á título de "daños y perjuicios." Se juzgó que esta cláusula era una obligación penal, puesto que tenía por objeto garantizar el

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 286 y siguientes, núm. 161 bis, III.

cumplimiento de la obligación que el concesionario contrajo de procurar á los cedentes un tributo fijo por año. (1) Esto no es dudoso, puesto que daños y perjuicios convencionales y pena son sinónimas.

Se presentó un caso en que, sin ninguna estipulación de daños y perjuicios ni de pena, se juzgó que había cláusula penal. Un comprador exigió recibo de un suplemento de precio ficticio, como sanción de la obligación contraída por el vendedor de no atacar la venta. En caso de rescisión, se le restituirá un precio superior al que se le debía pagar, lo que constituyó una cláusula penal. (2)

425. Sucede con frecuencia que los tribunales establecen una pena para la parte condenada. El art. 2,263 dice que después de veintiocho años de la fecha del último título, el deudor de una renta puede ser estrechado á hacer á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó á sus causahabientes. ¿Cómo asegurar el cumplimiento de esta obligación legal? Se juzgó que á falta de que los deudores proporcionaran un título nuevo en el plazo prescripto por el fallo, el acreedor tendría derecho de demandar el reembolso de la renta; la sentencia dijo que este es un medio de estrechar á los deudores á cumplir la obligación que la ley les impone. No siendo en este caso condenados los deudores á ninguna pena propiamente dicha, quedan libres de no hacer el título nuevo, mas no pueden tener derecho de faltar indefinidamente á una obligación legal; si se obstinan en no cumplirlo, no queda más que resolver el contrato; (3) por mejor decir, los deudores mismos lo rompen. Diremos en el título "De las Rentas" en qué caso puede ser resuelto el contrato por falta de cumplimiento de las

1 Juicio del Tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3 144).

2 Denegada casación, 8 de Julio de 1857 (*Dalloz*, 1857, 1, 420).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 199).

cuando la ley no permite condenarlo por el todo si no es por el beneficio de su recurso; si lo pierde por culpa del acreedor, es justo que este sufra las consecuencias. Este punto es controvertido sin embargo. (1)

SECCION VII.—De las obligaciones con cláusula penal.

§ 1º NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Como se establecen las penas.

424. El art. 1,226 define la obligación penal en estos términos: "La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de un convenio, se obliga á alguna cosa en caso de no cumplirlo." Esta es la pena convencional que las partes contratantes estipulan, como lo dice el art. 1,229, para valuar y determinar los daños y perjuicios á que tiene derecho el acreedor en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal. En el fondo es idéntica á la cláusula prevista por el art. 1,152, es decir, á la cláusula de los daños y perjuicios convencionales, que tiene el mismo fin. En cuanto á los términos que las partes emplean para manifestar su voluntad, son indiferentes; puede haber cláusula penal sin que las partes pronuncien la palabra "pena," los jueces del hecho interpretarán la intención de los contratantes.

En una escritura de concesión de mineral de fierro, se dijo: "El adjudicatario extraerá anualmente tal cantidad de mineral que el tributo se eleve al menos á la mitad de la suma de 200 francos. En caso de una extracción mediana ó nula el mínimum del tributo será pagado á título de "daños y perjuicios." Se juzgó que esta cláusula era una obligación penal, puesto que tenía por objeto garantizar el

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 286 y siguientes, núm. 161 bis, III.

cumplimiento de la obligación que el concesionario contrajo de procurar á los cedentes un tributo fijo por año. (1) Esto no es dudoso, puesto que daños y perjuicios convencionales y pena son sinónimas.

Se presentó un caso en que, sin ninguna estipulación de daños y perjuicios ni de pena, se juzgó que había cláusula penal. Un comprador exigió recibo de un suplemento de precio ficticio, como sanción de la obligación contraída por el vendedor de no atacar la venta. En caso de rescisión, se le restituirá un precio superior al que se le debía pagar, lo que constituyó una cláusula penal. (2)

425. Sucede con frecuencia que los tribunales establecen una pena para la parte condenada. El art. 2,263 dice que después de veintiocho años de la fecha del último título, el deudor de una renta puede ser estrechado á hacer á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó á sus causahabientes. ¿Cómo asegurar el cumplimiento de esta obligación legal? Se juzgó que á falta de que los deudores proporcionaran un título nuevo en el plazo prescripto por el fallo, el acreedor tendría derecho de demandar el reembolso de la renta; la sentencia dijo que este es un medio de estrechar á los deudores á cumplir la obligación que la ley les impone. No siendo en este caso condenados los deudores á ninguna pena propiamente dicha, quedan libres de no hacer el título nuevo, mas no pueden tener derecho de faltar indefinidamente á una obligación legal; si se obstinan en no cumplirlo, no queda más que resolver el contrato; (3) por mejor decir, los deudores mismos lo rompen. Diremos en el título "De las Rentas" en qué caso puede ser resuelto el contrato por falta de cumplimiento de las

1 Juicio del Tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3 144).

2 Denegada casación, 8 de Julio de 1857 (*Dalloz*, 1857, 1, 420).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 199).

obligaciones contraídas por el deudor. Autorizar al acreedor á demandar el reembolso, es tanto como resolver el contrato, y la resolución no es una pena propiamente dicha.

En otro caso, la Corte de Bruselas juzgó que los tribunales no tenían derecho de pronunciar penas que tiendan á estrechar la voluntad del deudor. Dos personas se obligaron solidariamente á hacer una construcción: murió uno de los deudores y el otro pretendió que no era más que fianza solidaria. El tribunal decidió que estaba asociado y obligado como tal, á continuar los trabajos, y lo condenó á volverlos á emprender inmediatamente, bajo pena de 150 francos por cada día de retardo, á más de los daños y perjuicios que resultaban de la suspensión de los trabajos. Esta decisión fué reformada en apelación; la Corte dijo que para conformarse á las disposiciones de la ley en materia de obligación de hacer, el primer juez debía haberse limitado á condenar al deudor á daños y perjuicios en caso de que no cumpliera por su parte; más, que no podía pronunciar una penalidad que tuviera por consecuencia, contra el voto de la ley, estrechar al deudor á prestar un hecho bajo pena de quedar sujeto á una sanción indefinida. (1) Los términos de la sentencia nos parecen muy absolutos y, tomados á la letra, hacen decir á la ley lo que no dice. Cuando el art. 1,142 dispone que la obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor, no es para proteger la libertad del deudor, pues no está libre, puesto que está obligado; si la ley se contenta con los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de sus obligaciones, es porque es imposible forzar al deudor á hacer lo que no está obligado. Los daños y perjuicios indemnizan al acreedor de la falta de cumplimiento de la obligación, y el juez es quien debe valuarlos y aprobarlos, sea bajo la

1 Bruselas, 7 de Diciembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 34).

forma de una indemnización actual, condenando al deudor á una suma capital, sea bajo forma de pena, y ésta no debe ser más que la compensación del daño que el acreedor sufre; estos son los términos del art. 1,229. Si el daño es de tal naturaleza que pueda reproducirse diariamente, nada impide al juez fijar una pena por cada día, y ésta no será mas que la compensación de daños y perjuicios. Mas si se trata de un daño una vez causado, cumplido, no hay lugar de pronunciar una pena para el porvenir. Tal es el caso que la Corte de Bruselas juzgó. Rehusándose el empresario á construir, era preciso condenarlo á daños y perjuicios de una vez y no por cada día de retardo, porque una condenación ilimitada habría superado á los daños causados y habría sido una pena que los tribunales civiles no tienen derecho de pronunciar, como lo hemos dicho tratando de daños y perjuicios convencionales, (t. XVI, números 299, 303).

La jurisprudencia, en esta materia, es incierta y vacilante. Se juzgó en primera instancia que el propietario del predio sirviente que se oponía á la ejecución de una servidumbre de paso sería obligado á pagar 10 francos por cada nueva contravención. La Corte de Lieja reformó la decisión diciendo en la sentencia que el juez no tenía derecho de reglamentar con anticipación la indemnización que el deudor debía pagar por un hecho eventual. (1) Admitimos el principio cuando realmente el daño no puede apreciarse actualmente; porque, en este caso, la pena no sería lo que debía ser, una reparación del daño, mas, en el caso, nada mas fácil de apreciar que el daño causado por la oposición injusta del deudor, el tribunal apreció el daño por lo pasado, condenando al deudor á daños y perjuicios; también podría haberlo condenado por el porvenir, porque siendo el perjuicio diario, bien podía fijar una repara-

1 Lieja, 9 de Junio de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 57).

ción por cada contravención: esto, aquí, sería una pena según el artículo 1229.

En nuestra opinión, la pena no puede ser un medio de estrechar. Los tribunales pronuncian con frecuencia una pena contra el deudor que se niega á cumplir las obligaciones que un fallo le impone, (t. XVI, núm. 302). Fué pronunciado un divorcio porque el marido fué acusado de incesto con su propia hija, y la mujer de adulterio. El tribunal ordenó que la hija, de 19 años de edad, fuese entregada á su abuelo materno, y mientras estuvo depositada en un convento; mas las religiosas, en complicidad con el padre, hicieron el cumplimiento del fallo imposible. La Corte de París ordenó por una nueva sentencia que se entregase á la joven á su abuelo en el mismo día de la notificación de la sentencia, bajo pena de pagar 100 francos por cada día de retardo. (1) En este caso no hubo daño pecuniario, fué resistencia á la ley y á la autoridad judicial, lo cual es un delito criminal mas bien que civil. Al menos no hay ninguna disposición en nuestros códigos que autorice á los tribunales á sancionar sus decisiones por una pena; es este un claro, mas no pertenece al juez llenarlo. Generalmente las penas pronunciadas para el porvenir tienen un caracter conminatorio, y no se ejecutan las condenaciones en el sentido de que el juez se reserve tácitamente el derecho de cambiar lo que había decidido, moderando los daños y perjuicios en proporción á los perjuicios causados. El juez pronunció una pena de cinco florines diarios contra la parte que impedía las operaciones de una división; esta pena es una compensación de los daños y perjuicios, como lo quiere el artículo 1229; mas ¿es conminatoria ó definitiva? Se juzgó que era conminatoria y que el fin era impedir que una de las partes pusiera, por

1 París, 23 de Agosto de 1834 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,607).

su hecho, obstáculo al cumplimiento del fallo. No vemos con qué derecho pronunciaron los jueces semejante pena. En realidad había daño en el caso, puesto que el retardo debía causar un perjuicio; pero es muy difícil valuar anticipadamente para fijar por día; este es, pues, el caso de pronunciar la condenación cuando el daño hubiera sido causado. (1)

*Núm. 2. Naturaleza de la cláusula penal.*

426. El art. 1,226 dice que la cláusula penal tiene por fin asegurar el cumplimiento de un convenio, lo que se hace obligándose á alguna cosa en caso de "falta de cumplimiento;" la pena, como lo repite el art. 1,229, dá lugar á los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la "falta de cumplimiento" de la obligación principal. Por "falta de cumplimiento" no solo se entiende la omisión propiamente dicha cuando el deudor no quiere ó no puede cumplir la obligación que contrajo, sino el retardo en cumplirla; este retardo es una falta parcial y dá lugar, en provecho del acreedor, á los daños y perjuicios que llaman "moratorios" para distinguirlos de los daños y perjuicios llamados "compensatorios," los cuales se deben al acreedor en caso de omisión total. (t. XVI, número 332). El deudor debe reparar el daño que causa al acreedor por falta de cumplimiento, sea parcial ó total ó por retardo, y no es necesario para esto que las partes estipulen una pena: los daños y perjuicios son de derecho y la pena no hace mas que valuarlos por el contrato, siendo esta valuación de mucho interés para el acreedor. Como lo hemos dicho tratao de daños y perjuicios convencionales, es muy difícil hacer constar la cuota del perjuicio que el deudor causó y del cual es responsable; por esa ra-

1 Gand, 8 de Febrero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 50).

zón vienen los procesos largos y dispensados, cuya decisión es siempre más ó menos arbitraria y depende de la apreciación del juez. Las partes deben prevenir estos inconvenientes valuando el monto de los daños y perjuicios que el deudor deberá pagar, si no cumple la obligación ó si retarda el cumplimiento.

427. El objeto de la cláusula penal determina el carácter y los efectos. Para que haya lugar á daños y perjuicios, y, por consiguiente, á la pena, es preciso que la obligación "principal" no se haya cumplido. Hay pues, en caso de estipulación de pena, dos obligaciones: la que la ley llama "principal" (art. 1,229) y la llamada por la doctrina accesoria. La cláusula penal es accesoria, porque no se concibe sin una obligación que tenga por objeto asegurar el cumplimiento, y todas las cláusulas que tienen este fin son accesorias, puesto que no pueden existir sino cuando hay una obligación principal. Es evidente que no podría ser cuestión de daños y perjuicios por omisión de cumplimiento, cuando no hay ninguna obligación; así pues, la pena que dá lugar á daños y perjuicios debidos por el deudor, es esencialmente accesoria de una obligación principal. Se llama esta "principal," porque el acreedor estipula, no la pena, sino la cosa ó el hecho que es objeto del convenio, y este objeto es para asegurar el cumplimiento que estipula una pena. El deudor debe, ante todo, entregar la cosa ó el hecho estipulados por el acreedor, y no debe la pena mas que eventualmente, en el caso de no cumplir su obligación. Vamos á ver las consecuencias que resultan de estos principios.

428. En los términos del art. 1,227, "la nulidad de la obligación principal supone la de la cláusula penal." La razón en esto, dice Pothier, es que es de la naturaleza de las cosas accesorias de no poder subsistir sin la cosa principal. Es este un motivo lógico. La disposición del artícu-

lo 1,229 está fundado también sobre el punto de la cláusula penal; la pena se estipula para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y para que el acreedor pueda reclamar el daño que sufre cuando el deudor no cumple la obligación ó la retarda. (núm. 426) Y, puede ser cuestión de asegurar el cumplimiento de una obligación nula, es decir, que no produce ningún efecto? ¿No es como si el deudor fuera responsable de daños y perjuicios por no haber cumplido una obligación que no debe cumplir puesto que es nula? Hemos visto una aplicación de este principio tratando de promesas de matrimonio. (1) Las partes interesadas agregan generalmente una cláusula penal, para asegurar el cumplimiento; mas la jurisprudencia anula la pena, porque la obligación principal es nula y la nulidad es radical, puesto que la promesa de matrimonio es contraria al orden público porque tiene una causa ilícita y esta vicia las obligaciones en su esencia; el art. 1,232 dice que la obligación sobre una causa ilícita no puede producir ningún efecto; desde entonces es preciso aplicar el art. 1,227: la nulidad de la promesa de matrimonio supone la nulidad de la cláusula penal.

El art. 1,227 agrega: "La nulidad de la cláusula penal no supone la de la obligación principal." Pothier dice que la razón es que la principal no depende de la accesoria y puede subsistir sin ella. Este es el motivo lógico de la disposición y también está fundado en razón. La cláusula penal no dá otra utilidad al acreedor que la de evitar los procesos de los cuales dan lugar los daños y perjuicios. Mas, que haya ó no una cláusula penal, el acreedor tiene siempre derecho á los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de la obligación. La cláusula penal no es, pues, una necesidad, por consiguiente la obliga-

1 Véase el tomo II de estos Principios, pág. 483, núm. 308.

ción principal puede muy bien subsistir sin pena. Poco importa que la cláusula penal sea nula, pues todo lo que resulta es que el acreedor no ha sometido al derecho común que rige los daños y perjuicios; él podrá probar que hay falta de cumplimiento de la obligación y que esta omisión es imputable al deudor; después deberá establecer el monto del daño causado y determinar la cifra de los daños y perjuicios de los cuales el deudor es responsable, según que sea de buena ó de mala fe. ¿Cuándo es nula la cláusula penal? Es también el derecho común quien responde á la cuestión; de suerte que es inútil detenernos en ella.

429. El principio que la nulidad de la obligación principal supone, es aquella en que la cláusula penal tiene excepciones. Hay, desde luego, casos en los cuales la pena hace válida la obligación principal haciendo desaparecer la duda de que está plagada. Parece bastante extraño que la accesoria legalice la principal; esto, sin embargo de ser contrario á la lógica, es muy racional.

Pothier supone una obligación á cuyo cumplimiento el acreedor no tiene ningún interés marcado. Semejante obligación es nula, puesto que el acreedor no podría tener acción sin interés. ¿Cómo podrá el acreedor formular su demanda? ¿A qué daños y perjuicios se referirá cuando le es imposible precisar el interés que tiene en que la obligación se cumpla? Mas, si agrega una cláusula penal á la obligación, el vicio que la plaga, desaparece, porque la pena es precisamente la valuación del interés que el acreedor tiene por el consentimiento del deudor en que la obligación se cumpla.

Tales son las estipulaciones para otro: el que estipula, no tiene ningún interés en que la obligación se cumpla, pues con respecto á él, la estipulación es nula porque el deudor puede faltar impunemente, y si no tiene acción el

acreedor para estrecharlo, es porque no tiene interés. La pena evita este vicio, porque el deudor no puede rechazar al estipulante diciéndole que no tiene interés, porque ha firmado una cláusula que valuó el interés del acreedor. El motivo por el cual la estipulación es nula, viene abajo. He aquí cómo la cláusula penal legaliza la obligación principal que sin la pena sería nula. (1) La promesa del hecho de otro es también nula. (art. 1,119) ¿Por qué? Porque el que promete no se obliga á nada, mas si se obliga á pagar una pena en caso de que el tercero no dé ó no haga lo que prometió por él, el motivo de nulidad desaparece como en el caso en que se niegue; (art. 1120) porque prometer una pena, es una manera de negarse. El acreedor tiene una acción contra el que promete, bajo la condición de que la promesa no sea cumplida y una obligación condicional es perfectamente válida. En este caso también la pena purga el vicio y la obligación se hace válida por razón de la cláusula penal que agregó. (2)

430. El art. 1,227, disponiendo que la nulidad de la obligación principal supone la de la cláusula penal, se expresa de una manera muy absoluta. Mas esto es verdad cuando la obligación principal no produce ningún efecto; pero si esta dá derecho á los daños y perjuicios, precisamente por su nulidad, nada impide estipular estos daños y perjuicios bajo forma de pena. El art. 1,599 dice que la venta de la cosa de otro es nula, es decir, que la cláusula penal agregada á la venta ¿será también nula? Nó, porque el art. 1,599 agrega que la venta de la cosa de otro, puede dar lugar á daños y perjuicios cuando el comprador ignora que esa cosa es de otro, y desde que se deben, la cláusula penal es válida puesto que no es otra cosa que la valuación de daños y perjuicios.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 339 y todos los autores.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 338 y todos los autores.

*Núm. 3. Diferencia entre la obligación penal y las obligaciones condicionales, alternativas y facultativas.*

431. La obligación con cláusula penal, tiene alguna analogía con la obligación condicional, en el sentido de que la pena se debe bajo la condición de que la obligación principal no se cumpla; por consiguiente, la cláusula penal es siempre condicional; mas hay una diferencia esencial entre las dos obligaciones, y es que la pena implica, necesariamente, la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento asegura, y esta obligación subsiste por sí misma porque es pura y simple é independiente de la segunda, recibiendo su cumplimiento directo, y teniendo el acreedor todos los derechos que la ley dá para obtener por fuerza el cumplimiento de las obligaciones, cuyo derecho no tiene nada de eventual sino que es cierto y actual. Como se vé, en esta obligación todo es cierto, mas aunque en una obligación sin cláusula penal, porque los daños y perjuicios que el deudor debe pagar, se fijan con anticipación; mientras que la obligación condicional es al contrario, porque tiene en suspenso todos los efectos de la obligación á tal grado, que se dice generalmente que la existencia misma de la obligación está suspendida, lo cual es cierto porque si la condición falta, es como si la obligación no hubiera sido contraída.

Toullier demuestra por un ejemplo la analogía aparente que existe entre la obligación penal y la condicional, haciendo resaltar, al mismo tiempo, la diferencia que las distingue. "Os prometo 600 francos si no destruyo tal árbol que os molesta." He aquí una obligación condicional que no os dá ningún derecho actual contra mí, sino un derecho eventual, incierto, puesto que no estoy obligado á pagaros los 600 francos si no es dejando el árbol, y no podréis estrecharme á tirarlo porque no me obligué; unica-

mente, si no lo destruyo, os deberé 600 francos. Si, por el contrario, digo: "Os prometo destruir tal árbol que os molesta, y si no lo hago en seis meses, os pagaré 600 francos;" hay en este caso, obligación bajo cláusula penal, y tendréis acción contra mí pudiendo estrecharme á tirar el árbol, porque me obligué y podréis también demandar al juez la autorización de destruirlo á mis expensas, (art. 1,144) porque hay aquí una obligación principal y actual que no depende de ninguna condición y que está garantizada por una pena. Esta es la cláusula penal que es condicional, puesto que la pena no se debe sino en caso de que la obligación principal no se cumpla; mas la pena no hace condicional la obligación principal, porque esta es pura y simple y el acreedor no tiene necesidad de dirigirse al juez para hacer valuar los daños y perjuicios á que tiene derecho, porque fueron valuados previamente en la cláusula penal. (1)

432. Hay también alguna analogía entre la obligación penal y la obligación alternativa. "Os doy una casa ó 50,000 francos." "Os doy una casa y si no os la entrego me obligo á la pena de pagar 50,000 francos." La primera obligación es alternativa y la segunda penal. A primera vista se asemejan, puesto que el acreedor tendrá, en las dos hipótesis, la casa ó los 50,000 francos. Sin embargo; hay una diferencia esencial: en la obligación con cláusula penal, hay dos obligaciones, una principal y la otra accesoria: os doy la casa poniendo la pena bajo condición; hay, pues, una obligación pura y simple y una obligación condicional, si la condición se realiza, si la casa no es entregada, el acreedor tiene dos derechos pudiendo exigir la casa ó los 50,000 francos, las dos obligaciones son igualmente

1 Toullier, t. III, 2, pág. 496, núm. 804. Toullier desarrolla muy bien las consecuencias que resultan del principio; volveremos á lo que dice (pág. 498, núms. 805-807).

principales. La obligación alternativa es distinta porque no comprende dos obligaciones, no es sino una sola comprendiendo dos cosas bajo una alternativa y quedando á elección del deudor ó del acreedor determinar cual de las dos cosas debe pagarse, mas nunca se pagarán las dos, mientras que es posible que la pena y la obligación principal se deban al mismo tiempo (art. 1,229). La pena se debe condicionalmente, mientras que, en la obligación alternativa no hay nada de condicional, solamente es determinado el objeto, en tanto que la elección no se hace. En la obligación penal, hay una obligación accesoria, la de la pena que recae si la obligación principal se extingue por la pérdida de la cosa debida. En la obligación alternativa se deben dos cosas bajo el mismo título; si una se pierde queda la otra. (1)

433. La obligación facultativa se parece igualmente á la penal. "Os doy una casa con la facultad de descargarme pagando 50,000 francos." Hé aquí una obligación facultativa. "Os doy una casa y si no la entrego, os pagaré 50,000 francos." El derecho del acreedor parece el mismo en una y en otra obligación, porque tiene derecho á una casa ó á 50,000 francos. Mas no es igual porque en la obligación facultativa no puede demandar los 50,000 francos pues es el deudor quien se reservó la facultad de pagarlos y esta facultad no dá ningún derecho al acreedor, solo puede demandar la casa. En la obligación penal la suma de 50,000 francos se debe condicionalmente y el acreedor tiene derecho si el deudor no entrega la casa. Lo que caracteriza la obligación facultativa es que el deudor puede librarse pagando 50,000 francos. En la obligación penal el deudor no tiene derecho de ofrecer al acreedor los 50,000 francos que estipuló á título de pena, porque el acreedor

1 Durantón, t. XI, pág. 444, núm. 324. Toullier, t. III, 2, pág. 496, núm. 303. Colmet de Santerre, t. V, pág. 288, núm. 162 bis, 2°

tiene derecho al cumplimiento de la obligación principal y puede demandar su cumplimiento por fuerza aun en el caso en que se ha incurrido en la pena. También puede tener derecho á la cosa principal y á la pena; (art. 1,229) mientras que el acreedor de una obligación facultativa jamás puede reclamar más que lo que es objeto de la obligación y no tiene derecho de demandar lo que el deudor se reservó la facultad de pagar (1)

#### § II.—CUANDO SE INCURRE EN LA PENA?

434. El art. 1,230 dice: "Que la obligación principal contenga ó no un término en el cual deba ser cumplida, no se incurre en la pena sino cuando el que se obligó á entregar, á tomar ó á hacer, está en mora." Los autores marcan que la expresión "obligación de tomar" se encuentra por primera vez en el art. 1,230, y que la ley entiende por esto la obligación de "recibir la cosa." En caso de venta, el vendedor estipula algunas veces, que el comprador retire la cosa en determinado plazo porque tiene interés en que los lugares sean desocupados. El art. 1,657 prefiere esta cláusula y agrega un efecto muy importante, y es que la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en provecho del vendedor después de la expiración del término convenido para "retirar la cosa." A lo que el artículo 1,657 llama "obligación de recibir," el art. 1,230 llama "obligación de tomar." El vendedor puede estipular una pena para el caso en que el comprador no se lleve la cosa. Es inútil decirlo, puesto que la obligación de recibir la cosa es una variedad de la obligación de hacer. (2)

435. El art. 1,230 establece el principio de que se incurre en la pena por la constitución en mora del deudor. Es-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 289, núm. 162 bis, II.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 295, núm. 167 bis, II.

to es la aplicación del art. 1,146, en cuyos términos los daños y perjuicios no se deben sino cuando el deudor está en mora de cumplir su obligación. En efecto, la pena tiene lugar á daños y perjuicios, á los cuales el acreedor tiene derecho en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal, porque los principios que rigen los daños y perjuicios se aplican á la pena. Volveremos á tratar de lo que se ha dicho en otra parte sobre el art. 1,146.

436. ¿Cuándo está en mora el deudor? Sobre este punto es preciso aplicar los principios generales, puesto que la ley no deroga nada. Esto resulta, por otra parte, del texto del art. 1,230, que dice "que la obligación primitiva contenga ó nó un término en el cual deba ser cumplida." Esta parte del artículo deroga el derecho romano. Cuando el convenio contiene un término en el cual el deudor debe dar ó hacer lo que convino, la pena es debida de pleno derecho luego que el término se vence, sin que haya necesidad de una demanda, diciendo, en este caso, que el vencimiento del término sirve de demanda. Cuando no se estipula ningún término, se necesita una demanda del acreedor para hacer incurrir en la pena. Estos principios no se siguen en el antiguo derecho. "Según nuestros usos, dice Pothier, si la obligación primitiva contiene ó nó un término en el cual debe cumplirse, se necesita ordinariamente una demanda judicial para constituir en mora al deudor y para dar principio á la pena." (1) El Código reprodujo esta doctrina casi textualmente en el art. 1,230, siendo esta la aplicación de los principios generales sobre la demora. Según el art. 1,139, el deudor no es constituido en mora por solo el vencimiento del término, se necesita una cláusula especial que lo exprese y no habría necesidad de demanda. En definitiva, el art. 1,230 no es más que una

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 349. Bigot-Préameneu, *Exposición de motivos*, núm. 108 (Loché, t. VI, pág. 167).

aplicación de los principios generales que en nuestro derecho rigen la demora.

Es preciso, pues, estipular por los principios generales, porque se encuentra un vacío en el art. 1,230, que no habla más que de la obligación de entregar y de hacer, sin decir nada de la obligación de no hacer. El art. 1,145 prevee el caso y dispone que si la obligación de no hacer, el que contraviene debe daños y perjuicios por solo ese hecho; si se estipula una pena, el deudor la debe por solo que haya lo que se obligó á no hacer, dando lugar por esto á daños y perjuicios.

437. La jurisprudencia es algo vacilante; algunas veces parece que admite las derogaciones al principio establecido por el art. 1,230, y en ese caso no hace más que aplicar principios generales sobre la demora que este artículo sostiene. La Corte de Casación juzgó que la necesidad de la constitución en mora cesa con respecto á la parte que se niega á cumplir su obligación. En el caso hay resistencia expresa en cumplir las obligaciones contraídas en el convenio, habiendo, pues, una constancia de la demora por parte del deudor mismo, porque su reconocimiento equivale á un requerimiento, y su resistencia expresa es una evidencia de la falta de cumplimiento, pudiéndosele imputar, puesto que declaró no querer cumplir su obligación. Así, pues, la Corte de Casación debía haber fundado su decisión sobre el art. 1,139. (1) Un contrato de empresa de porque en el caso, el deudor había roto su obligación. cía que los trabajos debían terminarse, á más tardar el 1.º de Agosto de 1853, sometiéndose al empresario á una pena por cada día de retardo.

1 Denegada casación, 23 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 420). Compárese denegada casación, 28 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 387). La Corte dijo que el art. 1,230 no tiene apelación en caso en que el acreedor se queje, no del retardo en el cumplimiento,

Los trabajos no están terminados, pero el empresario sostiene que el retardo proviene de la culpa del acreedor que no ha puesto los terrenos á su disposición. Es cierto que el acreedor no puede quejarse de que los trabajos no han continuado, cuando él mismo ha puesto al deudor en la imposibilidad de continuarlos. La demora supone un hecho imputable al deudor; y, en el caso, no fué el deudor el que estuvo en mora, fué el acreedor. De ahí, una nueva dificultad. El empresario reclamó daños y perjuicios: ¿tuvo derecho sin haber puesto en mora al acreedor? El que no entrega los terrenos necesarios para los trabajos, está en mora por el solo hecho de no entregar los terrenos; este es el caso de aplicar el art. 1,146: antes de ser terminados los trabajos en un plazo fijo, debían ponerse á la disposición del empresario, en el mismo plazo, los terrenos, y por tanto, hubo demora por el solo hecho de no haber entregado los terrenos en el plazo útil. (1)

Se ha juzgado que la puesta en mora puede resultar de la correspondencia de las partes contratantes. (2) Esto no es más que la aplicación del art. 1,139; el deudor está constituido en mora por un requerimiento, ó, dice la ley, por otro acto equivalente. Un reconocimiento emanado del deudor, basta para constituir su demora, y este reconocimiento puede resultar de las cartas que las partes han cambiado.

438. ¿Hay casos en que la pena no se debe, aunque se haya incurrido según la letra del contrato? Expuesta en estos términos absolutos la cuestión, debería ser decidida negativamente. Los contratos tienen lugar de ley entre los

sino de la imposibilidad de cumplir. Es esto muy controvertible.

1 Lieja, 16 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 146).

2 Fallo del tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3, 144).

que los han hecho (art. 1,134); resulta que el juez no puede dispensarse de aplicar la pena. Siempre hay sentencias que parecen concebidas en sentido contrario. Importa establecer los verdaderos motivos de decidir, porque en esta materia, más que en cualquiera otra, los jueces están dispuestos á juzgar según la equidad, lo que casi siempre llega á violar la ley del contrato. Un mandato dice que el mandante pagará una pena ó una multa al mandatario en caso de revocación. ¿Se incurrirá en la pena si la revocación es motivada por el abuso que el mandatario ha hecho de sus poderes? Se trató de un mandato dado para vender bienes y percibir el precio. El mandatario percibió diversas entregas de sumas que formaron los precios dados en los actos de venta, y ensayó aprovechar estos precios suplementarios. Fué por razón de este abuso justificado por lo que el mandato fué revocado. El mandatario reclamó la pena. Estuvo de su parte la letra del contrato, pero ciertamente la intención de las partes contratantes fué contraria. Estas habían querido indemnizar al mandatario de la pérdida que sufriera por una revocación arbitraria del mandato. Pero el mandante revocó el mandato por las causas más graves: ¿El mandatario pudo reclamar una pena, es decir, daños y perjuicios por haber probado robar al mandante con abusos de confianza parecidos á un robo? (1)

439. ¿La fuerza mayor libra al deudor de la pena? Cuando la fuerza mayor sobreviene después que el deudor se ha constituido en mora, es él el que responde del caso fortuito. Este es uno de los efectos de la demora. (art. 1,302)

Se dijo en un contrato de empresa, que el empresario estaría obligado á una pena en caso de retardo en la entrega. Se incurrió en la pena, pero mientras esta corría, so-

1 Burdeos, 14 de Febrero de 1840 (Dalloz, palabra *Mandato*, número 445, II).

brevino un caso de fuerza mayor que impidió al empresario continuar sus trabajos. La Corte de apelación decidió que el empresario estaría obligado á la pena incurrida por el retardo, pero que la pena había dejado de ser debida tanto como duró la fuerza mayor, puesto que el retardo no fué ya imputable al deudor. Demanda en casación. El demandante pretendió que la Corte de Nimes había librado al empresario de su obligación por razón de hechos de fuerza mayor acaecidos después de constituirse en mora. Nó, dijo la Corte de Casación; la sentencia atacada no ha hecho más que interpretar el contrato que intervino entre las partes. Decir que el empresario está obligado á la pena de un tanto por cada día, supone que el retardo le es imputable; pero cuando el obstáculo proviene de un caso de fuerza mayor, no es posible ya decir que el deudor esté en mora; no es él el que causa el daño, es el caso fortuito. (1) Nosotros dudamos que esta decisión sea conforme á los principios sobre los efectos de la demora. ¿Por qué soporta el deudor el riesgo cuando está en mora? Se supone que si hubiese cumplido su obligación en el plazo prescripto, el caso fortuito no hubiera sobrevenido. Tal es la posición del empresario que no entrega las obras en el plazo convenido; pues si las hubiese entregado, evidentemente habría estado al abrigo del caso fortuito; es culpable por no haber trabajado cuando pudo hacerlo, y el caso fortuito no puede excusarle porque este caso fortuito no le perjudica sino porque no ha trabajado en tiempo útil.

440. Otra es la cuestión de saber si el deudor puede invocar el caso fortuito que le ha impedido cumplir sus obligaciones. Nosotros creemos que el deudor no incurre en la pena cuando la falta de cumplimiento del contrato no le es imputable. Cuando se trata de daños y perjuicios

1 Denegada casación, Sala Civil, 29 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 288).

pronunciados por el juez, hay un texto formal; el deudor no es condenado al pago de daños y perjuicios por razón de la falta de cumplimiento de la obligación, ó por razón del retardo en el cumplimiento cuando justifica que la falta de cumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele (art. 1,147). No hay excepción á este principio elemental sino cuando el deudor por una cláusula formal, es cargado con el caso fortuito. Debe aplicarse el mismo principio á la cláusula penal, porque la pena equivale á los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1,229), y, por tanto, no puede haber pena por un hecho que no es imputable al deudor.

En una venta se estipula que el comprador pagará su precio por tercios de año en año, bajo pena de ser obligado por el total, á falta del pago del primer ó del segundo abono; agregando que esta cláusula es de rigor y no cominatoria. El primer plazo vencido el 13 de Enero de 1814 no fué pagado; ¿se incurrió en la pena? Esto no fué dudoso según el contrato; pero el comprador invocó las circunstancias excepcionales, el que se encontró por la invasión de Francia, el bloqueo de Strasburgo y las pérdidas que sufrió; demandó, en consecuencia, un plazo de gracia en virtud del art. 1,244. La Corte de Colmar acogió esta demanda. (1) En derecho, la decisión nos parece justa. ¿Los acontecimientos de la guerra constituyen un caso de fuerza mayor? Esta es una cuestión de hecho que queda á la apreeiación del juez.

441. El contrato que establece una pena puede tener efecto; esto, sin decir que en este caso no puede ya tratarse de aplicar la pena. Un notario conviene con otro en tener el gabinete de este último, bajo cláusula penal contra el

1 Colmar, 10 de Noviembre de 1815 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,616).

que rescindiera el contrato. En el primer cambio de domicilio, uno se niega á seguir al otro y demanda la nulidad del contrato con daños y perjuicios; el demandado reclama el pago de la pena. La Corte, fundándose en las circunstancias de la causa, decidió que el contrato fué rescindido por el concurso de consentimientos de las partes contratantes. Sobre la demanda en casación, intervino una sentencia de denegada casación. Habiendo decidido el juez del hecho, que el contrato fué rescindido por el consentimiento de las partes, no hubo lugar á dar efecto á la cláusula penal. (1)

442. El que tiene derecho á la pena, puede renunciarla; esto no es dudoso. Las cuestiones de renuncia suscitan siempre una dificultad de hecho. Las renunciaciones son de estricta interpretación; tal es el principio, y, por tanto, el juez debe sostener la cláusula penal y restringir la renuncia al hecho que el deudor invoca para ser descargado de la pena en que ha incurrido en virtud del contrato. El empresario de un servicio de diligencias, vende su empresa reservándose exclusivamente el transporte del dinero y del comercio de banco que se hacía entre Marsella y Tolón. El cesionario se obligó á no hacer este género de transporte, bajo pena de 10,000 francos de daños y perjuicios. No obstante, el vendedor traspasó al comprador un contrato que había hecho con el receptor general del departamento para el transporte de especies provenientes de la recaudación, y durante cinco años el cesionario cumplió este contrato por su propia cuenta sin reclamación del cedente. Después de este largo plazo, demandó el vendedor la aplicación de la cláusula penal. La Corte de Aix juzgó que hubo renuncia al beneficio de la cláusula penal. Sobre la demanda en casación, fué sostenida la decisión en el sen-

1 Denegada casación, 10 de Noviembre de 1815 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,616).

tido de que la cláusula penal subsistió, pero el acreedor no pudo invocarla por un hecho de contravención que no solamente toleró, sino al cual dió consentimiento, puesto que traspasó al empresario de transportes su contrato con el receptor general para que él lo cumpliera: hubo renuncia parcial por el hecho consumado. (1)

### § III.—DERECHOS DEL ACREEDOR.

#### *Núm. 1. Principio.*

443. Cuando se incurre en la pena, el acreedor puede reclamar el pago: ¿pero es este su único derecho? Pothier expone, en principio, que la cláusula penal en nada modifica los derechos que el acreedor tiene por el contrato; y además tiene un derecho, el de exigir el pago de la pena en que el deudor ha incurrido, pues una cláusula estipulada en provecho, no puede, ciertamente, disminuir los derechos del acreedor. Esto resulta del objeto mismo de la cláusula penal, tal como la ley lo formula: tiene por objeto, dice el art. 1,226, asegurar el cumplimiento del contrato; de donde debe concluirse, dice Pothier, que el objeto de los contratantes no ha sido extinguir ni resolver, por la cláusula penal, la obligación principal, ni confundirla con ésta; lo accesorio destinado á garantizar lo principal, no podría perjudicar en nada á lo principal.

444. Esto es, dice Pothier, porque aunque haya lugar á la obligación penal, por la demora en que ha estado el deudor para cumplir la obligación principal, el acreedor puede, en lugar de demandar la pena estipulada, perseguir el cumplimiento de la obligación principal. El art. 1,228 reproduce literalmente esta consecuencia. Esta es la aplicación de los principios que rigen la falta de cumplimiento de las obli-

1 Denegada casación, 10 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 61).

gaciones; el acreedor puede demandar el cumplimiento si es posible, pues este es su derecho esencial, el objeto con que ha contratado. Puede también demandar daños y perjuicios por falta de cumplimiento del contrato. La pena tiene lugar de daños y perjuicios, pero el acreedor puede renunciar y perseguir el cumplimiento de la obligación, lo que siempre es posible cuando se trata de una obligación de dar; y si el cumplimiento directo no es posible, el acreedor deberá conformarse con los daños y perjuicios; es decir, con la pena que los reemplaza. (1)

445. Siguese de esto que el deudor no puede dispensarse de cumplir su obligación ofreciendo la pena; la cláusula penal que debe asegurar el cumplimiento de la obligación no puede convertirse, para el deudor, en un medio de sustraerse. Habría excepción si las partes, estipulando la pena, habían creído hacer novación, es decir, si habían extinguido la primera obligación reemplazándola por la pena. Si la intención de las partes es que el deudor, después de haber sido puesto en mora, no debe ya más que la pena convenida; esta estipulación es válida ciertamente, es una novación condicional; pero Pothier tiene razón de decir que esta no es una obligación penal, pues la pena es, en este caso, una nueva obligación, tan principal como la primera, en cuyo lugar queda. Dificilmente puede admitirse que tal sea la intención del acreedor; la novación jamás se presume, debe resultar claramente de lo que pasa entre las partes (art. 1273); en el caso, hay un motivo más para decidirlo así, y es que la pena se estipuló para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y no para extinguirla. (2)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 341. Durantón, t. XI, pág. 455, núm. 335 y pág. 457, núm. 337.

2 Pothier, núm. 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 291, número 164, bis.

Un contrato de sociedad carbonera estipuló que las cuentas se rindieran el primer martes de cada mes, á la hora del medio día y estando el horno en actividad, debiendo encontrarse todos los socios para que después de hechas las cuentas se repartiera el beneficio entre todos si es que lo había, "ó reparar la pérdida si alguna vez sobrevenía;" Si sucede, continúa el contrato, que el día fijado uno de los socios no pueda satisfacer su cuota, será excluido á los ocho días vencidos de la cuenta rendida." ¿Cuál es el sentido de esta cláusula? En apariencia resulta á título de pena. Se juzgó, sin embargo, que no debía haber mas de una obligación penal. (1) Aplicándolo á la letra, la cláusula que había tenido por objeto garantizar los derechos de los socios, se había tornado en su perjuicio, porque la resolución de un contrato no es el medio de asegurar el cumplimiento.

446. No es esto decir que la falta de cumplimiento del contrato, que dá principio á la pena, no dá también á éste que tiene derecho á la pena el derecho de demandar la resolución del contrato. Se constituye una renta vitalicia mediante la cesión de un crédito, diciendo que, en caso en que las seguridades prometidas no se cumplieran, el acreedor de la renta podría reclamar una suma de dinero á título de daños y perjuicios; esta suma, según la escritura se fijaría como cláusula penal agregada á la falta de cumplimiento del contrato. En lugar de demandar la pena el acreedor de la renta podría demandar la resolución del contrato en virtud del art. 1,977 que está concebido así: "Aquel en cuyo provecho se constituye la renta vitalicia mediante un precio, puede demandar la rescisión del contrato si el constituyente no le dá las seguridades estipuladas para

1 Pothier, núm. 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 291, número 164 bis.

su cumplimiento" la Corte de París rehusó pronunciar la resolución por el motivo que el acreedor de la renta, estipulando una pena por todos los daños y perjuicios, había renunciado al derecho que le dá el art. 1,977. Esta decisión fué casada, y debió serlo; pues como lo dice muy bien la Corte de Casación, la estipulación de una cláusula penal no lleva la renuncia al derecho de demandar cumplimiento ó, si hay lugar, la resolución de un contrato, porque la renuncia á un derecho no se presume, sino que debe expresarse, y la pena, lejos de disminuir los derechos del acreedor, tiende á asegurarlos; es preciso, pues, decir que el acreedor conserva todos los derechos que tiene en virtud de su contrato. (1) Esta es la aplicación de la doctrina de Pothier. (2)

447. La cláusula penal dá al acreedor el derecho de demandar la pena á título de daños y perjuicios. ¿Quiere esto decir que solo á la indemnización tiene derecho? Se podría creerlo agregándolo á la palabra "pena" que recuerda el antiguo adagio de que no hay pena sin ley penal, ni en materia civil, pena sin cláusula penal. Mas la palabra "pena" es impropia porque la compensación de daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación, y estos daños y perjuicios son la reparación de un daño, y el acreedor tiene derecho á la reparación de todo el perjuicio que le resulte y que el daño haya hecho sin ser previsto ni valuado en el contrato. Se sigue de aquí que la estipulación de una pena no la limita á la indemnización á que el acreedor tiene derecho por los diversos perjuicios que sufre. Hay solamente esto de restrictivo en la cláusula penal, que la valuación que se hace del daño que resulta al acreedor del hecho previsto no puede extenderse á otra clase de daño que no haya si-

1 Casación, 2 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 443).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 343.

do previsto. Esta interpretación restrictiva resulta, no del carácter penal de la cláusula, sino de los principios elementales que rigen los contratos, porque estos son leyes solamente en cuanto al objeto sobre el cual se hacen; la pena no prevée más que tal causa de daño, y no es debida sino por ese daño; no lo es por otra causa que las partes no hayan previsto. ¿Es decir que el acreedor no tiene derecho á ninguna indemnización si siendo otro el daño previsto, resulta otro daño no previsto? Su derecho es inalterable, mas los daños y perjuicios serán demandados y pronunciados según el derecho común, es decir, por fallo.

448. La Corte de Casación hizo aplicación de este principio en el siguiente caso. El propietario de una casa prometió á una persona arrendarle un departamento á la primera solicitud, con pena de 5 francos de daños y perjuicios por cada día de retardo. No cumplió su promesa, de donde vino la acción de realizar el arrendamiento ó de pagar los 5 francos diarios de daños y perjuicios durante el tiempo que el arrendamiento debía durar en virtud del contrato. La Corte aprobó una suma fija á título de daños y perjuicios por falta de cumplimiento del contrato. Providenció en casación por violación del art. 1,134, que ordena á las Cortes respetar los convenios y cumplirlos, mientras que la Corte había reemplazado los daños y perjuicios convencionales por otros daños y perjuicios. La Corte de Casación explica y justifica muy bien la decisión de la Corte de Douai. El deudor puede contravenir á su obligación no cumpliéndola ó retardando su cumplimiento. Para el caso de retardo, como para el de falta de cumplimiento, las partes pueden, por una cláusula expresa y á título de pena, fijar la suma de los daños y perjuicios que será debida al acreedor. Si la estipulación tiene por mira el simple retardo y se hace sobre la falta de cumplimiento ó recíprocamente, el perjuicio que resulta de alguna de las dos cau-

sas que no haya sido prevista ni reglamentada por el convenio, pertenece al juez apreciar y arbitrar la suma de los daños y perjuicios. En el caso, la cláusula penal tenía por único objeto el retardo del cumplimiento, mientras que la acción del demandante, tal cual estaba formulada en sus conclusiones, tendía exclusivamente á la reparación del perjuicio que resultaba de la falta de cumplimiento. La Corte no puede aplicar á esta última hipótesis una pena que había sido estipulada para una hipótesis diferente; debió, como lo hizo, apreciar el daño sufrido por el demandante á razón de falta de cumplimiento según el derecho común. (1)

Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Bélgica. Un contrato de reemplazo decía que el que se obligaba á proporcionar el sustituto sería responsable de pagar á éste cinco francos por cada día de servicio activo y necesario. No fué proporcionado el sustituto y el miliciano fué incorporado, habiendo hecho algunos días de servicio en el depósito y obteniendo después permiso de volver á su casa donde quedaba á disposición de la autoridad militar. Sobre la demanda del miliciano fué condenado el agente de reemplazos á proporcionar el sustituto bajo pena de veinticinco francos diarios por daños y perjuicios y á pagar otros cinco francos de daños y perjuicios por cada día de servicio que el miliciano debía haber hecho en el depósito de su regimiento. Providencia en casación y sentencia de denegada casación. La requisitoria del abogado general estableció muy bien los principios. Un mismo hecho puede ocasionar más de un daño; sucede que los contratantes prevén una causa de perjuicio y no prevén las otras, porque estipulando una pena para el daño previsto, la falta de cumplimiento del contrato produce otro.

1 Denegada casación, Sala Civil, 27 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 259).

¿Cuál será el derecho de la parte perjudicada? Podría demandar la pena por el daño previsto y daños y perjuicios por el no previsto; aprobándolos el juez no violará cláusula penal. En el caso, el contrato no preveía mas que una causa de daño, el servicio activo del miliciano; mas no estando del todo en depósito, sufría otro perjuicio, el de perder su libertad, pues podría ser llamado de un día á otro al servicio de su regimiento. Por las dos causas de daños el juez aprobó dos especies de daños y perjuicios; era su deber. Los daños y perjuicios judiciales no tenían nada de común con la pena; así, pues, no podía haber violación de la cláusula penal. (1)

449. Se ve por esta sentencia que el juez no está ligado por la cláusula penal para la valuación del daño que la cláusula no prevee, lo cual es evidente; desconocerla, por el contrario, la ley del contrato, aplicándola en un caso que no prevee el contrato. Desde que no hay cláusula que establezca una pena para el daño, en razón del cual concede el juez una indemnización, goza de una entera libertad para apreciarla; los daños y perjuicios podrán, pues, ser mayores ó menores que la pena, sin que pueda decirse que el fallo viola la ley que le prohíbe modificar la pena (artículo 1,152; y no la modifica puesto que la cláusula penal es extraña al objeto del litigio. Un arrendatario de minas se somete á pagar una suma determinada en el caso en que llegara á negar la validez de la concesión. Se retardó en rendir la cuenta del producto de las minas, y fué condenado por este motivo á una suma menor que la estipulada en el contrato. La Corte de Casación aprobó la decisión. El retardo en razón del cual fué condenado el arrendatario, no fué previsto por el contrato y nada tuvo de común con la cláusula penal, y, por tanto, el juez debió ha-

1 Denegada casación, 13 de Abril de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 1, 113).

cer abstracción y decidir la cuestión que le fué sometida según los principios generales de derecho. (1)

450. ¿Cuando un contrato prevee los diversos daños que podrán resultar de la falta de cumplimiento, puede el juez admitir también otros? Sí, en principio. Valerse de lo que ha sido previsto para deducir que no se debe la reparación por el daño que fuere previsto, sería argumentar "á contrario," mala argumentación en los contratos, tanto como en las leyes. Todo daño causado por el deudor, debe ser reparado, previsto ó nó; si fué previsto, se aplica la pena, si no fué previsto, se aplica el derecho común. No sería lo mismo si las partes hubiesen declarado de una manera positiva que el deudor no estará obligado á otros daños y perjuicios que los estipulados en el contrato. Se dijo en un contrato del alumbrado de gas de una ciudad, que los empresarios pagarían á la ciudad la suma de diez céntimos por cada foco de luz que no alumbrara un cuarto de hora después de la hora fijada, ó se extinguiese media hora antes del fin de la noche, y por cada foco que no alumbrara ó no ardiese desde el obscurecer, toda la noche, pagarían veinte céntimos. La autoridad hizo rebajas por algunos reflectores en malas condiciones, en los términos de los procesos verbales. El empresario protestó, invocó su contrato en el que no se trató la cuestión de los reflectores. La Corte admitió esta reclamación. Sin duda, no pudo aplicarse la pena estipulada para el caso en que un foco no alumbrase ó alumbrase mal. ¿Es esto decir que el empresario no estuvo obligado, por este último motivo, á alguna indemnización? Nó, ciertamente; esto hubiese sido decir que el empresario fué libre para dejar la ciudad en una obscuridad relativa, no dando la luz necesaria para alumbrar suficientemente. La mala claridad fué un perjui-

1 Denegada casación, 17 de Febrero de 1820 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,618, 1).

cio no previsto; por lo cual, el juez debió apreciarlo según el derecho común, sin estar ligado por la cláusula prevista. Parece que esta cuestión no fué negada. (1)

*Núm. 2. Daños y perjuicios.*

*I. ¿Puede el juez modificar la pena?*

451. "La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal" (art. 1,229). Esta es una consecuencia de la definición que dá el art. 1,226 de la cláusula penal: el deudor se obliga á "alguna cosa" en caso de falta de cumplimiento, esta "alguna cosa" es la reparación del daño que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento.

En este sentido la pena es "compensatoria" de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal. Esta es la expresión de Pothier que el art. 1,229 reproduce. Pero Pothier entendió la compensación en un sentido que el Código no admitió. Si la compensación de la pena no es suficiente, ¿el acreedor podrá demandar además la pena de los daños y perjuicios que le indemnizen completamente, lo que viene á aumentar la pena? Por el contrario, si la pena es excesiva, ¿puede el deudor demandar se disminuya? Ateniéndose á la idea de compensación, habría que responder afirmativamente como lo hace Pothier. Pero los autores del Código se desviaron, en este punto, de la doctrina de su guía habitual; el art. 1,152 es formal: "Cuando en el contrato se exprese que el que falte al cumplimiento pagará cierta suma á título de daños y perjuicios, no puede aumentarse ni disminuirse con otra suma mayor ó menor." Es cierto

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 (*Pasjerisia*, 1848, 2, 199).

que esta disposición no está reproducida en la sección que trata de la cláusula penal, pero esto hubiera sido inútil, porque la pena no es otra cosa que la valuación de los daños y perjuicios hecha en el contrato: la cláusula penal y los daños y perjuicios convencionales son una misma cláusula bajo nombres diferentes. Debe, pues, decirse de la pena lo que el art. 1,152 dice de los daños y perjuicios convencionales: el juez no puede modificarla ni en favor del acreedor ni en favor del deudor.

El orador del Gobierno se expresó en este sentido: "La pena estipulada por los contratantes hace la ley entre ellos. El acreedor no debe ser admitido á decir que esta pena es insuficiente, ni el deudor á pretender que es excesiva. ¿Cuál sería el juez que pudiera conocer, mejor que las partes, las circunstancias y los intereses respectivos que han determinado la fijación de la pena?" La razón que dá Bigot-Prémeneu no es decisiva, las partes pueden engañarse; alguna puede abusar de la necesidad de contratar en que se encuentra la otra, y, por tanto, es muy posible que la pena sea excesiva ó insuficiente. Aun en este caso, la ley debe sostener la ley del contrato, pues de no ser así, todo quedaria siempre abandonado al arbitrio del juez. Hay, por otra parte, un motivo especial para atenerse á la pena tal como se estipula en el contrato. ¿Por qué valúan las partes los daños y perjuicios en lugar de encomendarlo al juez? Para evitar las tardanzas y los perjuicios de las informaciones, así como la incertidumbre y la arbitrariedad de la apreciación del juez, sería, pues, ir contra su intención, permitir á una de ellas poner en cuestión lo que han querido decidir irrevocablemente. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms 342 y 345. Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos*, núm. 109 (Loeré, t. VI, pág. 167). Toullier, t. III, 2, pág. 502, núms. 811 y 812. Durantón, t. XI, pág. 464, número 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 292, núm. 165, bis.

452. La jurisprudencia está en este sentido. Se estipuló en la venta de un inmueble, que si el contrato se resolvía por falta de pago del precio, las mejoras hechas por el acreedor aprovecharían al vendedor á título de daños y perjuicios. El valor de las mejoras fué tan grande que la pena pareció excesiva. Se demandó la reducción de los daños y perjuicios. La Corte sostuvo la cláusula penal en todo su rigor. (1)

El principio ha sido aplicado aún á los daños y perjuicios calificados de multas. No puede haber cuestión de multa propiamente dicha en materia de contratos; lo que califican así no es otra cosa que una valuación convencional del daño sufrido. Esta valuación puede ser excesiva, y á las partes interesadas toca el no someterse, pero desde que ellas las han consentido, deben soportar las consecuencias. Un fabricante de tapiz hizo un reglamento en que prohibía á los obreros entrar á los talleres con zuecos (2) bajo pena de una multa de diez francos. Se aplicó una rebaja de diez francos sobre el salario de un obrero. El consejo de hombres prudentes redujo la multa á cincuenta céntimos. El fallo fué muy severo para el fabricante: hizo la ley que le agradó, dijo el consejo, porque siempre encuentra obreros que aceptan sus condiciones. La multa, en el caso, fué de una exageración evidente puesto que representaba casi la mitad del salario del obrero culpable durante un mes. Pero es también evidente que hubo exceso de poderes en la decisión del consejo; esta fué casada. La Corte de Casación recordó que los contratos tienen lugar de ley entre aquellos que los han hecho y que cuando el contrato dice que el que falte al cum-

1 Dijón, 5 de Enero de 1838 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,385).

2 Especie de zapatos de madera que usan los campesinos en Europa (N. del T.).

plimiento pagará cierta suma á título de daños y perjuicios, no puede aplicarse á la otra parte una suma mayor ó menor. (arts. 1,134 y 1,152). La ley fué violada y debió observarse. (1)

453. ¿La regla que prohíbe al juez modificar la pena, tiene excepciones? Según la legislación francesa hay una que resulta de la ley del 3 de Septiembre de 1807. Esta ley limita la tasa del interés convencional al cinco por ciento en materia civil y al seis por ciento en materia mercantil. No es posible, pues, estipular ni directa ni indirectamente, intereses mas elevados, ni aún á título de penas, porque la pena no es mas que la valuación de los daños y perjuicios; y estos daños y perjuicios no pueden traspasar el interés legal en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero: la prohibición de estipular intereses mas elevados, es de orden público, y las partes no pueden derogarla. Según nuestra legislación, la tasa del interés convencional puede ser fijada por las partes interesadas, como quieran, y por consiguiente pueden fijar la pena como quieran; el interés que el deudor debería pagarle, sería de ciento por ciento.

454. El art. 1,231 dice que la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación principal ha sido cumplida en parte. "Debe combinarse esta disposición con la del art. 1,244, según la cual, el deudor no puede obligar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda aún divisible." Este principio recibe su aplicación en las obligaciones con cláusula penal. El deudor no puede, pues, ofrecer á su acreedor pagarle parte de lo que le debe, para evitar el pago total de la pena; el acreedor puede negarse á esta oferta y constituir en mora al deudor lo que obligará á éste á pagar toda la pena. Pero el acreedor voluntariamente puede recibir una parte de la deuda. ¿Cuál

1 Casación, 14 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 84).

será el efecto de este pago dividido en lo que se refiere á la pena? Pothier dice que según el rigor del derecho podría sostenerse que el deudor debe la pena entera porque falta á su obligación que consiste en cumplirla por el todo. A decir verdad, este rigor sería excesivo, y el acreedor ha renunciado al cumplimiento por el total, recibiendo un pago dividido, y, por tanto, no puede ya alegar contra el deudor falta de cumplimiento de la obligación. Debe tomarse la obligación tal cual es, dividida por el consentimiento del acreedor; ha recibido una parte de lo que ha estipulado, y la pena tiene lugar de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento total. Es decir, que el acreedor no puede ya demandar toda la pena, porque esto sería aprovechar el cumplimiento parcial al mismo tiempo que los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la parte de la obligación que ha sido cumplida, y según el art. 1,229; el acreedor no puede demandar al mismo tiempo lo principal y la pena. Por tanto, cuando el acreedor ha sido pagado en parte de la obligación principal, no puede ya recibir la pena por esta parte.

¿Es esto decir que necesariamente la pena deberá reducirse y que deberá serlo proporcionalmente al cumplimiento parcial que el contrato ha tenido? Nó, el art. 1229 no dice que la pena "debe ser" modificada, dice que el juez "puede" modificarla. Esta es una cuestión de hecho. Es posible que á pesar del pago parcial, el acreedor sufra el mismo daño que si la obligación no hubiese sido cumplida; es posible, al menos, que la disminución del daño no esté en proporción con el cumplimiento parcial. Al juez toca apreciar el daño que sufre el acreedor, y valuar, en consecuencia, los daños y perjuicios á que tiene derecho. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 350. Durantón, t. XI, página 503, núm. 358. Colmet de Santerre, t. V, pág. 296, núm. 163 bis, 1º y 2º

455. No citamos ejemplo porque no encontramos en la jurisprudencia, y los que citan los autores son insignificantes ó muy mal elegidos, en el sentido de que se refieren á obligaciones indivisibles. Una pena se estipula, dice Toullier, para el caso en que el empresario no entregue la casa en tal época para ser habitada pronto. Si la casa no se acaba, la pena se deberá por el todo, porque es evidente que la voluntad de las partes fué no solamente de que la casa estuviera muy avanzada en su construcción, sino acabada y habitable en la época indicada. Es preciso decir más: la obligación, en el caso, es indivisible (núm. 370), porque no es susceptible de un cumplimiento parcial, y el acreedor debía hacer innovación para que la obligación de indivisible que era, se hiciera divisible. Puesto que el deudor contrayino por el todo, debía la pena por el todo. M. Demolombe cita otro ejemplo. El deudor se obligó á abrir un canal de cien metros bajo la sanción de una cláusula penal; no practicó más que cincuenta metros, así, pues, no debía más que la mitad de la pena. Una obra que se tiene que hacer ¿no es una obligación indivisible? ¿Qué hará el acreedor con un canal de cincuenta metros cuando se obligó á que tuviera cien? M. Demolombe reconoce que un viaje que se tiene que hacer es una obligación indivisible, y que, por consiguiente, el deudor debe toda la pena, aun cuando solo haya hecho una parte del viaje. (1) ¿No es esto lo mismo que la obligación que consiste en hacer una obra?

456. Las partes pueden derogar este art. 1,231, así como todas las disposiciones del título "De las Obligaciones," cuando no conciernen al orden público y á las buenas costumbres. Un empresario se obligó á entregar en épocas determinadas, seis mil durmientes de madera de enci-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 517, núm. 839. Demolombe, t. XXVI, pág. 589, núm. 670.

no para la construcción de un ferrocarril. Se estipuló en el tratado, que en caso de retardar la entrega, el deudor quedaría sujeto á título de daños y perjuicio, á pagar cincuenta céntimos por cada durmiente que faltara en el tiempo requerido. La escritura agregaba que si las cantidades que dieran lugar á esta indemnización no eran entregadas un mes después de una simple constitución en mora, el empresario sería despojado del abasto y de todos los durmientes que faltaran, y responsable de una indemnización de cincuenta céntimos por cada uno que dejara de entregar. No habiendo sido regularmente cumplida la entrega, el contrato fué rescindido, habiendo pronunciado la Corte daños y perjuicios, pero menores que los que se habían fijado por la cláusula penal, fundándose en el art. 1,231 y haciendo constar que el empresario había ocasionado un daño muy poco considerable. Esta decisión fué casada, y con justicia, porque la Corte perdió de vista que las partes habían previsto el caso de cumplimiento parcial, y fijado, de antemano, lo que el deudor debía pagar por no haber cumplido el convenio enteramente. Esto no es, pues, el caso del art. 1,231, pues es preciso aplicar la pena en todo su rigor y sin considerar la magnitud del daño que el acreedor sufre, porque habiendo las partes reglamentado sus intereses, no queda al juez más que cumplir la ley del contrato. (1)

457. Es preciso no confundir con la cláusula penal el contrato por el cual el deudor, reconociendo el daño que causó, se obliga á repararlo pagando al acreedor determinada suma á título de indemnización, en cuyo caso no se trata de pena, sino del cumplimiento de una obligación. ¿Podría el Tribunal reducirlo por ser excesivo? Se optó por la afirmativa en un caso en que fué firmado un pagaré

1 Casación, 4 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 257) y una sentencia del 10 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 33).

en provecho de una hija, reparando la injusticia que el subscriptor le había hecho. El culpable, porque había uno que lo era, agotó todos los artificios de la chicanería para sustraerse al cumplimiento de la promesa; el Tribunal rechazó estas sus malvadas excusas en términos duros, pero justificados. En la apelación la decisión fué sostenida, mas la Corte redujo el monto de la reparación, invocando la jurisprudencia constante en permitir reducciones y en determinar el monto de los daños y perjuicios, atendiendo al perjuicio sufrido y á la fortuna del que debe la reparación. (1) Sin duda, por falta de un contrato, el juez debe tomar en consideración las circunstancias de la causa. Mas, en el caso, había un convenio firmado por un hombre maduro, ilustrado y muy habituado á los negocios. Este es el caso de aplicar el art. 1,134, diciendo que los convenios legalmente formados tienen lugar de ley á los que los hacen.

*II. ¿Puede el acreedor demandar la pena y el cumplimiento de la obligación?*

458. En los términos del art. 1,229, el acreedor no puede demandar á un mismo tiempo lo principal y la pena, á menos que no haya sido estipulada por el simple retardo. Este principio resulta de la naturaleza misma de la cláusula penal. ¿Cuál es su fin? El art. 1,229 responde que es la compensación de daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación principal, lo que supone que ésta no se ha cumplido; de aquí se sigue que si la obligación principal se cumple, la pena no se debe. Es, pues, imposible que el acreedor demande todo junto, la pena y la falta de cumplimiento de la obligación principal, porque sería demandar dos veces la misma cosa

1 Nimes, 17 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 69).

459. El art. 1,229 dice que, por excepción, el acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación principal y la pena, cuando ésta ha sido estipulada por simple retardo. No se puede decir que esto sea una excepción de la regla, porque, en este caso, la pena no es la compensación del daño que el acreedor sufre por falta de cumplimiento de la obligación principal, es solamente la valuación del daño que experimenta por el retardo en el cumplimiento. El objeto de la pena moratoria implica que es debida por el solo hecho del retardo, mas éste no impide al acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal.

Importa mucho saber si la pena es moratoria ó compensatoria. Es cuestión de hecho. Los autores marcan que la magnitud de la pena hará que el juez decida la dificultad. Cuando la pena es compensatoria, representa el valor de la obligación principal, mas los daños y perjuicios para indemnizar completamente al acreedor de la pérdida que sufre y de la ganancia de que se priva. La pena estipulada por el simple retardo tiene un objeto mucho más limitado, pues el derecho del acreedor de demandar el cumplimiento de la obligación subsiste, y tiene al mismo tiempo derecho de una reparación por el retardo del deudor en cumplir su obligación: en este caso, la pena será mucho menor que en el primero. (1)

460. La pena se estipula por el retardo. Mas si sucede que el acreedor demande la resolución del contrato por causa de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor. ¿Qué es, en este caso la cláusula penal? La Corte de Casación juzgó que en este caso, la cláusula no tiene objeto. En efecto, supone que no hay mas de un simple retardo, mas que, á pesar del retardo, la obliga-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 293, núm. 166 bis, I y II. Dene-gada casación, 27 de Abril de 1840 (Dalloz, 1874, 1, 387).

ción será cumplida; se trata, entonces, de indemnizar al acreedor del perjuicio que ha sufrido por el retardo, cuyo perjuicio valúa la cláusula penal. Mas si el acreedor demanda la resolución del contrato, no puede tratarse de un simple retardo en cumplir un convenio que, siendo resuelto, será considerado como si no hubiera existido jamás. En este caso la cláusula penal viene abajo y el juez acordará los daños y perjuicios por omisión y los valuará según el derecho común. (1)

461. Pueden presentarse otros casos en los cuales el acreedor tiene derecho á la pena y á la obligación principal juntamente. Supongamos que en una transacción se dijo que aquella de las partes contratantes que altere la transacción quedará sujeta á una pena de 1,000 francos por solo el hecho, es decir, aun cuando la transacción se sostenga por el juez. La cláusula penal no tiene por objeto, en este caso, compensar del daño que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación principal, puesto que las partes dijeron formalmente que la pena sería debida aun cuando la transacción se llevara á cabo, porque la pena tiene un fin muy especial, el de asegurar la tranquilidad de los que prefieren renunciar á una parte de sus pretensiones á litigar, pues tiene por objeto impedir los procesos. Es decir, que siempre que la pena es agregada á una transacción, tiene siempre y necesariamente el mismo fin? Volveremos á tratar la cuestión explicando el art. 2,047, en cuyos términos "se puede agregar á una transacción la estipulación de una pena contra el que no la cumple." Esta es una cuestión de hecho, puesto que depende todo de la intención que las partes contratantes tuvieron al estipular la pena. Si entendieron que la pena fuera una compen-

1 Denegada casación, 8 de Julio de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 56., Compárese denegada casación, 8 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874) 1, 387).

sación por la falta de cumplimiento de la transacción, permanece en el derecho común y la pena no será debida sino en caso de que la transacción sea quebrantada. Si, por el contrario, como hemos supuesto, las partes quisieron prevenir los procesos que pudieran sobrevenir sobre la transacción, se incurre en la pena por solo el hecho de intentarse un proceso, lo que no impedirá sostener que se cumpla la transacción. (1)

Lo que hemos dicho de la pena agregada á una transacción, se aplica también al compromiso y á la división, debiendo verse cuál es la intención de las partes contratantes, que pueden derogar el art. 1,229 estipulando que el acreedor puede demandar lo principal y la pena, y su voluntad tendrá lugar de ley.

#### § IV.—INFLUENCIA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL.

##### Núm. 1. Con respecto á los herederos del acreedor.

462. Puede presentarse el primer caso: ¿incurre el deudor en la pena, de la cual son responsables sus herederos? La ley no prevee esta hipótesis, porque no puede dar lugar á ninguna deuda, pues se aplican los principios que rigen la divisibilidad y la indivisibilidad de las obligaciones. Si la pena es divisible, se dividirá entre los herederos del deudor, como se divide entre ellos toda deuda, y cada uno será responsable únicamente por su parte y porción hereditaria. Si por excepción el objeto de la pena es una cosa ó un hecho indivisible, el acreedor podrá asignar á cada uno de los herederos del deudor la totalidad de la obligación, conforme al art. 1,225. (2)

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 296, núm. 168 bis, I.

2 Durantón, t. XI, pág. 515, núms. 367 y 368.

463. Por el hecho de uno de los herederos del deudor, se incurre en la pena, según es previsto por los arts. 1,232 y 1,233. La ley distingue si la obligación principal es indivisible ó si es divisible. "Cuando la obligación primitiva contraída por una cláusula penal es una cosa indivisible, se incurre en la pena por el quebrantamiento de uno solo de los herederos del deudor" (art. 1,232). ¿Por qué se incurre en la pena por el todo, cuando uno solo de los herederos quebranta la obligación? Porque siendo indivisible la obligación, cada uno de los herederos es responsable por el total, y aquel que contraviene, lo hace por el total, porque no se concibe que contravenga por parte, puesto que la obligación no es susceptible de un cumplimiento parcial, y la pena tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la obligación; así, pues, se incurre por el total, desde que la obligación no se cumple por el total. Falta saber contra quién debe demandarse la pena.

El art. 1,232 decide que la pena puede ser demandada en totalidad contra el que contraviene; en cuyo caso lo hizo por el total, pues es la consecuencia de la falta de cumplimiento del convenio.

El art. 1,232 da también al acreedor una acción contra cada uno de los coherederos por su parte y porción, é hipotecariamente por el todo, salvo su recurso contra el que incurrió en la pena. ¿Por qué los herederos que no contravienen á la obligación, son responsables, sin embargo, de su parte en la pena? Porque esta se estipuló para el caso de quebrantamiento de la obligación, y hay falta de cumplimiento de la obligación por el todo, aunque uno solo de los herederos sea el que no cumpla, pues realizándose la condición bajo la cual la pena es debida, todos los que se comprometieron bajo esta pena son responsables; así, pues, los herederos lo son, cada uno por su parte hereditaria. La pena se divide solo cuando la ley la supone divi-

sible; si está garantizado por una hipoteca, el heredero de-  
tentor del inmueble hipotecado podrá ser perseguido por el todo en virtud de la indivisibilidad de hipoteca, (número 407).

La ley dá á los herederos que no contravienen un recurso contra el que incurre en la pena, lo cual es equitativo porque no sería justo que no siéndoles imputable la pena, deban tener parte en ella. Si han tenido que pagar su parte, es por el rigor del derecho que no hace divisible la obligación; mas el recurso que tienen contra el heredero que no cumple la obligación, hará que solo este soporte las consecuencias de su falta. (1)

464. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas que nos parece contraria á la disposición del art. 1,232 que acabamos de analizar. Un deudor constituyó una hipoteca para seguridad de la deuda, diciendo en la escritura que se obligaba á procurar al acreedor la cancelación de la inscripción hipotecaria que gravaba el inmueble. No fué cumplida esta obligación y los herederos fueron condenados solidariamente por el juez al reembolso de la deuda que había sido prometida para seguridad de la hipoteca, sino procuraban la cancelación en la quincena. En apelación, la decisión fué reformada en lo concerniente á la condenación solidaria, porque los herederos no eran responsables de deudas, mas que por su parte y porción hereditaria. (2) Esto sería evidente si la obligación fuera divisible; mas la obligación de procurar la cancelación de una inscripción hipotecaria, es indivisible: nunca se cancela una inscripción parcialmente porque tiene por objeto la conservación de un derecho indivisible. Todos los herederos habían contravenido á la obligación por el todo;

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 355 y 356. Colmet de Sante-  
re, t. V, pág. 297, pág. 169 bis, I.

2 Bruselas, 5 de Junio de 1823 y la nota del recopilador (*Pascri-  
sia*, 1823, pág. 437).

así pues, debía ser responsable cada uno por el todo, de la pena pronunciada por el juez; solamente que éste no debía haber pronunciado una condenación solidaria, puesto que no había solidaridad, sino indivisibilidad, siendo el caso de aplicar el art. 1,232 pronunciando una condenación por el todo contra cada uno de los herederos que habían contravenido.

465. "Cuando la obligación primitiva contraída bajo una pena es divisible, no incurre en ella mas que aquel de los herederos del deudor que contraviene á esta obligación, y únicamente por la parte de la cual es responsable en la obligación principal, sin que tenga acción contra los que la cumplen." (art. 1,233) Siendo divisible la obligación, se divide de pleno derecho entre los herederos y no es responsable cada uno mas que por su parte, dividiéndose la pena, naturalmente, en la misma proporción; de donde se sigue que los herederos que cumplen su obligación, no pueden ser responsables de ninguna pena; si alguno de ellos no cumple, incurre en la pena, no por el total de la obligación primitiva, sino por el total de la obligación dividida, es decir, deberá su parte hereditaria. Esta es la consecuencia del principio de la divisibilidad de la obligación y de la pena.

466. La segunda línea del art. 1,233 dice que esta regla tiene excepción cuando la cláusula penal ha sido agregada en la inteligencia de que el pago no puede hacerse parcialmente. Si uno de los herederos del deudor, por rehusarse, impide el cumplimiento de la obligación, ¿cuál será la consecuencia? La ley decide que la pena entera podrá exigirse al heredero que se oponga al cumplimiento de la obligación; en cuanto á los otros herederos, podrán ser demandados por su porción solamente y salvo su recurso. ¿Por qué el heredero que contraviene debe toda la pena, aunque la obligación sea divisible? Porque la pena fué est

tipulada con intención de asegurar el cumplimiento de la obligación, por consiguiente, cuando hay omisión parcial, el acreedor tiene derecho de exigir la pena entera al que no cumple: tal fué la voluntad de las partes contratantes. ¿Por qué el acreedor tiene acción contra los herederos que cumplen, ó que están dispuestos á cumplir la obligación por su parte? Porque este cumplimiento parcial no satisface el fin del acreedor que desea el cumplimiento total y que, para garantizarlo, estipuló una pena. Así, pues, la pena es debida por todos los que son responsables de la obligación, desde que ésta no se cumple totalmente. Y ¿por qué, salvo el recurso, no está obligado cada uno de los herederos más que por su parte? Según el rigor del derecho, el acreedor debe tener derecho de perseguir á cada uno de los herederos por el total, puesto que la intención de las partes contratantes hizo la obligación indivisible con respecto al pago, y, en este caso, según el art. 1,221, cada heredero puede ser demandado por el total, salvo recurso. Puede explicarse la decisión del Código por una consideración de equidad: no siendo cumplida la obligación totalmente por el quebrantamiento de los herederos, es justo que él solo sea responsable por el total, pues no contraviniendo los otros herederos no sería equitativo ponerlos en la misma línea que al que contraviene; así, pues, no pueden ser demandados más que por su [cualidad de herederos, y como tales, no deben más que su parte, teniendo además su recurso, puesto que no deben su parte más que á razón de una falta que no puede imputárseles. (1)

*Núm. 2. Con respecto á los herederos del acreedor.*

467. Si la obligación garantizada por una pena es divi-

1 Pothier, núms. 359 y siguientes. Durautón, t. XI, pág. 528, números 377-380.

sible, se divide entre los herederos del acreedor, no teniendo cada uno derecho más que en parte hereditaria con el crédito. Si, pues, el deudor no cumple la obligación con respecto á uno de los herederos, éste podrá demandar la pena en proporción de su parte hereditaria. Si la pena es divisible, se divide al mismo tiempo que la obligación principal. La ley no prevée esta hipótesis, y sería inútil preverla, porque la decisión resulta de los principios elementales que rigen las obligaciones divisibles.

468. Si la obligación principal es indivisible, cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el cumplimiento por el total. Si el deudor contraviene á la obligación con respecto á uno de los herederos, ¿cuál será la consecuencia de esta falta? Si contraviene á la obligación por el todo, incurre en la pena por el todo. Y la pena, ¿puede también demandarse por el todo, sea por el heredero con respecto al cual no se cumple la obligación, sea por los otros herederos? Hay alguna vacilación en la doctrina sobre este punto. Nos parece que la cuestión debe decidirse negativamente, porque la pena es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por falta de cumplimiento de la obligación principal; y cuando la obligación indivisible se convierte en daños y perjuicios, cada acreedor solo puede demandar en parte esos daños y perjuicios porque no puede demandar más su parte en la pena. (1)

1 Compárese Pothier, núm. 364. Durantón, t. XI, pág. 526, número 276. Demolombe, t. XXVI, pág. 615; núms. 714-717.

## CAPITULO VII.

### DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

469. El art. 1,234, enumera las diversas causas que extinguen las obligaciones. Trataremos sobre esto. Una de estas causas ha dado lugar á una controversia de doctrina, la prescripción. Se dice que no es exacto que la prescripción sea una manera de extinguir las obligaciones, porque no influye más que sobre el derecho de acción y no sobre el crédito, y puesto que dá al deudor una excepción, ésta no impide que el derecho exista. El art. 2,262 parece confirmar esta doctrina: dice que todas las "acciones" prescriben á los treinta años, pero no dice que el crédito se extinga. A esto se responde que el art. 2,219 define la prescripción: "un medio de librarse por cierto espacio de tiempo;" por consiguiente, dicen, el deudor es librado, lo que quiere decir que la deuda queda extinguida. (1)

Hay textos que parecen contradictorios; mas Pothier nos dará la explicación de esta contradicción aparente. El coloca la prescripción entre los fines de no recibir lo que el deudor puede oponer al acreedor, y los fines de no recibir no extinguen el crédito, sino que lo hacen ineficaz poniendo al acreedor en situación de no intentar la acción que aparece. Hé aquí la teoría del art. 2,232, que no es

1 Aubry y Rau, t. 1V, pág. 147 y nota 5, pfo. 314. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Prescripción*, núm. 7. Compárese Demolombe, tomo XXVII, pág. 15, núm. 22.

sible, se divide entre los herederos del acreedor, no teniendo cada uno derecho más que en parte hereditaria con el crédito. Si, pues, el deudor no cumple la obligación con respecto á uno de los herederos, éste podrá demandar la pena en proporción de su parte hereditaria. Si la pena es divisible, se divide al mismo tiempo que la obligación principal. La ley no prevée esta hipótesis, y sería inútil preverla, porque la decisión resulta de los principios elementales que rigen las obligaciones divisibles.

468. Si la obligación principal es indivisible, cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el cumplimiento por el total. Si el deudor contraviene á la obligación con respecto á uno de los herederos, ¿cuál será la consecuencia de esta falta? Si contraviene á la obligación por el todo, incurre en la pena por el todo. Y la pena, ¿puede también demandarse por el todo, sea por el heredero con respecto al cual no se cumple la obligación, sea por los otros herederos? Hay alguna vacilación en la doctrina sobre este punto. Nos parece que la cuestión debe decidirse negativamente, porque la pena es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por falta de cumplimiento de la obligación principal; y cuando la obligación indivisible se convierte en daños y perjuicios, cada acreedor solo puede demandar en parte esos daños y perjuicios porque no puede demandar más su parte en la pena. (1)

1 Compárese Pothier, núm. 364. Durantón, t. XI, pág. 526, número 276. Demolombe, t. XXVI, pág. 615; núms. 714-717.

## CAPITULO VII.

### DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

469. El art. 1,234, enumera las diversas causas que extinguen las obligaciones. Trataremos sobre esto. Una de estas causas ha dado lugar á una controversia de doctrina, la prescripción. Se dice que no es exacto que la prescripción sea una manera de extinguir las obligaciones, porque no influye más que sobre el derecho de acción y no sobre el crédito, y puesto que dá al deudor una excepción, ésta no impide que el derecho exista. El art. 2,262 parece confirmar esta doctrina: dice que todas las "acciones" prescriben á los treinta años, pero no dice que el crédito se extinga. A esto se responde que el art. 2,219 define la prescripción: "un medio de librarse por cierto espacio de tiempo;" por consiguiente, dicen, el deudor es librado, lo que quiere decir que la deuda queda extinguida. (1)

Hay textos que parecen contradictorios; mas Pothier nos dará la explicación de esta contradicción aparente. El coloca la prescripción entre los fines de no recibir lo que el deudor puede oponer al acreedor, y los fines de no recibir no extinguen el crédito, sino que lo hacen ineficaz poniendo al acreedor en situación de no intentar la acción que aparece. Hé aquí la teoría del art. 2,232, que no es

1 Aubry y Rau, t. 1V, pág. 147 y nota 5, pfo. 314. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Prescripción*, núm. 7. Compárese Demolombe, tomo XXVII, pág. 15, núm. 22.

una verdad absoluta, porque agrega Pothier: Aunque los fines de no recibir no extingue el crédito en realidad, sin embargo, le hacen presumir extinguido y pagado en tanto que el fin de no recibir subsista. En este sentido el artículo 2,217, dice que la prescripción libra al deudor; el artículo 1,234 hubiera podido colocar la prescripción entre las maneras de extinguir las obligaciones. (1)

470. El Código no pone la muerte de las partes contratantes entre las causas que extinguen las obligaciones. En efecto, prometemos y estipulamos para nuestros herederos, y las deudas y los créditos deben pasar á los herederos de las partes contratantes (arts. 1,122 y 724). Hay excepciones, mas como no son más que excepciones, la ley no puede mencionarlas en una disposición que establece la regla general concerniente á los modos de extinción de las obligaciones; estas se extinguen alguna vez por la muerte del deudor en virtud de la ley. Tal es la obligación del tutor, pues el art. 419 dice que la tutela es un cargo personal, que de ninguna manera pasa á los herederos del tutor. Algunas veces la naturaleza del contrato hace la obligación personal, como sucede con los contratos de renta vitalicia, de sociedad y de mandato. Volveremos á tratar los detalles en los títulos de "Contratos," que son la base de la materia.

471. Se cita, además, otra causa de extinción de las obligaciones que se formulan de diversa manera: Unos dicen que las obligaciones se extinguen por la supervención de circunstancias tales, que las partes no habían contraído si las hubieran previsto; otros dicen que las obligaciones se extinguen por la supervención de un impedimento que hace imposible el cumplimiento de la obligación. (2)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 677.

2 Larombière, t. III, pág. 53, art. 1,234, núm. 4 (Ed. B., t. II, página 139). Aubry y Rau, t. IV, pág. 147, pfo. 314. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVII, pág. 7, núm. 16.

Lo que hace esta teoría sospechosa, es que no se encuentra ningún vestigio de ella, y el legislador debe guardarse bien de consagrar una regla que podría servir de pretexto para deshacer los contratos á los que, viendo desvanecidas sus esperanzas, lamentan estar obligados y quieren deshacer lo hecho. La fórmula de los editores de Zachariæ es más precisa, y, por tanto, menos peligrosa; es, sin embargo, muy vaga y muy absoluta y es preciso ver si el impedimento que sobreviene es ó no imputable al deudor; si no lo es, estará impedido de cumplir sus obligaciones por caso fortuito, en cuyo caso no responde de las consecuencias de la falta de cumplimiento (art. 1,147). Es preciso hacer una excepción para el caso en que el deudor esté en mora, porque la demora pone los riesgos á su cargo, con una nueva restricción, como lo dice el art. 1,302. Se vé cuán incorrectas son estas fórmulas generales; es preciso agregar que son también inútiles y vamos á probarlo hojeando la jurisprudencia.

472. La Corte de Casación cita dos adagios tomados de los textos romanos, uno dice lo contrario de lo que dice el otro: "Un contrato puede continuar subsistiendo, aun cuando algún acontecimiento impida el principio de su realización. (1) Esta es la regla que tiende á sostener el contrato." Hé aquí la otra que tiende á resolverlo: "El contrato queda resuelto si, mientras no se ha cumplido, algún acontecimiento impide su principio." (2) Poco nos importa la contradicción real ó aparente que existe entre dos máximas del Digesto, cuando el Código no reproduce ninguna; esto es de la historia y por muy largo tiempo se ha respetado esta historia, lo mismo que cualquiera otra, co-

1 "Quæ semel utiliter constituta sunt, durant etiam si in casum incidierint à quo incipere non poterant (L. 85, D., de reg. jur)."

2 "Quæ semel constituta sunt resolvuntur, si in eum casum incidierint, à quo incipere non poterant. Ll. 98 y 140, de V. S.

mo la expresión de la más absoluta verdad; la historia es la narración de nuestros errores y de los esfuerzos que hacemos por descubrir la verdad. Dejemos aquí el Digesto y atengámonos al Código de Napoleón.

Dos negociantes se obligaron á vender á cinco comerciantes de París, y á comprarles á éstos 240 quintales de jamón de Bayona anualmente al precio de París, con deducción de 5 p. 8 de comisión. Fué cumplido este contrato dos años. Mas uno de los compradores murió en el curso del tercer año y los otros cuatro declararon á los vendedores que el contrato quedaba roto por este acontecimiento, salvo que se hiciera uno nuevo sobre otras bases.

Los vendedores demandaron el cumplimiento del contrato ó el pago de 500 francos anuales cada uno por daños y perjuicios. El tribunal consideró el convenio litigioso como constitutivo de una sociedad cuya duración no era limitada y lo declaró resuelto, sea en virtud del artículo 1865 que dice que la sociedad acaba por la muerte de uno de los socios, sea en virtud de la disposición del mismo artículo que dice que la sociedad acaba porque uno ó varios de los asociados declare que no tiene voluntad de seguir en sociedad. ¿Cuáles fueron los efectos de la resolución? La buena fé es la base de todo convenio, dijo el Tribunal, y no era de presumir que las partes quisieran dejar sin reparación el perjuicio que la falta de cumplimiento del contrato traería para uno de ellos. En consecuencia, condenó á los compradores á daños y perjuicios para con el vendedor, durante cinco años. En apelación, la Corte de Pau sostuvo la resolución del contrato y decidió que, habiendo acabado el contrato por un acontecimiento que no era imputable á ninguno de los socios, no había lugar á condenarlos á daños y perjuicios, cuya decisión fué sostenida por la Corte de casación. La Corte citó las dos máximas romanas y aplicó al caso la que pone fin al

contrato por el cambio de circunstancias: no siendo limitada la duración del contrato, dijo la Corte, no es de suponer que los contratantes hubieran querido persistir en cualquiera que fuesen los sucesos ulteriores que se opusieran á su cumplimiento; decidiendo, después, que no había lugar á pronunciar daños y perjuicios, porque el deudor no los debe sino cuando la falta de cumplimiento del contrato proviene de una causa que le pueda ser imputada. (1) Se ve que la Corte de Casación, admitiendo que el contrato acaba por la muerte de uno de los compradores, motivó la disolución del contrato sobre una causa distinta que la invocada por la Corte de apelación que aplicó las reglas de la sociedad, mientras que la Suprema Corte se fundó sobre un principio que no está escrito en nuestras leyes y que, en el caso, estaba en oposición con un principio que el Código consagra, á saber, que los convenios no se rompen por la muerte de una de las partes contratantes. ¿A qué viene citar máximas romanas, siendo suficientes las reglas de nuestro derecho moderno para decidir una cuestión?

473. Un herrero compró á una compañía el uso de una invención privilegiada que substituía el aire caliente al aire frío en las máquinas de soplar para activar la combustión, obligándose á pagar 12,000 francos anuales, más una suma de 3,000 francos por el uso que había hecho ya del nuevo procedimiento. Dos años después, el vencimiento del privilegio fué pronunciado por la demanda de otro herrero. El primero demandó en conclusión, la sociedad en nulidad del contrato, en restitución de las sumas pagadas y de daños y perjuicios. El Tribunal del Sena acogió esta demanda y pronunció la nulidad del tratado fundándose en la anulación del privilegio, lo que hacía el convenio sin

1 Denegada casación, 20 de Agosto de 1838 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 708.

objeto. Esta decisión fué invalidada por la Corte de Apelación. Cuando intervino el tratado litigioso, dijo la Corte, que estaba la sociedad en posesión no disendida del privilegio; el herrero trató libremente con ella y obtuvo grandes ventajas de la introducción del nuevo procedimiento en sus fraguas; así, pues, es justo que el contrato se cumpla hasta el día en que la anulación sea demandada; providenciando en casación y sentencia de denegada casación. La Corte comenzó por establecer que el contrato había acabado porque había caído *in cum casum á quo incipere non poterat*. ¿Es necesario hablar latín para llegar á esta conclusión? ¿Puede haber obligación de pagar el uso de un privilegio cuando no lo hay? La única dificultad estaba en saber si el vencimiento debía obrar sobre el pasado, en cuyo caso, la solución no era dudosa; porque había un convenio regular cumplido de buena fe y cuyo cumplimiento había proporcionado al herrero las ventajas que se le habían prometido; ¿debía él obtenerlo todo sin dar nada, mientras que el otro contratante lo había dado todo sin obtener nada? Semejante pretensión, dijo la sentencia, es contraria á todos los principios la equidad y de la justicia que rigen los contratos. (1)

474. Se cita también una sentencia de la Corte de Rouen. En el mes de Abril de 1842 una persona se obligó á establecer un servicio de carros de transporte, haciendo tres días de Rouen á París; el otro contratante debía ser el corresponsal, obligándose éste á proporcionar un cargamento de mercancías y pagando el precio de los carros. El contrato fué hecho por dos años; mas desde el año de 1843 en que el ferrocarril fué construido, se encargó del transporte de las mercancías en un día á un cincuenta por ciento menos del precio del servicio de carros. ¿Podía el contrato

1 Denegada casación, 27 de Mayo de 1839 (Daloz, en la palabra *Privilegio de invención*, núm. 215).

ser sostenido en estas circunstancias? En el caso, se puede decir, que el cumplimiento se había hecho imposible: porque ¿cómo hacer el servicio cuando no había ya mercancías que trasportar? La Corte pronunció la resolución del contrato; es importante hacer constar el motivo sobre el cual se fundó. No citó las máximas romanas invocadas por la Corte de Casación, y ciertamente no había necesidad. El camino de fierro de París á Rouen, dice la sentencia, constituye un caso de fuerza mayor que se opone al cumplimiento de los convenios verbales estipulados entre las partes. Hé aquí un motivo perentorio que está escrito en el Código Civil (art. 1,147); ¿para qué ir á buscar en el Digesto, motivos fáciles de contestar que el Código ignora?

475. Nuestra conclusión está formulada por la ley: "Los contratos tienen lugar de ley para los que los hacen, y no pueden ser revocados mas que por su mutuo consentimiento ó por causas que la ley autoriza." (art. 1,134) Las causas que ponen fin á los convenios, fuera del consentimiento de las partes, están enumeradas en el art. 1,234, y no hay otras. De aquí la consecuencia consagrada por la Corte de Gand que establece que un convenio que ha sido legalmente formado, subsiste, y debe ser cumplido hasta que se pruebe que queda extinguido por uno de los modos legales que supone la extinción de las obligaciones. El interés práctico es este.

Se alegó ante la Corte un convenio que remontaba á 1,784; la parte obligada sostuvo que el acreedor tenía que probar que el convenio todavía existía. La Corte rechazó esta pretensión poco jurídica. Se probó que la obligación existió en 1784; la prueba subsistía contra el deudor, á menos que probase que la obligación se extinguió por la prescripción ó por otro medio legal. Se objetó al acreedor que no tuvo título, pero la objeción fué insignificante en derecho; en cuanto al hecho, dijo la sentencia, esta cir-

cunstancia, junta con fuertes presunciones de pago, debe hacer el fallo más difícil en la apreciación de los medios de prueba; esta es una dificultad de hecho que nada tiene de común con la cuestión de derecho. (1)

SECCION I.—Del pago.

ARTICULO 1.º Del pago en general.

§ I.—DE LAS CONDICIONES QUE SE REQUIEREN PARA LA VALIDEZ DEL PAGO.

Núm. 1. Existencia de una deuda.

476. El art. 1,235 dice que todo pago supone una deuda. Por este término del "pago," dice el informante del Tribunado, no se entiende comunmente sino el modo con que los que deben una suma de dinero se libran dando el dinero. En el lenguaje del derecho, la palabra "pago" tiene un sentido mucho más amplio, se le aplica á toda obligación que consiste en dar ó en hacer alguna cosa: el deudor paga dando ó haciendo lo que ha prometido dar ó hacer. El vendedor que entrega un inmueble, hace un pago, lo mismo que el arquitecto que edifica una casa. (2)

477. Puesto que el pago es el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, es claro que todo pago supone una deuda. No es posible cumplir una obligación que no existe, ó al menos, que no existe á cargo del que paga. ¿Cuál es la consecuencia del pago hecho por el que nada debe? El art. 1,235 responde: "Lo que se ha pagado sin ser debido, está sujeto á repetición." Trataremos del pago de lo indebido en el título "De las obligaciones que se forman sin convenio," pues ese es el sitio de la materia, por estar colocado el pago de lo indebido entre los cuasicontratos

1 Gand, 12 de Junio de 1840 (*Pasjerisja*, 1841, 2, 143).

2 Jaubert, Informe núm. 3 (Loaré, t. VI, pág. 205).

¿Y hay también lugar á repetición cuando una obligación natural es pagada voluntariamente? Ya hemos respondido á la cuestión (núm. 26).

Núm. 2. ¿Por quién debe ó puede ser hecho el pago?

478. Que el pago debe hacerse por el deudor es inútil decirlo; tampoco la ley lo dice. Si los autores dicen que puede pagar el deudor, es para hacer notar que lo que es una obligación para el deudor, es también un derecho: si el acreedor se niega sin motivo legítimo á recibir lo que se le debe, puede el deudor obligarse, como lo diremos al tratar del ofrecimiento de pago y la consignación.

479. "Una obligación puede también ser cumplida por toda persona que esté interesada, tal como un coobligado ó un fiador" (art. 1,236). La ley dice que "puede" ser cumplida; el codeudor solidario y el fiador "deben" también pagar la deuda, el primero porque es considerado como único deudor, y el fiador porque se ha obligado á cumplir la obligación si el deudor, por sí mismo no la cumple (artículo 2,011). Si la ley dice que el coobligado y el fiador "pueden" pagar, es para notar que tienen el derecho de la iniciativa y porque no están obligados á esperar que se les persiga. Tienen interés en prevenir las demandas cuyos perjuicios sufrirían ellos; también están interesados en pagar en un momento favorable, aunque pueden ejercer útilmente el recurso que les dá la ley, en lugar de esperar á que este recurso llegue á ser ilusorio por la insolvencia de aquellos contra quienes debe ejercerse. La ley permite á terceros no interesados pagar aunque se oponga el acreedor; con mayor razón debe conceder este derecho á los que tienen interés.

El art. 1,236 no habla del tercero poseedor del inmueble hipotecado á la deuda; es cierto que no está obligado personalmente pero teniendo acción contra él el acreedor

cunstancia, junta con fuertes presunciones de pago, debe hacer el fallo más difícil en la apreciación de los medios de prueba; esta es una dificultad de hecho que nada tiene de común con la cuestión de derecho. (1)

SECCION I.—Del pago.

ARTICULO 1.º. Del pago en general.

§ I.—DE LAS CONDICIONES QUE SE REQUIEREN PARA LA VALIDEZ DEL PAGO.

Núm. 1. Existencia de una deuda.

476. El art. 1,235 dice que todo pago supone una deuda. Por este término del "pago," dice el informante del Tribunado, no se entiende comunmente sino el modo con que los que deben una suma de dinero se libran dando el dinero. En el lenguaje del derecho, la palabra "pago" tiene un sentido mucho más amplio, se le aplica á toda obligación que consiste en dar ó en hacer alguna cosa: el deudor paga dando ó haciendo lo que ha prometido dar ó hacer. El vendedor que entrega un inmueble, hace un pago, lo mismo que el arquitecto que edifica una casa. (2)

477. Puesto que el pago es el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, es claro que todo pago supone una deuda. No es posible cumplir una obligación que no existe, ó al menos, que no existe á cargo del que paga. ¿Cuál es la consecuencia del pago hecho por el que nada debe? El art. 1,235 responde: "Lo que se ha pagado sin ser debido, está sujeto á repetición." Trataremos del pago de lo indebido en el título "De las obligaciones que se forman sin convenio," pues ese es el sitio de la materia, por estar colocado el pago de lo indebido entre los cuasicontratos

1 Gand, 12 de Junio de 1840 (*Pasjerisja*, 1841, 2, 143).

2 Jaubert, Informe núm. 3 (Loché, t. VI, pág. 205).

¿Y hay también lugar á repetición cuando una obligación natural es pagada voluntariamente? Ya hemos respondido á la cuestión (núm. 26).

Núm. 2. ¿Por quién debe ó puede ser hecho el pago?

478. Que el pago debe hacerse por el deudor es inútil decirlo; tampoco la ley lo dice. Si los autores dicen que puede pagar el deudor, es para hacer notar que lo que es una obligación para el deudor, es también un derecho: si el acreedor se niega sin motivo legítimo á recibir lo que se le debe, puede el deudor obligarse, como lo diremos al tratar del ofrecimiento de pago y la consignación.

479. "Una obligación puede también ser cumplida por toda persona que esté interesada, tal como un coobligado ó un fiador" (art. 1,236). La ley dice que "puede" ser cumplida; el codeudor solidario y el fiador "deben" también pagar la deuda, el primero porque es considerado como único deudor, y el fiador porque se ha obligado á cumplir la obligación si el deudor, por sí mismo no la cumple (artículo 2,011). Si la ley dice que el coobligado y el fiador "pueden" pagar, es para notar que tienen el derecho de la iniciativa y porque no están obligados á esperar que se les persiga. Tienen interés en prevenir las demandas cuyos perjuicios sufrirían ellos; también están interesados en pagar en un momento favorable, aunque pueden ejercer útilmente el recurso que les dá la ley, en lugar de esperar á que este recurso llegue á ser ilusorio por la insolvencia de aquellos contra quienes debe ejercerse. La ley permite á terceros no interesados pagar aunque se oponga el acreedor; con mayor razón debe conceder este derecho á los que tienen interés.

El art. 1,236 no habla del tercero poseedor del inmueble hipotecado á la deuda; es cierto que no está obligado personalmente pero teniendo acción contra él el acreedor

hipotecario, tendrá que pagar indirectamente, dejándose expropiar ó abandonando la cosa, y solo tiene un medio de conservar el inmueble, que es el de pagar al acreedor que le persigue, y, desde entonces, él tiene también interés en prevenir las demandas pagando. En este sentido debe colocarse al poseedor entre los terceros interesados en el pago. Hay una diferencia entre el pago hecho por el deudor y el que hacen los terceros interesados. el primero extingue definitivamente la deuda, tanto respecto del deudor, como respecto del acreedor, en tanto que el pago hecho por los terceros interesados, solo extingue la deuda respecto del acreedor, pero respecto de los codeudores ó del deudor principal, subsiste la deuda en virtud de la subrogación que la ley concede á los que, estando obligados con otros ó por otros al pago de la deuda, tienen interés en cumplirla. Trataremos más adelante de la subrogación.

480. El art. 1,236 agrega que la obligación puede también ser cumplida por un tercero que no esté interesado, en el sentido de que no podría ser perseguido por el acreedor ni personal ni hipotecariamente. En derecho, el interés es la medida de nuestras acciones; hé ahí por qué no se permite, al que ningún interés tiene, obrar judicialmente. ¿Por qué se permite, no obstante, á un tercero no interesado pagar la deuda? Jaubert expone la cuestión en su informe al tribuado: "¿Una persona distinta del deudor puede obligar á recibir al acreedor?" El informante responde: "Por una parte, parece que el acreedor podría decir al tercero: ¿Por qué os mezclais vos? No es con vos con quien yo contraté. Y, por otra parte, puede decirse al acreedor: ¿cuál es vuestro interés? ¿No es el de recibir lo que se os debe? ¿Qué os importa que sea de manos de vuestro deudor ó de las de cualquiera otro?" (1)

1 Jaubert, Informe núm. 6 (Loché, t. VI, pág. 206).

Hay que agregar para completar el principio que sirvió de punto de partida al Código, que el pago es favorable; el deudor también tiene interés en que un tercero pague lo que debe. No teniendo el acreedor interés alguno en rechazar el pago, y teniéndolo el deudor en que se haga, se comprende que la ley haya permitido pagar á toda persona, aunque no tenga un interés jurídico. Se permite á toda persona, dice Larombière, por una especie de mandato de humanidad y de fraternidad, mejorar la situación de otra. (1) Tal es el principio. La aplicación no carece de dificultad.

481. Cuando la ley dice que la obligación puede también cumplirse por un tercero que no esté interesado, no cree hablar del que paga en virtud de un mandato; el mandatario no es un tercero, es el mismo mandante el que obra por su intermediario, y por tanto, en realidad, es el deudor el que paga. Cuando el deudor no ha dado mandato de pagar, el tercero que se presenta á pagar al acreedor puede hacerlo en nombre del deudor y en su favor. Este es el primer caso supuesto por el art. 1,236. El que paga en nombre del deudor y en su favor es un gestor de negocios en el sentido de que obra en interés del deudor para librarle y por prestarle un servicio. Si lo hace con intención de liberalidad, no hay ya gestión de negocios, sino donación. Diremos mas adelante, en qué condiciones es válida la liberalidad. La diferencia es grande entre la donación y la gestión de negocios; el donador ninguna acción tiene contra el donatario en tanto que la gestión de negocios supone una acción en favor del que ha desempeñado eficazmente el negocio del dueño, acción análoga á la que nace del mandato. Cuando el tercero paga como

1 Larombière, t. III, pág. 66, núm. 3 del art. 1,236 (Ed. B., t. II, pág. 144).

gestor de negocios, queda en el derecho común; pues la ley consagra la gestión de negocios como uno de los cuasicontratos de que trataremos en el título que es sitio de la materia.

482. Supongamos lo que se sostiene, que no hay ni mandato ni gestión de negocios. Es posible que un pago se haga en nombre del acreedor, sin que haya gestión de negocios. Si una de las condiciones que se requieren para que haya gestión de negocios, falta, no puede el acreedor, no puede alegarla para rehusar el pago; no tiene el derecho de inquirir con qué carácter se presenta el tercero, y desde que se le ofrece lo que se le adeuda, debe recibirlo. ¿No es esto demasiado absoluto? Hay una primera restricción que admiten la doctrina y la jurisprudencia; el acreedor puede rehusar el pago si tiene un interés legítimo en no aceptarlo. En teoría, esto no es dudoso. ¿En qué se funda la disposición del art. 1,236 que permite á un tercero pagar, aún á pesar del acreedor? Por lo que se refiere al acreedor, dícese que ningún interés tiene en rehusar. Así, pues, si tiene un interés, debe tener el derecho de rehusar el pago que se le ofrece. Si la ley no lo dice, es porque es muy raro que el acreedor tenga un interés en rehusar lo que se le debe, y porque todo acreedor lo recibe con gusto; y desde que tiene un interés en rehusar, desaparece el motivo por el que la ley permite al tercero pagar, y este es el caso de decir que cesando la causa, debe cesar el efecto. La jurisprudencia está en este sentido. Hay un caso en que el acreedor tiene más que interés en rehusar, tiene derecho. Si el tercero quiere pagar, debe pagar como el deudor hubiera debido hacerlo; y, por tanto, debe cumplir todas las condiciones requeridas para que el pago sea válido como si lo hubiese hecho el deudor. Una de estas condiciones es que el deudor debe pagar la cosa debida; si es una suma de dinero, debe pagarse en especies metá-

licas, no sería admitida la oferta de billetes de banco ó cualesquiera otros valores, á menos que tuviesen un curso legal. Se ha juzgado, por aplicación de este principio, que el acreedor puede rehusar un mandato sobre un crédito comunal que se le ofreció en pago de una renta vitalicia; en efecto, los mandatos no constituyen sino un título para recibir un pago; el acreedor de la venta está obligado á hacer justificaciones especiales, presentando certificados, y está sujeto á eventualidades que resultan de las reglas administrativas aplicables á las deudas de comunidades. (1) Ciertamente, un modo semejante de pagar la deuda, no equivale á una entrega de especies. Aun cuando el tercero ofreciera al acreedor la cosa que se le debe, éste podría rehusar si tuviese un interés legítimo. Un individuo es condenado por falta, á un reconocimiento y al pago; la demanda, por razón de este pago, es el único medio de impedir la nulidad del fallo; si, en este caso, un tercero ofrece el pago, el acreedor tiene el derecho de rehusar, y aun puede oponerse á que su reconocimiento, en cuyo provecho se ordenó la separación, sea recibido. (2)

483. Se pregunta si el acreedor puede rehusar el pago por razón de que el deudor no tiene interés en pagar. Pothier admite esta restricción, que parece fundada en el motivo que se dá para justificar el pago hecho por un tercero no interesado. Presta un servicio al deudor, se dice, (núm. 479).

Esto es muy equitativo cuando el deudor está interesado en que la deuda se extinga para detener las demandas que el acreedor hubiera intentado, ó para hacer cesar el curso de los intereses, ó en fin, para extinguir las hipote-

1 Lyon, 2 de Junio de 1854 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,661).

2 París, 13 de Mayo de 1814 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,658).

cas. Pero si el pago no proporciona al deudor ventaja alguna, y no tiene otro objeto que cambiar de acreedor, estas ofertas no deberán recibirse. Esta fué la doctrina de Dumoulin. Ha sido reproducida por Toullier, quien agrega una mala razón. Un pago semejante, dice, sería un cambio de crédito y el acreedor no puede ser obligado á vender el suyo. Nó, el pago hecho por un tercero no supone la cesión del crédito, ni aun subrogación, pues se supone que el acreedor rehusa las ofertas que se le hacen, de donde resulta que el tercero tiene una acción contra el deudor; diremos más adelante cual es la acción que le pertenece. Por el momento, se trata de saber si el acreedor puede alegar que el deudor no tiene interés. El Código no dá este derecho al acreedor y tampoco resulta de los principios. Que el deudor haga valer esta consideración para oponerse al pago, se concibe, pero el acreedor no puede invocar el interés del deudor; sería necesario un texto para darle este derecho, y no lo hay. Los autores del Código han seguido paso á paso, á Pothier y no han juzgado conveniente reproducir una restricción que hubiera dado lugar á controversias y dificultades de hecho; ¿cómo saber si el deudor tiene ó no interés en que se pague la deuda? El legislador supone con error, ó con razón, que siempre está interesado. Si la decisión es poco jurídica, es al menos, de una aplicación muy fácil. Esta consideración habrá sido decisiva á los ojos de los autores del Código que buscan ante todo, la utilidad práctica. (1) Hay una sentencia en este sentido. (2)

484. ¿El tercero puede también pagar en su nombre?

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 500 Toullier, t. IV, 1, página 11, núm. 11. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, página 312, núm. 175 bis, V. Demolombe, t. XXVII, pág. 53, número 57.

2 Denegada casación de la Corte de Casación de Bélgica; 12 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 1, 31).

Aquí se presenta en toda su fuerza, la objeción que se hace contra la teoría del pago hecho por un tercero. Este es el favor de la liberación, que es, en definitiva, el único argumento serio que se hace valer. ¿Y puede decirse que el tercero obra en interés del deudor, cuando no paga ni aún en su nombre? ¿No es esto notar claramente que cree hacer su propio negocio y no el del deudor? Pothier decidió que el tercero no pudo obligar al acreedor á recibir un pago que le ofreció en su nombre; el acreedor pudo responderle: Yo no os conozco. El Código no admite esta doctrina; reconoce formalmente al tercero el derecho de pagar en su nombre agregando solamente la restricción de que el tercero no queda subrogado en los derechos del acreedor. Volveremos á ver este punto. En cuanto al derecho mismo que la ley concede al tercero, no se le puede explicar sino por el favor extremo que muestra el legislador para la liberación del deudor. De ordinario, dicen, el pago le será ventajoso; ganará, por lo menos, tiempo, porque no puede suponerse que el nuevo acreedor reclame inmediatamente el reembolso de sus anticipos. Además, la acción del nuevo acreedor frecuentemente será menos rigurosa que la del antiguo, porque no tendrá las garantías reales que aseguraban el crédito anterior. Se puede responder que estas ventajas son suposiciones, y preguntar por qué el legislador no exigió la prueba de que el pago es provechoso al deudor. Acabamos de responder á la cuestión (núm. 483); bajo el punto de vista del rigor de los principios, la teoría del Código deja que desear. (1)

485. Las probabilidades que se hacen valer para justificar la facultad ilimitada que el Código dá á los terceros no interesados para pagar la deuda, se desvanecen cuando el deudor se opone á que el tercero pague por él, ¿el

1 Pothier, núm. 499. Colmet de Santerre, t. V, pág. 312, número 175 bis, V.

tercero tendrá, no obstante, el derecho de pagar? Pothier trató de justificar esto apoyándose en la tradición. Los autores modernos se han dividido. ¿En el silencio del Código hay que atenerse á la tradición y seguir la opinión de Pothier? No sabemos si la intención de los autores del Código ha sido consagrar esta opinión; el silencio de la ley nada prueba, se le puede invocar en pró y en contra. Deben, pues, consultarse los motivos de la doctrina tradicional. Y lo que Pothier dice nos parece muy inconsecuente. Expone, en principio, que el acreedor no está obligado á recibir un pago que no sería provechoso al deudor; ¿y quién es el mejor juez de este interés? ¿No lo es el deudor mismo? La consecuencia lógica de esta opinión parece, pues, ser la de no permitir al tercero pagar cuando el deudor se opone. ¿Concíbese que se diga que el tercero no puede obrar sino en interés del deudor, y que puede pagar á pesar de la oposición del deudor? Creemos que cuando el deudor se opone á que el tercero pague por él, no hay ya motivo jurídico que justifique la intervención del tercero. ¿Es acaso una donación que quiere hacer al deudor aún contra la voluntad de éste? Esto no es posible porque toda donación es un contrato y exige el concurso del consentimiento del donatario. ¿Es un acto á título oneroso? Daría al tercero que paga una acción contra el deudor, y si este no acepta el pretendido servicio que se le quiere prestar, ¿con qué derecho obraría el tercero en nombre del deudor contra su voluntad?

Hay otra opinión que distingue. Si el deudor se opone á que el tercero pague por él, y si el acreedor rehusó recibir el pago, se admite que el tercero no puede estrechar al acreedor á recibir lo que se le debe. Pero si á pesar de la oposición del deudor, consiente el acreedor en aceptar las ofertas del tercero, se decide que éste tendrá el derecho de pagar. La distinción es poco jurídica. Hay en todo

pago un concurso de voluntades, y no basta la voluntad del acreedor, se requiere también la del deudor, y éste, lejos de querer que el tercero pague por él, se opone. Desde entonces la intervención del tercero no se concibe, pues el único motivo jurídico que la justifica, es el interés del deudor, y éste motivo desaparece por su posición. Solo hay un medio jurídico de vencer la resistencia del deudor: cuando el acreedor y el tercero están de acuerdo, uno para recibir lo que se le debe y otro para pagar á pesar del deudor, pues hacen así una cesión! (1)

El interés práctico de este debate es casi nulo. No se encuentran casos de terceros que se obstinen en pagar por el deudor cuando este se opone. Si se admite con Pothier que tienen el derecho de hacerlo, desaparece una nueva dificultad, la de saber si tienen acción contra el deudor; volveremos á ver este punto.

486. Cuando se dice que el tercero puede pagar, aun contra la voluntad del acreedor y del deudor, esto quiere decir que si el acreedor rehusa lo que le ofrece el tercero, puede este hacer ofrecimientos reales seguidos de consignación. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto. (2) Nos parece que la consecuencia demuestra contra el principio de donde se deriva. ¿Por qué el legislador permite al deudor vencer la resistencia del acreedor haciéndole ofrecimientos reales? Porque el deudor puede tener interés en pagar, interés legítimo, puesto que se reúne con su derecho, en tanto que el acreedor rehusa por capricho ó mala voluntad. Por tanto, cuando

1 Véanse en sentido diverso, Toullier, t. IV, 1, pág. 11, núm. 10. Durantón, t. XII, pág. 29, núm. 18. Colmet de Santerre, t. V, página 315, núm. 175 bis, X. Demolombe, t. XXVII, pág. 55, números 58 y 59. Aubry y Rau se limitan á exponer la cuestión, t. IV, página 148, nota 1, pfo. 316.

2 Lieja, 26 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 249). París, 11 de Agosto de 1806 (*Dalloz*, palabra *Obligaciones*, núm. 1,656).

un tercero no interesado hace ofrecimientos, debe suponerse que el deudor tiene un interés en el pago, lo que supone que lo consiente. Y en la teoría del Código, no se exige que el tercero pruebe que paga en interés del deudor, pues la doctrina lo autoriza á pagar aun cuando el deudor se oponga. Se llega, pues, á la consecuencia absurda de que los ofrecimientos reales que no se justifican mas que por el interés del deudor, se harán aún contra su voluntad, y por tanto, sin interés alguno, es decir, sin derecho.

487. El art. 1,236 solo pone una restricción al derecho que concede á todo tercero de pagar la deuda, y es, "que no se subroga en los derechos del acreedor." Esta redacción es mala; tomada á la letra la disposición significa que el tercero que hace un pago no puede subrogarse; y el artículo 1,250 dice lo contrario. Se necesita, pues, que el artículo 1,236 tenga otro sentido; ¿pero qué es lo que el legislador ha querido decir? A esta cuestión tenemos dos respuestas dadas, una por el orador del Gobierno y la otra por el informante del Tribunado. Preferimos la explicación de Jaubert porque es la más sencilla y la más natural. Un tercero se presenta para cubrir la deuda del deudor: ¿tiene el derecho de obligar al acreedor á recibir lo que se le debe? Tal es la dificultad que el art. 1,236 tiene por objeto resolver y es también la cuestión á la que responde Jaubert en estos términos: "Aunque el tercero que ofrece el pago no tenga un interés directo y civil en el cumplimiento de la obligación, el acreedor no podrá negarse á recibir, pues en último análisis él no tiene otro interés que el de ser pagado; pero en este caso el tercero no puede obligar al acreedor á ponerle en su lugar para los privilegios, hipotecas y vías de apremio. La ley no quiere, con razón, que contra la voluntad del acreedor, un tercero venga á interponerse para adquirir el derecho de vejar al deudor; el ter-

ceros que paga no adquiere entonces sino una acción simple contra el deudor que queda enteramente libre de la obligación primitiva." (1)

Así la ley quiere decir que el tercero puede estrechar al acreedor á recibir, pero no puede estrecharle á consentir en la subrogación. Esto es tan evidente que no vale la pena de decirlo. En efecto, la subrogación es convencional ó legal, y en el caso no puede tratarse sino de subrogación convencional que se hace cuando el acreedor subroga, al tercero que le paga, en sus derechos contra el deudor, y el acreedor debe consentir y aun de una manera expresa; ¿cómo, pues, podría tratarse de una subrogación, en que el tercero estrechase al acreedor á concedérsela? Esto no tiene sentido; el tercero puede pagar, pero no se concibe que expropié al acreedor de sus derechos, para colocarse en su lugar. (2)

Por esto precisamente es por lo que el art. 1,236 así interpretado, es inútil, y se ha buscado otra interpretación, y Bigot Preameneu la dá: "La obligación puede ser cumplida por un tercero que ningún interés tenga, cuando obra en nombre, y con el consentimiento del deudor. Si obrando en su propio nombre, se hace subrogar en los derechos del acreedor, esto ya no es un pago, sino un cambio de obligación."

El legislador hubiera querido, pues, notar la diferencia entre la cesión y la subrogación; esto es poco probable, porque no es ese el objeto del art. 1,236 y la palabra cesión no se encuentra en él. Además, Bigot Preameneu hace decir al legislador lo que no pudo decir; no es exacto que el pago hecho con subrogación sea un cambio

1 Jaubert, Informe núm. 5 (Loché, t. IV, pág. 206).

2 Colmet de Santerre, t. V. pág. 314, núm. 175 bis, VII y VIII seguido por Demolombe, t. XXVII, pág. 58, núms. 62-65.

de la obligación; siempre es un pago y no una cesión, como lo diremos más adelante. (1)

En definitiva, todas las explicaciones dejan subsistir la inexactitud de redacción y la disposición es inútil en la segunda de ellas, tanto como en la primera. No debe hablarse en el art. 1,236 de subrogación ni de cesión, porque el único objeto de esta disposición es decidir que un tercero puede pagar. En cuanto a la subrogación y a la cesión, el sitio de esta materia es el art. 1,250; ahí es en donde volveremos a encontrar las difíciles cuestiones que el legislador ciertamente no sondeó escribiendo el artículo 1,236.

488. ¿Cuál es el efecto del pago hecho por un tercero? Puesto que el tercero tiene el derecho de pagar aun a pesar del acreedor, debe decirse que el pago que hace extingue la deuda, como si el mismo deudor pagase. Respecto del acreedor no hay duda. No sucede lo mismo en lo que se refiere al deudor. Aquí hay que distinguir si es un tercero interesado ó un tercero no interesado el que hace el pago. Cuando el tercero está interesado en el pago en el sentido de que esté obligado con el deudor, se subroga en los derechos del acreedor en virtud de la ley, y lo mismo en los otros casos de subrogación legal. Si no queda subrogada por la ley, puede también obtener la subrogación por convenio, conforme al art. 1,250. Cuando no se subroga ni por la ley ni por convenio el crédito que el tercero ha pagado, se extingue respecto del deudor como respecto del acreedor. Pero el hecho del pago por un tercero engendra una nueva obligación: ¿cuál es la acción que tiene el tercero contra el deudor?

Si el tercero ha obrado como mandatario tiene la acción del mandato. En el título dedicado á este contrato, es en

1 Durantón, Marcadé, Larombière, adoptan esta explicación (Aubry y Rau, t. 1V, pág. 149, nota 6, pfo. 316).

donde diremos cuáles son los derechos del mandatario contra el mandante. Si el tercero ha obrado en nombre del deudor, pero sin mandato, hay gestión de negocios siempre que las condiciones requeridas para la existencia de este cuasicontrato sean cumplidas. La condición esencial es que el pago se haya hecho por el tercero como si el deudor mismo lo hubiese hecho. En este caso, el tercero tiene la acción de gestión de negocios que es idéntica á la del mandato. Sobre este punto, debemos hacer constar una inexactitud que se encuentra en una sentencia de la Corte de Casación. Un tercero liquida sin mandato, una sociedad disuelta y paga sus últimas deudas sociales. Es inútil decir que no está subrogado á la acción solidaria de los acreedores que desinteresó, y no puede tener más que la acción de gestión de negocios. ¿Qué se entiende de esta acción? ¿puede el gerente reclamar como el mandatario todos sus anticipos? La Corte de Casación responde que la acción de gestión de negocios, fundada, no en los principios ordinarios de los contratos sino únicamente en la regla de equidad natural que dice que ninguno debe enriquecerse á expensas de otro, cae necesariamente bajo la apreciación de los jueces del hecho que deben buscar; la utilidad de aquél cuyo negocio ha sido gestionado, ha podido retirar esta gestión y "medir á esta utilidad la indemnización reclamada contra él. (1) Esto es muy absoluto; la Corte confunde la acción *negotiorum gestorum* con la acción que en la escuela se llama de *in rem verso*. Cuando hay gestión de negocios, el juez no tiene el poder discrecional que le reconoce la Corte de Casación de decidir según la equidad, porque el cuasicontrato de gestión de negocios está reglamentado por la ley, lo mismo que el contrato de mandato, como lo diremos en el título "De los Cuasicontratos;" el

1 Denegada casación, Sala Civil, 8 de Enero de 1862 (Daloz, 1863, 1, 85).

gerente tiene contra el dueño los mismos derechos que tiene el mandatario contra el mandante (art. 1,375). Es lo contrario cuando el hecho del tercero no es una gestión de negocios; tal sería el pago que el tercero hiciera á pesar del deudor, en cuyo caso no tendría la acción *negotiorum gestorum*, ni tampoco la acción fundada en la equidad de la cual habla la Corte de Casación, acción que el juez limita á la utilidad que el dueño reporta de la gestión.

489. Acabamos de suponer que el tercero que paga á pesar del deudor, tiene, sin embargo, una acción contra él, limitada á la ventaja que el pago procuró al deudor. La cuestión es muy controvertida. Si se admite, como lo hemos enseñado, que el tercero no tiene ningún derecho de pagar contra la voluntad del deudor, es difícil concederle una acción contra el deudor, porque éste, oponiéndose, puede impedir que el tercero adquiera un derecho contra él.

Toullier dice que el tercero que paga á pesar del deudor y contra su defensa, no tiene ninguna acción para repetir lo que pagó, porque la obligación que resulta del "cuasicontrato," se funda en el consentimiento tácito ó presunto del deudor. Esto se entiende de la acción de gestión de negocios; pero no se aplica á la acción *de in rem verso* que está enteramente reglamentado por la equidad natural. Toullier agrega que el que paga contra la voluntad del deudor, es considerado como queriéndole gratificar, olvidando que no puede haber liberalidad sin el consentimiento del donatario. (1)

Durantón vacila, no se decide y se refiere á los jueces. Esto no es decidir nada, porque es decir [que los tribunales tienen un poder discrecional en esta materia. ¿Y sobre qué estará fundado este poder? Después de todo, los tribunales tienen necesidad de un principio lo mismo que los

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 11, núm. 12.

autores, porque no es decir nada referir al juez las cuestiones. [1]

Colmet de Santerre dice muy bien que no se puede suponer que el tercero haya querido hacer una liberalidad, porque las donaciones no se presumen y no se pueden cumplir sin la voluntad del donatario. Según él, el recurso del tercero, fundado en la equidad, debe limitarse á lo que el deudor aprovechó. Demolombe parece decir que esta es una acción de gestión de negocios. (2)

Citamos estas opiniones diversas y contradictorias, porque vienen en apoyo de lo que hemos dicho del derecho que se reconoce á los terceros de pagar á pesar del deudor; habiendo un derecho, debería haber una acción, y si los autores vacilan tanto sobre la acción que le pertenece, esto prueba que el derecho mismo es muy controvertible.

490. Hay también una dificultad en una materia que parece muy simple. El tercero puede pagar con un espíritu de liberalidad. ¿Tiene en este caso una acción? El donador no tiene jamás acción, salvo cuando la donación se hace con cargo. Falta saber si hay donación. Según el artículo 896, no puede disponerse de los bienes á título gratuito, sino por donación entre vivos ó por testamento, en las formas que la ley prescribe. La donación es un contrato para cuya existencia es preciso el consentimiento del donador. Si el deudor acepta la liberalidad que el tercero le hace, la donación será válida: ¿lo será también en la forma? Ya hemos examinado la cuestión en el título de las "Donaciones." Suponiendo que la liberalidad sea válida, todo está decidido, el tercero no tiene ninguna acción contra el deudor. Mas si este rehusa aceptar la liberalidad

1 Durantón, t. XII, pág. 29, núm. 19.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 316, núm. 165 bis, XI. Demolombe, t. XXVII, pág. 75, núm. 86. Compárese Mourlón, que tiene también una opinión diferente, t. II, pág. 595.

que el tercero quiere hacerle, no habrá donación, será un pago y volverá á entrar en la suposición que acabamos de examinar. (1)

491. Cuando un tercero paga la deuda y ningún escrito hace ni se sabe á qué título ni bajo qué condiciones hizo el pago, ¿es un simple acto de liberación? ¿O es un pago hecho con subrogación ó una cesión de crédito? Es, dice la Corte de Casación, una cuestión de hecho que los jueces decidirán según las circunstancias de la causa. ¿Qué debe decidirse? En el caso que se presentó ante la Corte, se juzgó que el pago había tenido lugar á título de traslado; mas no habiendo ningún escrito, ninguna manifestación, el primitivo acreedor queda propietario aparente del crédito. La Corte concluyó que había podido, sin fraude y sin perjuicio de nadie, presentarse al orden abierto para la distribución del precio del inmueble hipotecado al crédito. En efecto, no estando el cesionario regularmente embargado con respecto á terceros, no podía presentarse al orden, porque solo el cedente tenía cualidad, siendo siempre con respecto á terceros, el acreedor. (2)

La Corte de Apelación no dice sobre qué se fundó para decidir que más bien había cesión que subrogación, ó pago puro y simple. En otro caso se juzgó que había simple pago. La Corte dijo que ni la subrogación ni la cesión se presumen, porque el art. 1,250 dice que la subrogación consentida por el acreedor debe ser "expresa." Se debe decir también de la cesión que es una venta y ningún contrato se presume. Falta el pago; la sentencia dijo que la ley presume que el pago extingue el crédito. A decir verdad, no hay ninguna presunción, porque no puede haber presun-

1 Compárese Moulón, t. II, pág. 596. Corte de Casación de Bélgica, Denegada casación, 6 de Mayo de 1853 (*Pasjerisia*, 1853, 1, 336).

2 Denegada casación, Sala Civil, 22 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 116).

ción legal sin ley. Si consta que ha habido pago, éste producirá un efecto ordinario, el de extinguir la deuda, salvo que la parte interesada pruebe que hay subrogación ó cesión. (1)

492. El principio de que todo tercero puede pagar, tiene excepción. En los términos del art. 1,237, "la obligación de hacer no puede ser pagada por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste mismo tiene interés en que sea cumplida por el deudor mismo." Resulta de aquí una diferencia entre la obligación de hacer y la de dar. Pothier dice que el principio de que el pago puede hacerse por el deudor no es cierto más que con respecto á las obligaciones que tienen por objeto dar alguna cosa, y dá la razón: no importa al acreedor por qué la cosa deida le es dada, con tal que le sea dada efectivamente. Es decir, que la obligación de hacer ¿debe ser siempre cumplida por el deudor y que un tercero no puede jamás cumplir en su lugar? El art. 1,227 no dice esto; hace, por el contrario, una distinción. La regla general se aplica cuando es indiferente al acreedor que el hecho tenga lugar con tal que la cosa sea hecha. Por ejemplo, dice Pothier, si yo hago trato con un viñero para labrar una fanega de viñas, cualquiera otro viñero podrá satisfacer á mi deudor haciendo la labranza. No es lo mismo cuando se trata de hechos en los cuales se considera el talento y la habilidad del obrero que ha contraído la obligación: en este caso, solo el deudor podrá pagar. Creemos inútil dar ejemplo. (2)

Estos principios se aplican á todo tercero, tanto al interesado como al que es extraño á la deuda. El fiador no podrá ofrecerse á hacer lo que el deudor principal se obligó á hacer, porque es la capacidad de este lo que el acreedor tuvo en consideración. Todos los autores lo di-

1 Rouen, 20 de Julio de 1871 (Dalloz, 1873, 1, 367).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm, 500.

cen (1) y la cosa es tan evidente que no vale la pena decirlo.

*Núm. 3. Capacidad del deudor.*

493. El art. 1,238 dice que para pagar válidamente, es preciso ser propietario de la cosa dada en pago, y capaz de enajenar. Esta disposición se ha criticado vivamente. Toullier dice que fué tomada del derecho romano, sin que los autores del Código hubiesen reflexionado que ellos mismos derogaban el derecho tradicional. En el antiguo derecho, la propiedad no se trasladaba más que por la entrega, es decir, por el pago; así, pues, el deudor estaba obligado á entregar la propiedad al acreedor para transmitírsela y para esto debía ser, naturalmente, propietario de ella y capaz de enajenar. Toullier concluye que fué tal la precipitación con que se redactó el Código, que resultó una disposición notoriamente contradictoria con el espíritu del Código. Marcadé, que es muy afecto á criticar y muy pagado de su crítica, acusa á los autores del Código, de ser malos comentadores, pues comentaron el art. 1,238 de Pothier, sin discernimiento, sin reflexión. ¿Se puede decir que el depositario que vuelve la cosa depositada y que al restituirla hace un pago, debe ser propietario de la cosa? Nó, ciertamente; mas también debe suponerse en los autores del Código algo de buen sentido y una poca de inteligencia en los lectores, para no tener que reprender al legislador por lo que ni soñó decir. (2)

No quiere esto decir que queramos justificar en todo el art. 1,238 como suponemos, se ha pretendido hacerlo por

1 Durantón, t. XII, pág. 33, núm. 21. Colmet de Santerre, t. V, pág. 318, núm. 176 bis, II.

2 Toullier, t. IV, pág. 7, núm. 6. Marcadé, t. IV, pág. 523, artículo 1,238, núm. 1.

oposición á los censores. (1) ¿El deudor que paga debe ser propietario de la cosa que dá en pago? Indudablemente, cuando el pago tiene por objeto trasladar la propiedad: esto es lo que dice Pothier. Cuando la obligación es de "dar" alguna cosa, el pago es la traslación de la propiedad de una cosa. Si es una obligación de dar, que el deudor pague, es preciso que este sea propietario y capaz de enajenar desde el momento en que el pago se hace, porque en este momento es, según el antiguo derecho, cuando la propiedad se trasmite. ¿No es lo mismo en el derecho moderno? No es así cuando la propiedad se ha transmitido ya por el contrato, lo que sucede cuando éste tiene por objeto una cosa cierta y determinada; y lo es cuando la propiedad no se trasmite por el contrato; lo que no es, como podría creerse, una rara excepción, sino por el contrario, el caso más frecuente, lo cual puede afirmarse resueltamente.

Si se trata de una venta, puede decirse que regularmente tiene por objeto una cosa cierta y que, por consiguiente, la propiedad es trasferida al comprador desde el momento en que se hace la entrega, es decir, el pago; y ciertamente, en esta hipótesis, sería absurdo exigir que el vendedor fuera aún propietario y capaz de enajenar la cosa. Mas no es á la venta á lo que los autores del Código se refieren formulando el art. 1,238, sino al pago en general. Y, el caso ordinario del pago ¿cuál es? ¿No es aquel en que se paga una suma de dinero, y éste no tiene por objeto trasladar la propiedad del dinero al acreedor, siendo necesario para trasladarla ser propietario y capaz de enajenar? En este sentido es en el que dice el orador del Gobierno que el pago es un traslado de propiedad. Esto es cierto con una reserva que es tan evidente, que no vale la

1 Moulón, t. II, pág. 596. Compárese Colmet de Santerre, t. V, págs. 318-320. Demolombe, t. XXVII, pág. 80, núm. 86.

peña hacerla: esto es que el pago no es un traslado de propiedad, cuando ésta ha sido adquirida ya por el acreedor y que el pago no solo tiene por objeto "dar" sino "entregar" lo que es una obligación de "hacer." En una palabra, hoy, como en el antiguo derecho, es preciso ser propietario para pagar y capaz de enajenar cuando el pago tiene por objeto "dar" es decir, transmitir la propiedad de la cosa. Falta saber cuál será el efecto del pago cuando el deudor no es propietario ó cuando no es capaz de enajenar.

*I. Del pago hecho por el que no es propietario.*

494. La ley no dice en términos formales que el pago es nulo cuando se hace por el que no es propietario de la cosa que paga, no obstante, la nulidad no es dudosa; y todo el mundo lo admite sin siquiera discutir la cuestión. En los términos del art. 1,238, es preciso ser propietario de la cosa dada en pago, para que éste sea "válido;" de lo contrario no lo es, es decir, es nulo. La segunda línea del art. 1,238 confirma esta interpretación admitiendo que el pago puede demandarse cuando el que lo hizo no es propietario de la cosa que pagó; mas la consecuencia es que el derecho demanda implica la nulidad del pago, resultando del texto mismo de la ley que el pago es nulo.

Falta saber qué puede demandar la nulidad. Recordemos, desde luego, el principio que rige las nulidades. (1) Cuando la nulidad es de orden público, toda parte interesada puede alegarla; cuando es de interés privado, solo la parte en cuyo interés se establece, puede invocarla. En el caso, el orden público está fuera de causa; por consiguiente, se podrá decidir que la nulidad del pago no puede demandarse más que por aquella de las partes en cuyo interés la ley exige que, para pagar legalmente, es preciso ser

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, pág. 109, núm. 72.

propietario de la cosa dada en pago. Vamos á ver como la ley deroga este principio.

*1 Derecho del acreedor.*

495. Que el acreedor puede demandar la nulidad del pago, no tiene duda: (1) es la aplicación de nuestro principio. ¿En interés de quien exige la ley que es preciso ser propietario de la cosa dada en pago para que éste sea legal? En interés del acreedor; por mejor decir es su derecho, como lo es del comprador cuando la propiedad le es transmitida, si nó no se conseguiría el fin del pago. El acreedor debe tener derecho de disponer de la cosa como suya, para lo cual necesita ser propietario: por tanto, si el que paga le entrega una cosa que no le pertenece, el pago es nulo, pudiendo el acreedor demandar la nulidad, es decir, exigir que el deudor le pague una cosa de su propiedad; por supuesto, devolviendo la cosa que había recibido.

496. ¿Puede el acreedor demandar la nulidad del pago, cuando la acción en reivindicación del propietario prescribe? Prescribe cuando el acreedor hace uso de la usucapión, lo que se hace cuando se trata de un inmueble, por la posesión de diez ó de veinte años, si el poseedor es de buena fe; tratándose de muebles, la posesión instantánea es suficiente, en virtud del principio que en cuanto á muebles, la posesión necesita título (art. 2,279). Si la prescripción impide al acreedor demandar la nulidad del pago, la consecuencia será muy grave; la mayor parte de las cosas dadas en pago son cosas muebles corporales, haciéndose el acreedor propietario desde el momento en que adquirió la posesión; el pago de una cosa que no le pertenece al deudor, se hará válido por la usucapión.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 321, núm. 177 bis, V y todos los autores.

La cuestión es controvertida aunque á primera vista no parece que pueda serlo. No hay acción sin interés. ¿Por qué el acreedor puede demandar la nulidad del pago cuando el deudor no es propietario de la cosa pagada? Porque no puede disponer como dueño sino cuando la usucapión hace imposible la evicción, siendo propietario en el sentido de que el verdadero propietario no puede ser despojado; es preciso decir más: según el art. 2,219 ha adquirido la propiedad de la cosa, ¿no ha obtenido, desde entonces, el objeto del pago? ¿De qué, pues, podrá quejarse el acreedor? ¿de que el deudor no es propietario? ¿y qué importa con tal que él lo sea? Queda el vicio purgado, dicen, el pago es válido. Sin embargo, no todos los que sostienen esta opinión lo hacen con tanto aplomo. Durantón usa de las palabras "puede ser y probablemente," lo que prueba que no tiene seguridad de que su opinión sea admitida en los tribunales. (1) ¿Cuál es, pues, el motivo que le hace vacilar? Hay una razón para dudar que, á nuestra vista, es perentoria. El acreedor demanda la nulidad del pago fundándose en el art. 1,238 que declara el pago nulo cuando el deudor no es propietario de la cosa pagada. Se le opone que la usucapión lo ha hecho propietario y responderá que sólo puede alegar la usucapión. La prescripción forma un escrúpulo de conciencia; el acreedor recibe en pago una cosa que no pertenece al deudor y puede tener repugnancia en guardarla, aunque se alegue la evicción. La ley respeta este escrúpulo permitiendo al juez suplir de oficio el medio que resulta de la prescripción (art. 2,223), mientras que permite renunciar la prescripción adquirida. Es, pues, preciso ver si el acreedor quiere valerse de la usucapión. Se puede alegar que el art. 2,225 dice que todas las perso-

1 Durantón, t. XII, pág. 46, núm. 31. Larombière, t. III, página 78, núm. 5 del art. 1,238 (Ed. B., t. II, pág. 149). Aubry y Rau, t. IV, pág. 152, nota 17, pfo. 316.

nas que tienen interés en adquirir la prescripción, pueden oponerla; explicaremos esta disposición en el título que es base de la materia. El deudor no puede invocarla porque sería autorizarlo á valerse de la prescripción cuando no ha cumplido sus obligaciones, porque á pesar de la prescripción, se puede decir que no es él quien ha trasladado la propiedad al acreedor; por consiguiente, con respecto á él, el pago permanece nulo. (1)

497. Supongamos que la cosa pagada se pierde por caso fortuito: ¿puede, no obstante, el acreedor demandar la nulidad del pago? La afirmativa no nos parece dudosa á pesar del disentiendo de Durantón, cuya opinión permanece aislada. (2) La pérdida fortuita no impide que el deudor no haya cumplido su obligación, lo que es decisivo porque sobre él recaen los riesgos de la cosa, aunque no sea propietario. Se vé cuán falsa es, en materia de obligaciones, la máxima de que aquél á quien pertenece la cosa, la pierde. Si esto se aplica al caso, la cosa debía perecer para el propietario á quien el deudor ha despojado, ó para el acreedor para con quien el deudor no ha cumplido su obligación; lo cual lastima, tanto la moral como el derecho, puesto que el deudor responsable aprovecharía su falta. Este, que no ha cumplido su obligación, debe soportar las consecuencias.

498. ¿Qué debe decidirse si el acreedor consume la cosa? El art. 1,238 dispone que el deudor no puede demandar la cosa contra el acreedor que la consumió de buena fé. Es preciso agregar también que el acreedor no podrá demandar la nulidad del pago si él consumió la cosa, y la razón es, dice Pothier, que el consumo que el acreedor ha

1 Valette, después Moulón, t. II, pág. 597. Colmet de Santerre, t. V, págs. 323-325. Demolombe, t. XXVII, pág. 85, núm. 95.

2 Durantón, t. XII, pág. 48, núm. 32. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 325, núm. 177 bis, XIV y todos los autores.

ce de la cosa equivale al traslado de la propiedad. ¿Por qué el pago es nulo cuando el acreedor no adquiere la propiedad de la cosa? Porque no puede disponer como dueño, puesto que la consumió, y la traslación de propiedad no le había dado más. (1)

## 2. Derecho del deudor.

499. ¿Puede el deudor demandar la nulidad del pago? Esta cuestión es dudosa, al menos en principio. Hagamos á un lado un argumento que se opone al deudor y que, á nuestro modo de ver, no tiene ningún fundamento. Obligado á trasladar la propiedad, dicen, debe garantizar al acreedor contra toda evicción, por consiguiente, ni él mismo puede despojarlo. Esta es la aplicación del antiguo adagio: "Quien debe garantizar no puede despojar. (2) El principio no es aplicable al caso, porque el que es responsable de la garantía no puede reivindicar la cosa contra aquel á quien debe garantizar de la evicción, porque no puede despojarlo. ¿Cómo podría el deudor reivindicar, no siendo propietario? La cuestión está en saber si tiene derecho de demandar la nulidad del pago que hizo. Se hace también otra objeción. El deudor que vuelve á tomar el objeto dado en pago, vuelve á ser deudor, causando al acreedor un perjuicio que no tiene derecho de causar, y debe repararlo. (3) Esto será muy cierto si estando en juicio, solos el deudor y el acreedor, son los únicos interesados en la anulación ó el sostenimiento del pago. Se olvida que el propietario tiene el derecho de reivindicar contra el deudor, y que si éste demanda la cosa contra el acreedor, no lo hace por perjudicarlo, sino por ponerse al abri-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 497.

2 Mourlón, t. II, pág. 598. Larombière, t. III, pág. 78, art. 1,238, núm. 5 (Ed. B., t. II, pág. 149).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 321, núm. 177 bis, VII.

go de la acción del propietario. A decir verdad, no causa ningún perjuicio al acreedor, porque su acción en demanda no es admitida sino á condición de pagar inmediatamente una cosa que le pertenece, ó de indemnizar completamente al acreedor.

Hay otra objeción mucho más grave y que sería decisiva si el texto de la ley no diera una respuesta. La nulidad del pago hecho por el que no es propietario de la cosa pagada, es de interés privado; por consiguiente, la acción en nulidad no debía pertenecer mas que al acreedor, porque únicamente en su interés declara la ley el pago nulo, y no en el del deudor que falta á su obligación. El argumento es perentorio en teoría. El artículo 1238 responde diciendo que el pago no puede demandarse contra el acreedor que consume la cosa de buena fe, lo que indica que el deudor puede demandar la cosa cuando el acreedor la consume de mala fe, y con más razón cuando el acreedor lejos de consumirla la posee. (1)

¿Por qué deroga la ley el principio que rige las nulidades? Es muy difícil responder. Se dice que en interés del deudor que puede ser expuesto á un perjuicio considerable por consecuencia de la acción en daños y perjuicios del verdadero propietario. Este motivo nos interesa poco: el deudor es responsable y debe sufrir las consecuencias, Creemos que la ley debe haber tenido presente el interés del propietario que es despojado de su cosa, más que el del deudor que lo despojó. Es raro que el propietario pueda reivindicar, porque se le rechazará, casi siempre, por la máxima que dice que se necesita título para la posesión de muebles. El propietario tendrá, es cierto, una acción en daños y perjuicios contra el deudor; mas esta acción será ilusoria si, como sucede con frecuencia, el deudor es-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 321, núm. 177 bis, VII.

tá insolvente, y esto será porque estándolo, habrá recurso á los expedientes que el derecho y la moral condenan pagando con efectos que no le pertenecen. No hay mas de un medio de poner en salvo los derechos del propietario, el de que el deudor demande la nulidad del pago y que el propietario obre contra él; y en este caso el propietario obrará en nombre del deudor según el art. 1,166.

500. La doctrina que dá al deudor una acción en demanda fundada en el texto del art. 1,238, presenta una nueva dificultad, porque este artículo supone que se trata de una cosa que se puede destruir, de una suma de dinero ó de otra cosa que se puede consumir por el uso. ¿Se debe concluir de esto, que el deudor no tiene derecho de obrar en nulidad, sino cuando se trata de una cosa que puede destruirse? Aunque se ha sacado esta consecuencia, la creemos falsa. Notemos que el art. 1,238 no dá al deudor la acción en nulidad del pago, supone que lo tiene, no admitiéndolo en el caso en que el acreedor haya consumido la cosa de buena fe. La excepción es limitada, mas, es razonar mal inferir que el principio sea también limitado. Hay una razón por la cual el pago es válido cuando el acreedor consume la cosa de buena fe; acabamos de decirlo citando á Pothier (núm. 498) ¿Existe la misma razón para no dar al deudor la acción en demanda, sino cuando se trata de cosas que pueden consumirse? No, ciertamente, porque el derecho de demanda no tiene nada de común con la naturaleza de la cosa pagada; se funda, según unos, en el interés del deudor, según nosotros, en el del propietario; poco importan, es siempre un motivo general, que se aplica en todos los casos en que el pago se hace por el que no es propietario de la cosa que paga; por consiguiente, en todos los casos, el deudor debe tener el derecho de obrar en nulidad.

Se invoca otra razón contra el deudor cuando se trata de

un pago que tiene por objeto un cuerpo cierto: el deudor, dicen, no puede quitarle al acreedor, porque este tiene derecho á la cosa que estipuló, y el deudor no puede demandarlo porque faltaría á su obligación. (1) Este argumento nos parece muy debil. El acreedor no tiene más derecho de estipular una cosa que no pertenece al deudor, que éste de prometerlo; así, pues, su contrato es nulo y no puede alegarlo. ¿Qué importa que el acreedor quiera tener esta cosa y no otra? El que compra una cosa es porque desea tenerla y conservarla: ¿esto impide al vendedor demandar la nulidad de la venta? Hay otra respuesta que hacer á la objeción, y es que prueba demasiado. Si la demanda no se admite cuando la cosa pagada es cierta y determinada, el deudor no podrá obrar jamás; en efecto, entonces precisamente es cuando la obligación tiene por objeto una cosa indeterminada, la cual se hace determinada por el pago, porque el deudor la ofrece y el acreedor la acepta, por consiguiente, el acreedor puede decir que esta cosa es la que quería y no otra, por lo que la demanda no será admitida. Hagamos á un lado la naturaleza de la cosa que es extraña al debate.

501. El art. 1,238 dice que el pago de una suma en dinero, ó de otra cosa que se acaba por el uso, no puede ser demandada contra el acreedor que la consume de buena fe, aunque el pago haya sido hecho por el que no es propietario. Pothier nos dá la razón (núm. 498) diciendo que el acreedor hace uso de la cosa como hubiera hecho si la propiedad le hubiera sido trasladada, porque el consumo equivale á la translación de la propiedad. La razón es decisiva para rechazar la acción del acreedor en nulidad, pero no cuando se trata de la acción en demanda del deudor; es cierto que este no puede estar interesado en de-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 91, núm. 100 y pág. 90, núm. 98.  
P. de D. TOMO XVII.—70.

mandar, puesto que debe dar inmediatamente las cosas de la misma calidad y en la misma cantidad; mas si el deudor está insolvente, el propietario tendrá interés. Lo que prueba que el consumo no es un motivo perentorio, es que el deudor puede demandar aunque las cosas pagadas hayan sido consumidas, cuando lo han sido de mala fe; más, como la demanda no es una reivindicación en teoría, poco importa que las cosas se consuman ó nó, ni la buena ó mala fe del acreedor: la demanda debía haber sido admitida por solo el hecho de ser nulo el pago.

502. ¿Cuándo podrá decirse que las cosas se han consumido? No deja de tener su dificultad la cuestión cuando es una suma de dinero la que se ha pagado, pues aunque en realidad el dinero no se consume, se admite esta palabra cuando se ha gastado ó cuando el acreedor ha dispuesto de él de alguna manera aunque sea en provecho de un tercero. ¿Qué deberá decidirse si el acreedor solamente ha mezclado con las suyas, las monedas que el deudor le pagó? La cuestión es controvertida: unos, estrechados con la autoridad del derecho romano, dicen que la reivindicación no puede tener lugar, y otros admiten la acción del deudor. Nosotros creemos que la doctrina romana es extraña al debate. No se trata de reivindicar sino de demandar por sucesión de una demanda en nulidad. ¿Qué importa que las monedas sean distintas y que no puedan reconocerse? Lo único que importa es saber si el acreedor las tiene aún, y es claro que las tiene, puesto que se supone que no ha dispuesto de ellas gastándolas, lo cual decide la cuestión. (1)

*3. Derecho del propietario.*

503. Es de derecho común que el propietario pueda rei-

1 Durantón, t. XII, pág. 48, núm. 33. Compárese Demolombe, tomo XXVII, pág. 79, núms. 107 y 108.

vindicar las cosas que le pertenecen y que han sido dadas en pago al acreedor. No hay ninguna dificultad cuando se trata de un inmueble, porque el propietario tiene la reivindicación, á no ser que el acreedor le oponga la prescripción. De ordinario son cosas muebles las que son objeto del pago y el propietario tiene también el derecho de reivindicarlas; mas casi siempre será ilusorio porque el acreedor invocará la máxima consagrada por el art. 2,279: "Tratándose de muebles, es necesario el título para la posesión." En efecto, esta máxima significa que el propietario no puede reivindicar cosas muebles corporales contra el poseedor de buena fe; de donde se sigue que el propietario solo puede reivindicar cuando el acreedor es de mala fe ó cuando ha recibido créditos en pago. Esta es la opinión general y en el mismo sentido está la jurisprudencia, (1)

Citaremos un caso que se ha presentado ante la Corte de Casación y que demuestra en qué circunstancias se hace el pago con dinero que no pertenece al deudor. Una sociedad terminó sus operaciones quedando encargado de la liquidación un mandatario. ¿Cuáles eran sus poderes? Como no era un gerente que tuviera el derecho de administrar, sus poderes se limitaban á los actos necesarios para hacer la liquidación de la sociedad. El liquidador pagó una deuda que tenía personal, con los fondos de la caja social, lo cual fué un verdadero abuso de confianza traspasando su mandato. Según el art. 1,238, este pago fué nulo, y la sociedad propietaria del dinero pudo reivindicarlo. Los herederos del acreedor quisieron sostener que este había consumido el dinero de buena fe; mas lejos de esto, había complicidad. Entonces ellos sostuvieron que en esta suposición, el pago constituía un delito del cual era cómplice el autor, y que por consiguiente, ellos quedaban cubier-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 152, pfo. 316. Metz, 14 de Agosto de 1837 (Dalloz, 1867, 2, 188).

tos por la prescripción. La Corte negó esta singular defensa alegando que no había complicidad legal y sobre el poder en casación, intervino una sentencia de denegada casación que reprodujo los motivos que acabamos de analizar. (1)

504. Generalmente se sigue la doctrina que acabamos de exponer. Un autor que goza de una gran reputación en Francia la combate. Debemos detenernos un instante en esta controversia, nada más para poner en guarda á nuestros jóvenes lectores contra las opiniones nuevas, cuando estas no tienen ningún fundamento en el texto y en el espíritu de la ley. Todo es falso en el sistema de M. Demolombe, el principio que le sirve de punto de partida y las consecuencias que deduce. (2)

Se pretende que el art. 1,238 permite al propietario obrar en demanda contra el acreedor, salvo cuando este ha consumido las cosas de buena fe. Primer error. No vacilamos en servirnos de esta palabra un poco dura, porque el texto mismo de la ley atestigua contra los que lo invocan, según el art. 1,238. ¿Es cuestión del propietario? Nó, y el mismo legislador no pudo soñarlo, porque el solo objeto de este artículo es determinar una de las condiciones requeridas para que el pago sea válido, la capacidad del deudor. Después la ley dice cuál será el efecto del pago si el deudor no tiene esta capacidad. Las cuestiones que el legislador debía de resolver son las de cuando puede el deudor demandar y cuando no lo puede. En este debate, el propietario está fuera de causa, siéndole extraño el pago. Así, pues, no puede nacer para él ninguna acción del pago hecho por un deudor sin derecho.

Decimos que el texto resiste á la interpretación que se

1 Denegada casación, 10 de Noviembre de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 447).

2 Demolombe, t. XXVII, págs. 105 y siguientes, núms. 115-118.

le quiere dar, porque habla de una acción en "demanda" y no habla de "reivindicar." La demanda es una acción personal que proviene de un lazo de obligación, mientras que la reivindicación es una acción real que nace del derecho de propiedad. El deudor demanda lo que pagó sin derecho en virtud de un convenio, y el propietario reivindica su cosa contra todo poseedor sin preocuparse de la causa de esta posesión. ¿A quién dá el art. 1,238 la acción en demanda? A aquel que hizo el pago: poco importa que la ley no nombre al deudor, porque el texto solo á él puede aplicarse. En efecto, el art. 1,238 no habla solamente de la demanda que se ejerce cuando el pago se hace por el que no es propietario de la cosa pagada, habla también del caso en que el propietario incapáz dá su propia cosa en pago; en este caso, no puede ser cuestión mas que del deudor que demanda; por consiguiente, así en el texto como en el espíritu de la ley, es preciso decir que el artículo 1,238 es extraño al tercero propietario.

Después de haber dicho que el propietario tiene una acción en demanda, en virtud del art. 1,238, M. Demolombe pretende que hay contradicción entre esta disposición y la del art. 2,279, porque ésta no dá al propietario el derecho de reivindicar la cosa mueble contra el acreedor poseedor de buena fe, mientras que el art. 1,238 le dá este derecho per todo el tiempo que el acreedor no la haya consumido de buena fe. La antinomia es puramente imaginaria. ¿Como podría haber contradicción entre el artículo 1,279 que se ocupa de los derechos del propietario y el art. 1,238, que no habla de él? Antes de admitir esta pretendida antinomia, falta ver si hay una razón que explique la derogación que el art. 1,238 tendría, en esta suposición, á una máxima fundamental de nuestro derecho consagrado por el art. 2,279 y reproducido, en el título de las "Obligaciones" por el art. 1,141. ¿Por qué el propietario

había de tener derechos mas extensos contra el tercer poseedor, cuando este posea como acreedor, que cuando posea como comprador? ¿Es que, en una y otra hipótesis, no posee á título de propietario? Y siendo la posesión la misma, ¿los derechos que proceden no deben ser idénticos?

Para conciliar disposiciones que se pretende ser contradictorias, se propone una distinción tan inadmisibile como todas las premisas. Si el pago tiene por objeto una cosa determinada, el art. 2,279 será aplicable; mientras que, cuando la obligación tiene por objeto una cosa indeterminada, se aplicará el art. 1,233. Ya hemos combatido esta distinción (núm. 500). Para tener derecho de distinguir cuando la ley es general, es preciso que los principios nos autoricen. ¿Cuál será el motivo jurídico por el cual el acreedor poseedor de buena fe de una cosa en virtud de un pago no podrá rechazar la acción en reivindicación, teniendo por objeto la obligación una cosa indeterminada? Lo buscaremos inútilmente. Mejor dicho: el espíritu de la ley lo mismo que el texto resisten enérgicamente á la distinción que se quiere introducir. El art. 2,279 está fundado en interés del comercio, y es, por acaso, que el comercio no está interesado á quedar al abrigo de una reivindicación cuando se trata de cantidades ó de cosas que se consumen por el uso que hace el poseedor?

## II. Del pago hecho por un incapaz.

505. El art. 1,238 exige dos condiciones para que el deudor pueda pagar válidamente: debe ser propietario de la cosa dada en pago y capaz de enajenar. Entonces es cuando el deudor será propietario, siendo incapaz de enajenar, el pago es nulo. En efecto, la ley dice que para pagar "válidamente" es preciso ser capaz de enajenar la cosa pagada. La nulidad resulta, por otra parte, de los principios

generales de derecho: los actos que un incapaz no tiene derecho de hacer son considerados nulos según su incapacidad.

506. La ley parece poner en la misma línea la condición de poder enajenar y la de ser propietario; sin embargo, hay una diferencia importante. Cuando el que paga no es propietario, puede invocarse la nulidad por el acreedor y por el deudor, mientras que, resultando la nulidad de la incapacidad, es esencialmente relativa, porque solo el incapaz puede alegarla. La ley pone este principio para las personas á quienes declara incapaces de obligarse: los menores, los sujetos á interdicción y las mujeres casadas pueden atacar sus obligaciones por causa de incapacidad; mas las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad del menor, del que está sujeto á interdicción ó de la mujer casada con quienes contratan (art. 1,225, 225). Es cierto que el que paga no se obliga á nada, sólo cumple una obligación. Mas si el art. 1,125 no es aplicable al pie de la letra, el espíritu de la ley no deja ninguna duda. El principio establecido por el art. 1,125 resulta de la naturaleza misma de la nulidad que la ley establece cuando una persona incapaz hace un acto que no tiene derecho de hacer; la nulidad es esencialmente relativa, establecida para proteger al incapaz, por consiguiente, él solo puede alegarla.

Falta saber cuáles son las personas incapaces de enajenar. Acabamos de recordar que el art. 1,124 declara incapaces de "contratar" á los menores, á los sujetos á interdicción y á las mujeres casadas. El que es incapaz de contratar, es, en general, incapaz de enajenar, puesto que las enajenaciones se hacen por vía de contrato. No obstante esto, no es cierto sino con una restricción, en lo que concierne á las mujeres casadas; es preciso consultar los contratos matrimoniales de los esposos, cuyos contratos

pueden, en cierto sentido, derogar la incapacidad de la mujer; así la mujer separada de bienes, puede disponer de su mueble enajenándolo, mientras que no puede enajenar sus inmuebles sin el consentimiento de su marido (artículos 1,449, 1,536, 1,576); así, pues, podrá hacer un pago mueble, mas es incapaz de pagar un inmueble, si el pago tiene por objeto trasladar la propiedad.

507. La diferencia que acabamos de señalar entre el deudor que no es propietario de la cosa dada en pago del que no es capaz de enajenar, tiene una consecuencia importante en lo que concierne á los riesgos. Cuando la cosa dada en pago por el que no es propietario, se pierde por caso fortuito, la pérdida es para el deudor. Por el contrario, si el deudor incapaz, paga una cosa cuya propiedad tiene y que se pierde por caso fortuito, la pérdida es para el acreedor, y la razón es que el pago es válido con respecto al acreedor, y no podrá ser anulado mas que por la demanda del deudor incapaz, y si la cosa se pierde, el incapaz se guardará bien de obrar en nulidad, puesto que en caso de anulación, la cosa se pierde para él, quedando obligado á pagar otra. Desde que el deudor no obra, el pago permanece válido, y, por consiguiente, la pérdida debe ser para el acreedor. (1) Notemos que en este caso la cosa se pierde para el que no es propietario; en efecto, la propiedad no puede ser trasladada al deudor incapaz de enajenar, y, por consiguiente, el deudor permanece propietario, no siendo éste, sin embargo, quien soporta los riesgos. Nueva prueba de que la máxima *Res perit Domino* (2) no es aplicable cuando la cosa que se pierde, es objeto de una obligación.

508. El deudor incapaz de embargar puede demandar la nulidad del pago y el tribunal deberá pronunciarla des-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 326, núm. 177 bis, XVI.

2 La cosa perece para su dueño. N. del T.

de que el incapaz pruebe su incapacidad. Se pregunta, ¿qué interés tiene de obrar en nulidad? ¿bajo qué pena habrá obtenido la nulidad del pago que deberá hacer otro? ¿no es más sencillo sostener el que ya se ha hecho? Se responde que puede haber interés en demandar la nulidad. Desde luego, si la deuda es á plazo y se ha pagado antes del vencimiento del término, puede repetirse la cosa pagada, y hay interés de hacerlo para gozar de la cosa hasta que deba entregarse al acreedor. Cuando la cosa es determinada solamente en cuanto á su especie, el deudor se libra pagando una cosa de un valor medio. Si el incapaz ha pagado por imprudencia una cosa de un precio grande, tiene interés en repetirla, salvo el derecho de pagar una cosa de un valor ordinario, como puede hacerlo. Por fin, si el incapaz deudor de una deuda alternativa, ha elegido la cosa de mayor valor, podrá repetirla y pagar la otra. (1) Se vé que los casos en que el deudor incapaz tiene interés en demandar la nulidad del pago, son muy raros, y que lo más frecuentemente, el pago no será atacado; de suerte que esta materia es de pura teoría.

509. Hay un caso en que el deudor, aunque incapaz, no puede obrar en nulidad. El pago de una cosa que se consume por el uso, no puede repetirse contra el acreedor que la ha consumido de buena fe; aunque el pago se haya hecho por un incapaz de enajenar. Todos los autores critican esta disposición. (2) El deudor tiene el derecho de demandar la nulidad del pago, en razón de su incapacidad; no se vé por qué no puede ejercer este derecho cuando el acreedor ha consumido la cosa; todo lo que resulta de este consumo, es que el pago ha aprovechado al acreedor; ¿pero

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 598 y siguientes.

2 Demolombe, t. XXVII, pág. 113, núm. 131 y los autores que cita.

qué importa? Esto no impide que el pago sea nulo en interés del incapaz. La ley lo ampara con su protección, permitiéndole obrar en nulidad, y después le quita su protección por la única razón de que el acreedor ha consumido la cosa. Ha errado asemejando al deudor incapaz con el deudor que no es propietario; aun respecto de éste, la disposición del art. 1,238 difícilmente se justifica (núm. 501); y llega á ser inexplicable cuando se trata del deudor incapaz de enajenar.

510. El art. 1,238 supone que se trata de un pago traslativo de propiedad. Cuando el pago se hace en cumplimiento de un contrato que ya ha transferido la propiedad, tal como la venta, el deudor, aunque incapaz de enajenar, puede válidamente hacer la entrega de la cosa. Así, la mujer enajena un inmueble que le pertenece, con autorización de su marido, después hace la entrega sin haber sido autorizada; ¿podrá demandar la nulidad de este pago? Nó, no está en el caso del art. 1,238; ni se trata ya de transferir la propiedad de la cosa dada en pago, pues la propiedad está ya adquirida por el comprador, y solo falta hacerle la entrega; este es un hecho puramente material; la mujer no se perjudica prestándolo, y mejora, por el contrario, su condición, porque el comprador podría exigir la entrega y hacer reclamos que la mujer previene entregando la cosa.

Esto supone que la obligación que cumple la mujer es válida. Si el contrato que la mujer cumple fuese nulo, conservaría el derecho de demandar la nulidad á pesar del cumplimiento que le ha dado. Esto no es ya una cuestión de validez del pago, se trata de saber si la obligación es válida, y suponemos que es nula; la mujer, pagando, no puede renunciar al derecho que tiene de demandar la nulidad. Esto sería una confirmación, y el incapaz no puede confirmar mientras dura su incapacidad. (Art. 1228) Lo

que decimos de la mujer casada se aplica á todos los incapaces. (1)

*Núm. 4. ¿A quién debe ó puede hacerse el pago?*

511. El artículo 1239 dice que "el pago debe hacerse al acreedor ó á cualquiera que tenga poder de él ó que sea autorizado judicialmente ó por la ley, para recibir por él."

*II. Del pago hecho al acreedor.*

512. El pago debe hacerse al acreedor, dice el artículo 1239. Esta es la consecuencia natural de la estipulación que el acreedor ha hecho contratando. El deudor está obligado para con el acreedor á dar ó á hacer alguna cosa, y por tanto, está obligado á pagar lo que debe á aquel con quien se ha obligado. El acreedor tiene el derecho de exigir la prestación que es objeto del contrato, y el deudor está obligado á cumplirla.

513. El acreedor trasmite su derecho a sus herederos, y él debe, por consiguiente pagar á los herederos. Como el crédito se divide entre estos, en razón de su parte hereditaria, cada heredero llega á serlo solo en cuanto á la parte por la que es heredero, de donde se sigue que el deudor no puede pagar válidamente á cada uno de los herederos más que la porción que le pertenece en el crédito. Esto sucede desde la apertura de la sucesión aun antes de la partición, porque esta es la ley que divide los créditos, independientemente de todo convenio. Los herederos, dice el art. 1220, no pueden demandar la deuda sino por las partes de que son dueños como representantes del acreedor; y según el art. 724, los herederos son *dueños* de pleno

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 151, notas 14 y 15, pfo. 316 y los autores que citan. Hay que agregar á Demolombe, t. XXVII, página 115, núm. 127.

derecho de los bienes, derechos y acciones del difunto, y lo son desde el instante de la muerte del autor de la herencia. Este es el principio acostumbrado en el embargo: "El vivo representa al muerto, como su heredero más próximo."

No hacemos más que transcribir principios elementales escritos en la ley. Así pues, no sin extrañeza hemos leído en un repertorio que mientras la sucesión está indivisa, el deudor debe llamar á todos los herederos para hacerles el pago. Se cita en apoyo de esta extraña proposición á Pothier y á todos los autores modernos. Y se encuentra que Pothier así como los autores modernos dicen en términos absolutos que las deudas se dividen entre los herederos según su parte hereditaria, sin hablar de la indivisión y de la partición, sino para notar que el acta de partición puede dar á uno de los herederos del acreedor el poder de percibir el crédito entero. Se cita también como aplicable el pretendido principio, según el cual, el pago durante la indivisión, no podrá hacerse sino á todos los herederos, y una sentencia que decidió que el reembolso de un crédito inmueble, y especialmente de una renta vitalicia, debe para ser válido, hacerse á todos los herederos en tanto que la herencia esté en indiviso. (1) Basta leer la sentencia de la Corte de París para convencerse que está establecida, no sobre la división de los créditos ordinarios, sino sobre una renta vitalicia reputada inmueble, y esto sin decir que los inmuebles no se dividen de pleno derecho. Pero va también sin decir que los créditos se dividen de pleno derecho y antes de toda partición; ¿cómo los autores y los tribunales podrían decir lo contrario de lo que está escrito en los arts. 724 y 1,220? La verdad es que la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decir lo contrario de lo

1 Dalloz, palabra *Obligaciones* núm. 1,680. París, 21 Prarial, año X (*Ib.*).

que se les hace decir. (1) Hacemos esta nota en interés de nuestros jóvenes lectores que generalmente se sirven del repertorio que nuestro deber nos manda criticar. Que ellos no reconozcan otra autoridad que la de la ley y los principios que se desprenden.

514. Se entiende por acreedor, dice Pothier, no solamente la persona misma con quien ha contratado el deudor, sino todos aquellos que han sucedido en su crédito, aun á título particular. Aquel á quien el acreedor ha cedido su crédito, sea por venta, sea por donación, llega á ser el acreedor; pero no es poseedor del crédito respecto de los terceros, sino por el aviso que dá al deudor, de la cesión, ó por la aceptación que éste hace de la translación (art. 1,690.) Cuando estas formalidades están cumplidas, el deudor debe pagar al cesionario. Por el contrario, el antiguo acreedor cesa de serlo y el deudor no puede ya pagarle. (2) Trataremos los detalles y las dificultades de este punto en el título de la "Venta," que es el sitio de la materia.

515. El pago no siempre puede hacerse al acreedor; para que el pago sea válido se necesita que el acreedor sea capaz de recibirlo, pues hecho al acreedor incapaz, el pago es nulo (art. 1,241). ¿Cuáles son los incapaces? La ley no se explica sobre este punto, solo se ocupa de los incapaces bajo el punto de vista de las obligaciones que contraen: los incapaces de contratar son los menores, los sujetos á la interdicción y las mujeres casadas. Recibir un pago no es contratar, es extinguir la obligación, y como el incapaz recibe lo que se le debe, se enriquece y podría creerse que debe tener el derecho de mejorar su posición. La respuesta es fácil; la incapacidad de aquél á quien se hace un pago, podría tener por consecuencia la pérdida

1 Véase el tomo X de estos *Principios*, pág. 277, núm. 213.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 502.

del crédito, y así, no basta recibir lo que no se debe, se necesita también darle un buen empleo, si no la disipación de lo que recibimos anularía el beneficio del crédito. Hé ahí por qué la ley se muestra más severa para el pago hecho á un incapaz que para los otros actos de administración. Así, el menor emancipado tiene la administración y el goce de su fortuna, y, sin embargo, no puede recibir un capital mueble ni librarse de una carga sin la asistencia de su curador; el art. 482 dá la razón; el curador tiene el encargo de cuidar el empleo del capital recibido. El tutor tiene poderes más extensos, pero también el menor tiene una garantía real en la hipoteca legal que la ley le concede; cuando esta garantía es insuficiente, la ley limita el derecho que el tutor tiene de recibir los capitales debidos en su provecho (Ley Hip., arts. 56 y 57). Volveremos á ver los detalles y las dificultades en los títulos en que se trata de los incapaces. (1)

*II. Del pago hecho al que tiene poder del acreedor para recibirlo.*

516. El pago hecho á los que tienen poder del acreedor para recibir por él, se reputa hecho al acreedor mismo, y, por consiguiente, es tan válido como si hubiese sido hecho al acreedor. Esto es lo que dice Pothier, según una ley romana. (2) El Código Civil dice más: no solamente puede hacerse el pago al mandatario, sino que "debe" hacerse al que tiene poder del acreedor judicial ó de la ley (artículo 1,239). El mandato puede, pues, ser legal, judicial ó convencional.

517. ¿Quiénes son los autorizados por la ley para recibir por el acreedor? Cuando éste es incapaz, la ley vela

1 Durantón resume la materia (t. XII, pág. 53, núms. 36-43). Colmet de Santerre. t. V, pág. 330, núm. 180 bis, I.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 506.

porque sus derechos sean ejercidos por un representante. Así, el tutor representa al menor y al sujeto á interdicción en todos los actos civiles (art. 450). Los que tienen la posesión representan al ausente (art. 134). En cuanto á la mujer casada, sus derechos, así como los del marido sobre los bienes de la mujer dependen de los pactos ó capitulaciones matrimoniales y del régimen bajo el cual se han casado los esposos. Trataremos esta materia en el título "Del Contrato de Matrimonio y en los títulos que dedica el Código á los incapaces. (1)

Hay incapaces de los que la ley no se ocupa. En los términos del art. 389, el padre es, durante el matrimonio, administrador de los bienes personales de sus hijos menores. ¿Cuáles son los poderes del administrador legal? En lo que se refiere al derecho de recibir lo que se debe al hijo menor, no hay duda alguna; el padre tiene este derecho sin disputa alguna. Este es un derecho que pertenece al tutor, y, por tanto, también al padre administrador; en cuanto á las garantías que el pupilo tiene contra su tutor, la ley no ha creído deber concederlas al menor contra su padre. (2)

518. El poder puede ser concedido judicialmente. Hay mandatarios generales que el tribunal nombra en virtud de la ley; tal es el administrador que tiene el derecho de dar al ausente durante el primer periodo de la ausencia; (art. 112) y el administrador provisional que el art. 497 permite nombrar, cuando se pide la interdicción de una persona. Podría colocarse entre estos mandatarios á los que se dá la posesión, puesto que son y se les dá por un fallo. Pero es mas jurídico considerar su mandato como legal, puesto que es la ley la que designa á los herederos presuntos á quienes debe confiarse la administración de

1 Véase el resumen en Durantón, t. XII, pág. 86, núms. 54-59.

2 Tolosa, 25 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 438). Véase el tomo IV de estos *Principios*, pág. 469, núm. 303.

los bienes después de la declaración de ausencia; los tribunales no podrían nombrar otros administradores.

¿Qué deberá decidirse si el tribunal confiase la administración á otro á que al heredero presunto? ¿Los deudores podrían pagar entre sus manos? Se ha juzgado que el deudor no debe pagar cuando conoce el vicio del fallo. Se objetó que el deudor estuvo obligado á pagar al que fué autorizado judicialmente para recibir por el ausente. La Corte respondió que es la ley la que designa los herederos á los cuales debe concederse la posesión; el tercero no debe, pues, pagar sino al heredero presunto designado para la posesión; cuando es un extraño el designado no puede decirse que esté autorizado por la ley para recibir por el ausente. (1) Otra es la cuestión de saber si el deudor "puede" pagar al que está en posesión, aunque no sea heredero presunto. Nos parece que este sería el caso de aplicar el artículo 1,240, en cuyos términos, el pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito, es válido. El designado para la posesión de los bienes de un ausente, está en posesión del crédito, en el sentido de que un fallo lo autoriza á recibir lo que se debe al ausente.

519. El poder concedido judicialmente, es de ordinario, especial. Un acreedor practica un embargo, y obtiene por esto un fallo que ordena al tercero embargado á pagarle. Los acreedores embargantes no son propietarios del crédito, y, por tanto, no lo reciben como acreedores; el verdadero acreedor es el embargado, pues es en su nombre como ejercen sus derechos los acreedores embargantes que obran; y en este sentido están autorizados por la ley y judicialmente para percibir lo que se debe á su deudor. Son, pues, mandatarios, puesto que reciben en nombre del embargado, y el pago aprovecha á éste, puesto que queda li-

1 Gand, 6 de Julio de 1833 y la requisitoria del procurador general Gausser (*Pasjerisia*, 1833, pág. 195).

berado hasta la concurrencia de la suma pagada á los embargantes. Se dice que son mandatarios *in rem suam*; (1) esto es cierto, porque está en su interés que obren, pero son también mandatarios del embargado, puesto que este se libra por el efecto del embargo.

520. El acreedor puede también dar poder de recibir por él: éste es el mandato convencional. ¿Bajo qué condición debe pagar el deudor al mandatario? Este, naturalmente, debe justificar su mandato. El mandato es un contrato no solemne, se perfecciona por el solo concurso del consentimiento de las partes contratantes, y el acta solo sirve de prueba. Pero esta es precisamente la prueba de que se trata. Si el mandatario confiere una procuración bajo firma privada, ¿estará obligado el deudor á reconocer este poder? Nó, porque el acta bajo firma privada, no hace fe alguna por sí misma, se necesita, pues, que el mandante reconozca su firma respecto del tercero deudor, ó que dé un poder por acta auténtica. Se ha juzgado en este sentido, que todo deudor que paga su deuda, tiene el derecho de exigir una prueba válida de su liberación; si paga á un mandatario, puede pedir que el carácter del mandatario sea justificado, por una minuta del mandato á la que siempre podrá recurrirse en caso necesario, ó por una acta del mandato que, en este caso, debe remitirse al deudor para que la prueba del mandato esté siempre en sus manos. (2)

521. Hay un caso en que la prueba del mandato resulta del contrato mismo en que es parte el deudor. Alguna vez, dice Pothier, en el contrato por el cual se obliga una persona á pagar á otra alguna cosa, hay un tercero designado en cuyas manos se conviene que el pago podrá ha-

1 Larombière, t. III, pág. 96, núm. 18 del art. 1,239 (Ed. B., tomo II, pág. 146).

2 Orleáns, 10 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1861, 5, 301).

cerse como en las del acreedor. Este tercero, por el contrato mismo, tiene personalidad para recibir por el acreedor; por consiguiente, el pago que se le hace es tan válido como si se hiciese al acreedor. Estos terceros designados á quienes el deudor podrá pagar, son llamados por los jurisconsultos romanos *adjecti solutionis gratia*; y este nombre se les ha conservado en el lenguaje de la escuela.

¿Cuáles es el objeto de esta cláusula? Pothier responde que los terceros adjuntos son frecuentemente acreedores del acreedor que los designa. Yo os vendo una finca en 50,000 francos y se dice en el contrato que os pagareis esta suma en mi nombre, de un tercero que es mi acreedor por una suma igual. Alguna vez también el tercero adjunto es un simple mandatario y aun puede ser un donatario, y, en este caso, se aplica el art. 1,121, al cual nos remitimos.

Los terceros adjuntos, propiamente dichos, son simples mandatarios. Este mandato difiere del mandato ordinario dado por el acreedor solo. El mandante, dice el art. 2,004, puede revocar su poder cuando le parezca. ¿Sucede lo mismo con el mandato dado por el contrato á un tercero adjunto? Nó, en principio; el acreedor no puede revocarlo por su sola voluntad, porque no es así como se ha constituido; el poder es una cláusula del contrato y se ha dado por el concurso de consentimientos, y, por tanto, se necesita también el consentimiento de las dos partes para revocarlo. Pothier lo enseña así y concluye que el deudor podrá pagar al tercero designado, aun contra la voluntad del acreedor.

Los autores modernos parten de otro principio: dicen que el poder no puede revocarse sin el consentimiento de la parte en cuyo interés se ha dado; de suerte que si la designación se hubiese hecho en interés del acreedor, podría revocarla por su sola voluntad, en tanto que se necesitaría el concurso del deudor si la designación se hubiese he-

cho en su interés. Nos parece que el principio de Pothier es más jurídico. Debe aplicarse á las cláusulas de los contratos lo que el art. 1,134 dice de los contratos en general: no pueden revocarse sino por el consentimiento mutuo de las partes contratantes, quedando á salvo á las partes derogar la ley; y, por tanto, lo que se expone como regla es, en realidad, una excepción que la parte interesada debe estipular. (1)

522. En cuanto al mandato ordinario, se aplican los principios generales que rigen este contrato. El acreedor que dé poder para recibir, debe ser capaz de recibir. Si es un menor ó un sujeto á interdicción, no puede ejercer por el intermediario de un mandatario un derecho que no tiene, pues siendo incapaz de recibir, no puede dar poder para recibir por él. Debe, pues, decirse con Pothier, que el pago hecho á aquel á quien el menor ha dado poder para recibir, no es más válido que si hubiese sido hecho al menor. Por el contrario, el que tiene el derecho de recibir por el acreedor, en virtud de la ley, puede dar mandato para recibir en nombre del acreedor. Si éste es un menor ó una mujer casada, el pago hecho á quien tenga poder del tutor ó del marido, es válido.

No es necesario que el mandatario sea capaz; aunque éste fuese un menor, el pago es válido. La razón es, dice Pothier, que haciéndose el pago al que ha dado el poder, es la persona del mandante y no la del mandatario la que debe considerarse, y debe suponerse que el mandante eligió á un incapaz. El art. 1,990 consagra esta doctrina; dice que las mujeres y los menores emancipados, pueden ser designados para mandatarios; diremos en el título "Del Mandato," que lo mismo sucede con los menores no

1 Pothier, núm. 525. Aubry y Rau, t. IV, pág. 154 y nota 16, párrafo 317. Compárese Durantón, t. XII, pág. 77, núm. 53, que trata bastante extensamente de los *adjecti*.

emancipados, porque hay el mismo motivo para decidir. (1)

523. En los términos del art. 1,987, el mandato puede ser especial para un negocio ó ciertos negocios solamente, ó general para todos los negocios del mandante. El artículo 1,988 agrega que el mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. ¿Un mandato semejante, dado por el acreedor, bastará para que el mandatario pueda recibir lo que se debe al acreedor? La afirmativa no es dudosa; porque recibir el pago de un crédito, es un acto de administración, y con frecuencia, hasta un acto de conservación. (2)

524. Para que el mandatario pueda recibir, es necesario que su mandato dure aun al tiempo del pago.

Si el acreedor dá poder para recibir por él durante cierto tiempo, el pago hecho al mandatario después de la expiración del tiempo, no es válido porque ya no hay mandato. El deudor no puede ignorar la terminación de los poderes, puesto que debe hacerse representar el mandante en el momento del pago, y, por tanto, él es quien será responsable de la nulidad del pago.

Si el acreedor revoca el mandato, el pago que haga el deudor, será igualmente nulo. Pero el deudor puede pagar válidamente mientras la revocación no le haya sido notificada; esta es la disposición del art. 2,005, sobre la cual volveremos á tratar en el título "Del Mandato." (3)

525. Otra cosa sería, dice Pothier, si el deudor hubiese pagado sobre un poder falso. El acreedor no puede impedir la falsedad, ni subsanar la existencia; el deudor, por el contrario, pide informarse de la verdad del poder, y, por tanto, si paga no quedará libre. Es posible, sin embargo,

1 Pothier, núms. 507, 508, 509. Durantón, t. XII, pág. 65.

2 Durantón, t. XII, pág. 66, núm. 47.

3 Pothier, núm. 510. Colmet de Santerre, t. V, pág. 327, número 178 bis, III.

que le haya sido imposible descubrir el fraude. ¿Será, no obstante, responsable del pago que hace, ó la pérdida caerá sobre el acreedor? Se decide que es contra el deudor contra quien se ha cometido el fraude, y, por tanto, es él quien lo sufre, y no puede con ningún título hacerlo recaer sobre el acreedor. ¿No es esto demasiado absoluto? El deudor podría ser obligado á pagar al portador de una falsa procuración; él no hace, pues, un acto voluntario; ¿puede ser responsable de lo que debe hacer, cuando no hay imprudencia alguna que reprocharle? Se ha juzgado en el sentido de que el erario no es responsable de los pagos que hace sobre piezas falsificadas. (1)

526. ¿Cuáles son los poderes del mandatario? La cuestión es de hecho, pues la solución depende de los términos del mandato. Se ha preguntado si el mandatario puede recibir antes del vencimiento. La Corte de Grenoble ha decidido la cuestión afirmativamente, y la solución no es dudosa desde que el mandato está concebido en términos generales. El deudor tiene el derecho de pagar antes del vencimiento, y, por tanto, el acreedor y consiguientemente su mandatario, está obligado á recibir. Esto decide la cuestión. En el caso, el pago anticipado fué muy perjudicial al acreedor; el mandatario cayó en quiebra antes del vencimiento, y de ahí el interés del debate, pero el deudor que tiene el derecho de pagar no responde de estas eventualidades. (2)

El mandato es de estricta interpretación. Es por aplicación de este principio por lo que el art. 1,988 dispone que

1 Pothier, núm. 510. Colmet de Santerre, t. V, pág. 327, número 178 bis, II. Compárese Aubry y Rau, que no declaran al deudor responsable sino en general (t. IV, pág. 154, nota 9, pfo. 317). París, 27 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, número 645).

2 Grenoble, 8 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 383, 8°).

el mandato concedido en términos generales solo comprende los actos de administración. Por la misma razón el mandato de administración debe limitarse al poder que dá al mandatario. Un notario es encargado de colocar los capitales de un cliente y de percibir los intereses. El deudor tuvo la imprudencia de reembolsar el capital en manos del notario. Se juzgó que un poder limitado á los intereses no pudo extenderse al capital. El deudor pretendió que el mandato para percibir los intereses suponía el mandato tácito para recibir el capital. Esto no fué admisible, pues hubo manifestación expresa de la voluntad del acreedor, y desde entonces no pudo tratarse de una voluntad tácita. (1) Insistimos sobre estos detalles porque la jurisprudencia prueba cuán imprudentes son los deudores; parecen creer que les basta pagar para estar libres. ¡Cuántas veces esta confianza absurda les ha obligado á pagar dos veces!

527. En el mismo caso, se sostuvo que el notario encargado de colocar los capitales, pudo ser considerado como gestor de negocios cuando recibió el reembolso. La Corte rechazó esta defensa; los hechos probaban hasta la evidencia que no pudo tratarse de un cuasicontrato que supone que el dueño ignora que un tercero gira sus intereses; y en el caso juzgado por la Corte de Colmar, la correspondencia entre el acreedor y el notario, atestiguó que el acreedor creyó arreglar él mismo sus negocios. Aun haciendo á un lado estas circunstancias, la gestión de negocios no se concibe en lo que se refiere al pago de lo que se debe al dueño. Es una misión de confianza la de recibir el pago de lo que se debe al acreedor, y por tanto, á él sólo toca elegir el hombre en quien deposita su confianza. Aun cuando el tercero que se presentase para recibir lo que se debe á un amigo ausente estuviese notoriamente investido de su

1 Colmar, 18 de Abril de 1856 (Daloz, 1857, 2, 72).

confianza, esto no bastaría para autorizar al deudor á pagar en sus manos. La ley es formal, se necesita un "poder" del acreedor, y gestión de negocios, supone la falta de poder. (1)

528. No debe confundirse la gestión de negocios con el mandato tácito. La gestión supone que en el momento en que el gestor demanda el pago de lo que se debe al acreedor, este ignora lo que sucede; hay, pues, falta de consentimiento, lo cual es de la esencia de los cuasicontratos. El mandato tácito, por el contrario, es un contrato; solamente que el consentimiento en lugar de ser expreso, es tácito, y se deduce de hechos consentidos por el acreedor. (2) No puede admitirse el mandato tácito sino cuando es cierto que tal es la voluntad del acreedor: los deudores no deben olvidar que no tienen el derecho de pagar, sino al acreedor ó á quien tenga poder del acreedor; en la duda deben abstenerse y exigir un mandato ó pagar al acreedor que es siempre lo más seguro. Volveremos sobre el mandato tácito al tratar de la gestión de negocios (art. 1,372). Por el momento no tenemos mas que una cosa que ver: ¿en qué casos hay un mandato tácito para recibir el pago?

529. Pothier enseña que el secretario tiene un mandato tácito para recibir el pago cuando es portador del título ejecutivo, y va de parte del acreedor para exigir el cumplimiento. (3) En estas circunstancias la cuestión no es dudosa. El secretario tiene mandato de ejecutar y de embargar los bienes del deudor; este mandato es condicional, supone que el deudor no paga, y, por tanto, el ejecutor no debe proceder al embargo sino cuando el deudor no satisficé inmediatamente su obligación; así, pues, el deudor de-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 126, núm. 137.

2 Aubry y Rau. t. IV, pág. 153, nota 5, pfo. 317.

3 Pothier, núm. 513. Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. IV, pág. 153, nota 6, pfo. 317). Gand, 24 de Noviembre de 1837 (Pasicrisia, 1837, 2, 248).

be tener el derecho de pagar en sus manos, que es el único medio de substraerse á los rigores de la ley. Esto, sin decir que para librarse el deudor debe hacer al ejecutor un pago que reúna las condiciones determinadas por la ley. La Corte de Casación ha juzgado que el deudor no queda libre cuando el ejecutor ha aceptado, en lugar de especies metálicas, un efecto de comercio. (1)

¿Sería válido el pago si se hiciese al ejecutor en el momento en que hace el requerimiento que debe preceder al embargo? Se admite la afirmativa y con razón, porque es lo que debe hacerse ante el requerimiento. El acreedor entiende que el deudor debe pagar en seguida si quiere evitar la ejecución, y, por tanto, el deudor debe tener el derecho de pagar al ministro ejecutor. Por la misma razón, el pago hecho al ejecutor en el intervalo que separa el requerimiento del embargo sería válido, porque el ejecutor está todavía encargado del título en el momento en que se hace el pago. Se admite que aun después del embargo, el deudor puede todavía pagar válidamente. La cuestión es dudosa. (2) Se ha juzgado que un pago hecho cuatro meses después del requerimiento y cuando el ejecutor no estuvo ya en posesión de las piezas, no fué válido; la Corte ha considerado el mandato tácito como proveniente de las piezas de que es portador el secretario. Hacemos constar los hechos porque estas son cuestiones de hecho y las decisiones, cualesquiera que sean, ofrecen siempre al deudor un consejo de prudencia. (3)

Con mayor razón no habría mandato para recibir si el acta que está en poder del secretario fuese extraña al pago. Se pone al secretario un pagaré bajo firma privada, pa-

1 Denegada casación, 3 de Agosto de 1840 (Daloz, palabra *Denegación*, núm. 53).

2 Durantón, t. XII, p. 68, núm. 50.

3 Bruselas, 26 de Febrero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 339).

ra designar al deudor; el acreedor no tiene otra intención que obtener un fallo; no puede, pues, pensar en hacer pagar al deudor. (1) Se ha juzgado en el sentido de que el deudor no puede pagar cuando el secretario le notifica el alzamiento del embargo y le exhorta simplemente á declarar lo que le impide pagar. (2)

530. ¿El patrono tiene mandato tácito para recibir? No, dice Pothier, solo tiene poder para intentar la acción y perseguirla para el efecto de obtener un fallo. Aun cuando el fallo fuese rendido, el patrono estaría siempre sin derecho; su misión es especial, es judicial y nada tiene de común con el pago. (3)

Sin embargo, se ha juzgado lo contrario. El tribunal se dejó engañar por un argumento sin valor alguno. En los términos del art. 1,283, la remisión voluntaria de la prueba del título, hace presumir la remisión de la deuda ó del pago. El primer juez concluyó que el patrono poseedor de la prueba, tuvo poder de librar al deudor remitiéndole el título, y, por consiguiente, tuvo el derecho de recibir el pago. Esto fué olvidar la condición esencial bajo la cual la remisión del título libra al deudor: se necesita que la remisión sea hecha por el acreedor (art. 1,282), ó por quien tenga poder especial de él. Ciertamente, el mandato de perseguir al deudor, no supone el poder de librarle haciéndole la remisión de la prueba. El fallo fué casado. (4)

531. ¿El notario tiene mandato tácito para recibir el pago en nombre de su cliente? En derecho, la cuestión no

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 153, nota 6, pfo. 317. En sentido contrario, Larombière, t. III, pág. 93, núm. 13 del art. 1239 (Ed. B., tomo II, pág. 155).

2 Bourges, 29 de Marzo de 1814 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 2,076).

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 513 y todos los autores.

4 Casación, 23 de Julio de 1828 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,709).

es dudosa, si ha dado lugar á numerosos juicios es por efecto de la imprudencia de los deudores. Se imaginan que el notario que vende tiene también el derecho de percibir el precio; en realidad, el notario no hace mas que prestar su ministerio para la venta, y el vendedor es el único que tiene carácter para recibir el precio, ó el mandatario á quien ha dado poder para recibir por él, (art. 1,239.) En cuanto al hecho, estos debates llegaron á ser cada día más frecuentes; cuando los notarios se convierten en banqueros, especuladores y agiotistas, abundan las quiebras; y el deudor que ha pagado irregularmente en las manos de un notario, obligado á pagar segunda vez á su vendedor, se ve reducido á presentarse en la quiebra como acreedor de aquel que ha sorprendido su confianza.

Es cierto que el notario, como tal, ningún mandato tácito tiene para recibir en nombre de su cliente. Un tribunal declaró válido el pago hecho por el comprador en manos del notario que hizo la venta, apoyándose en consideraciones de hecho que absolutamente suponían el poder de recibir; estos tendían á considerar el pago irregular siendo ratificado por los interesados. Pero la ratificación no fué probada ni pudo serlo por simples presunciones del hombre, no siendo aceptable la prueba testimonial. (1)

De ordinario, la escritura de venta dice que el pago se hará en el despacho del notario que ha procedido á la adjudicación. ¿Esta cláusula dá al notario el poder de recibir el precio? Los autores se dividen; la indicación del despacho solo se hace para designar el lugar en que debe hacerse el pago; otra es la cuestión de saber quién tiene el derecho de recibir el precio.

Esta cláusula, que es casi de estilo, es absolutamente extraña á la cuestión de saber quien tiene facultad para dis-

1 Casación, 17 de Agosto de 1831 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,713, II).

poner del precio; el art. 1,239 establece que es el acreedor ó el que tiene poder de recibir por él; indicando el lugar en que el pago debe hacerse, el vendedor no dá ningún poder concerniente á la persona á la cual el pago debe hacerse. Tiene de esto una prueba legal, porque el art. 1,239 dice á quien debe hacerse el pago para ser válido y el artículo 1,247 indica el lugar en que debe hacerse; estas dos disposiciones deben tener su cumplimiento y lo prueba el art. 1,258 diciendo que las ofertas de pago se hagan acumulativamente al acreedor ó al que tiene poder de recibir por él y en el lugar convenido para el pago. Esto es decisivo bajo el punto de vista legal (1) porque la intención de las partes está de acuerdo con la ley. ¿Que quieren indicando un lugar para el pago? ¿Creen conferir un mandato tácito de recibir? Con frecuencia las escrituras mismas prueban del todo que el pago debe hacerse al acreedor ó á su mandatario. (2) Todo lo que las partes quieren indicando el oficio del escribano como lugar del pago, es procurar, por razón de la diferencia de lugares, mayor facilidad al acreedor de recibir, y al deudor de entregar. (3)

Lo mismo será si el acreedor elige un domicilio. La Corte de Bruselas dice muy bien que el domicilio elegido como tal, es ficticio, y las simulaciones son por su esencia de estricta interpretación, y no producen mas que los efectos que la ley les atribuye. El art. 111 nos dice qué efectos produce la elección de domicilio. Los apercibimientos demandas y perseguimientos relativos á la escritura que contiene la elección, pueden hacerse en el domicilio convenido y ante el juez de este domicilio. La elección de domicilio no concierne, pues, mas que al perseguimiento de

1 Casación, 23 de Noviembre de 1830 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,893, I).

2 Bruselas, 28 de Julio de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 34).

3 Demolombe, t. XXVII, pág. 138, núm. 153. Larombière, t. III, pág. 91, núm. 10 del art. 1,239 (Ed. B., t. II, pág. 154).

los derechos judiciales. (1) Sin duda las partes al elegir domicilio, pueden dar al notario ó al defensor poder para recibir el pago; mas el derecho de recibir resulta, en este caso, no de la cláusula que elige domicilio en el oficio del notario ó del defensor, sino de la voluntad manifestada por las partes de que el pago se haga en manos del mandatario.

532. Se ha querido justificar el mandato tácito dado al escribano por el uso general que hay entre las partes de pagar por medio del notario que hizo la venta ó el préstamo. Una Corte había admitido este motivo y su decisión fué casada. La Corte de Casación dijo que el pretendido uso invocado por la sentencia no tiene ninguna base legal. (2) ¿Quiere decir esto que el uso ha derogado la ley? Se responderá que la falta de uso no deroga la ley, y que lo que es en teoría no existirá de hecho. ¿Se quiere decir únicamente que los contratos obligan á las consecuencias que el uso dá á la obligación, (art. 1,134) ó que, lo que es ambiguo se interpreta por lo que es de uso en el país en que el contrato se hace? (art. 1,159). Ninguna de estas disposiciones es aplicable al caso: solo se trata de saber si hay mandato tácito, es decir, contrato por concurso de voluntades tácitas. El uso no puede tener por efecto que se considere que consiento cuando no he consentido, porque esto sería un contrato presunto, y los contratos no pueden presumirse, ni existir sin consentimiento. La Corte de Poitiers dijo muy bien que ni en derecho, ni en razón, puede admitirse que los notarios tengan mandato de recibir sin que este les haya sido dado por la voluntad de las partes contratantes. (3)

533. La cuestión del mandato tácito se reduce á una di-

1 Bruselas, 18 de Diciembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 262).  
Lyon, 16 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 18).

2 Casación, 21 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,713, III).

3 Poitiers, 5 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 154).

ficultad de hecho: El acreedor ¿tiene entendido que dá poder al notario de recibir por él? Que este mandato puede existir no cabe duda. Citaremos un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Una escritura de préstamo, hecha ante notario, tenía la cláusula siguiente: "El pago de intereses anuales, así como el reembolso del capital prestado, debe hacerse en manos del prestador, de sus herederos ó de sus representantes que tienen poder." De hecho, el notario constantemente había obrado con respecto de los prestatarios como si tuviera poder ó mandato del prestamista que era una señorita. Siempre era á él á quien los prestatarios se dirigían para obtener la suma que necesitaban, y no á la señorita; él, quien les daba la suma y contaba los efectos. Después del otorgamiento de la escritura, no era la señorita la que aparecía sino el pasante del notario que había estipulado por ella en su nombre; al notario, y jamás á la señorita, los prestatarios habían pagado los intereses, siendo el notario quien les había hecho la entrega y estos pagos habían sido reconocidos por la prestamista, puesto que los había otorgado en cuenta. La Corte concluyó que habiendo sido reconocido el notario por el acreedor como su mandatario, era preciso aplicarle la cláusula de la escritura que decía que el reembolso del capital debía hacerse en manos del acreedor ó de su apoderado. (1)

En el caso, no había cláusula que dijera que el pago se haría en el oficio del notario. Es cierto que esta cláusula no importa en derecho; para el notario, la autorización de recibir podía ser invocada en apoyo de los hechos y circunstancias de la causa, á fin de establecer que el notario tenía poder del acreedor para recibir. (2) Otras sentencias dicen que esta cláusula proporciona un principio de prue-

1 Gand, 13 de Abril de 1854 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 94).

2 Denegada casación, Sala Civil, 12 de Marzo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 129, V).

ba por escrito que permite admitir presunciones para probar la existencia de un mandato tácito. (1) Reservamos la cuestión de la prueba para el capítulo que es base de la materia: se trata de saber si se pueden aplicar á los contratos que parecen excluir la posibilidad de una prueba literal, los principios que rigen la prueba testimonial, cuyos principios suponen que después del contrato hubiera sido posible á las partes procurarse una prueba de sus convenios por escrito; ¿esto es posible cuando el consentimiento resulta de hecho y no de la voluntad declarada? En definitiva, el juez debe decidirse según los hechos que han precedido, acompañado ó seguido á la escritura; según estas circunstancias deberá admitir el mandato tácito (2) ó lo negará. (3)

534. ¿Cuál será el efecto del pago hecho al notario? Supongamos que éste quiebra, ¿pierde el dinero el vendedor ó el comprador? Es preciso distinguir. Si el notario tiene poder de recibir, sea por un mandato expreso, sea por un mandato tácito, el deudor se libra válidamente haciendo el pago en sus manos. Este es el caso de aplicar el artículo 1,239. Se pretendió que el notario era el mandatario del comprador, lo cual no es admisible, porque el artículo 1,239 dice que el pago debe hacerse al que tiene poder del acreedor, y siendo el acreedor el que recibe, es quien tiene que dar mandato de recibir en su nombre. Aun cuando el mandato resulta de la escritura de venta á la cual el comprador concurre, no se puede decir que el notario sea su mandatario, porque el mandato se dá por la parte interesada, y, por consiguiente, por el que recibe el precio y no por el que lo paga. (4) Si el notario no tiene ningún

1 Metz, 23 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 220).

2 Douay, 29 de Noviembre de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 41).

3 Douay, 29 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 161). Lieja, 10 de Agosto de 1864 (Rasicrisia, 1866, 2, 35).

4 Denegada casación, 26 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 305).

mandato y el deudor pone el dinero en sus manos, hace un pago irregular, del cual es responsable; si el notario no remite el dinero al acreedor, éste podrá exigir su pago, y el comprador deberá pagar por segunda vez; salvo que ejerza un recurso contra el notario, recurso risible cuando el notario está en quiebra.

535. Alguna vez los deudores pagan al pasante del notario: ¿será considerado el pago como hecho al notario? es cuestión de hecho, porque el pasante es generalmente el mandatario de su patrón en cuyo nombre recibe los fondos que se le remiten. Si, pues, el notario tiene mandato de recibir, el pago hecho á su pasante podrá validarse, lo cual será siempre una imprudencia porque rara vez hay mandato expreso, y el mandato tácito está sujeto á oposición. (1)

Si las partes dan mandato á los pasantes del notario, ¿quién es, en este caso el verdadero mandatario, el pasante ó su patrón? Se ha juzgado que el notario, porque es él quien inspira confianza á las partes, y si la escritura menciona á los pasantes, es para facilitar las operaciones de que está encargado el notario, haciendo intervenir á los pasantes en las escrituras que interesan los mandatos. La sentencia decidió que siendo en realidad el notario el único hombre de negocios de los herederos y con facultad de obrar para el cargo y empleo del dinero, en calidad de mandatario, sustituía á los mandatarios con título. (2)

536. Hay aun otro mandato tácito, igualmente peligroso para los que pagan. El poder que nos damos de contratar por nosotros mismos, como de vender ó de alquilar alguna cosa, ¿encierra el de recibir el precio de la venta ó del alquiler? Cuestión célebre, dice Pothier; y está por la nega-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 154, nota 8, pfo. 317. Denegada casación, 19 de Enero de 1807 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 1,712).

2 Gand, 2 de Marzo de 1855 (Rasicrisia, 1855, 2, 176).

tiva. Esta es la aplicación del principio que los mandatos son de estricta interpretación. Por ejemplo, doy mandato de vender, claro es que hecha la venta el mandato está cumplido. Viene después el cumplimiento de la venta; este es un nuevo hecho jurídico para el cual será preciso un nuevo contrato. Pothier admite, sin embargo, que las circunstancias pueden hacer admitir un mandato tácito en favor del encargado de vender. (1) De esto vienen nuevas dificultades, como para el mandato tácito que se reivindica en favor de los notarios. No debe buscarse la solución en el mandato de vender, sino en los hechos y circunstancias de la causa. Los autores han errado, nos parece, al decidir en términos generales que hay ó que no hay mandato; las distinciones que hacen son hechos que el juez podrá tener en consideración para admitir que haya mandato tácito. Dejemos á un lado las distinciones de Toullier que nadie acepta. (2) Los autores modernos distinguen entre las ventas inmuebles y las muebles: en las primeras no admiten que el mandato de vender implique el de tocar el precio, mientras que lo admiten fácilmente en los otros. (3) Esto es muy absoluto. En principio, es preciso atenerse á la doctrina de Pothier, que es la única jurídica: el hecho de dar mandato de vender no supone mandato de tocar el precio en las ventas muebles ni en las inmuebles. En este sentido está la jurisprudencia.

En un mandato dado para vender un inmueble, se dijo que solo una parte del precio sería pagada al mandatario, porque sería una imprudencia por parte del adjudicatario, poner todo su dinero en manos del notario encargado de vender, habiéndose juzgado que este no estaba librado. El

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 513.

2 Toullier, t. IV, 1, pág. 14, núm. 23. Compárese Durantón, t. 12, pág. 70, núm. 51 y Demolombe, t. XXII, pág. 134, núm. 149.

3 Demolombe, t. XXVII, pág. 135, núms. 150, 151. Larombière, t. III, pág. 89, núm. 8 (Ed. B., t. II, pág. 153).

adquirente alegó que la restricción del mandato no estaba mencionada en la escritura de los cargos. La Corte de Casación respondió que es el deudor quien debe informarse y asegurarse de la capacidad y de la extensión de los poderes del mandatario. (1)

Es costumbre, al menos en Bélgica, pagar el precio de los vinos de Francia, al agente viajero que desempeña la comisión. Es lo mejor cuando los agentes viajeros tienen mandato de vender y de recibir el precio. Mas el primer mandato no supone el segundo. Así se juzgó para las ventas hechas en Francia, y la decisión es muy jurídica. (2)

En cuanto al mandato de alquiler, se ha acordado que no dá al mandatario el derecho de recibir el precio de los arrendamientos. Sin embargo, se admite que el que alquila, puede recibir la prima que el arrendador tiene costumbre de pagar, así como el anticipo que se paga en el momento en que el contrato se hace. Se puede decir que el que tiene mandato general de administrar ó de recibir, lo tiene para recibir las rentas de los arrendamientos. (3)

### III. Del efecto de los pagos hechos al que no tiene facultad de recibir.

537. Los pagos hechos á los que no tienen carácter para recibir son tan frecuentes, que se han vuelto objeto de uno de esos adagios populares que Loysel ha coleccionado: "Quien debe á Lucas y paga á Francisco, paga dos veces."

La Corte de Casación ha aplicado más de una vez este adagio, aun á las instituciones públicas que debían tener

1 Casación, 21 de Noviembre de 1836 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,713, III).

2 Juicio del 19 de Noviembre de 1863, del tribunal de Chateaubriant (Daloz, 1869 3, 30).

3 Durantón, t. XII, pág. 75, núm. 51. Demolombe, t. XXVII, página 137, núm. 152.

más prudencia. Sucedió que la caja de consignaciones pagó á otro en lugar del acreedor, en circunstancias bastante singulares. Un navío encalló en 1809 delante de la rada de Sidero cerca de Candía, y el capitán no reclamó ni dió señales de vida. En 1820, el cónsul de Francia La Canée, hizo poner en la caja de consignaciones por cuenta del capitán, una suma de 3,925 francos, producida de la venta de las mercancías y aparejos. Quince años más tarde, un individuo se presentó como heredero del capitán, llevando una escritura de notoriedad otorgada por un notario de París y firmada por ocho testigos. La caja se rehusó á pagar al pretendido heredero, y éste obtuvo un libramiento de relación, dado por el presidente del tribunal del Sena, autorizándolo á exigir de la caja el pago, bajo pena de ser estrechada. La caja pagó, y en 1854, el capitán que no había muerto, reclamó el reembolso de la suma que la caja había pagado á un pretendido heredero. La Corte de París hizo derecho á su reclamo. Se probó que la escritura de notoriedad había sido obtenida con ayuda de falsas declaraciones y de maniobras dolosas empleadas para hacer creer el fallecimiento del capitán. En cuanto al libramiento de relación, la corte no había ordenado más que juicio verbal y sin perjudicar el derecho en el fondo. La caja había, pues, pagado á un individuo que no tenía ningún carácter para recibir, lo hizo á sus riesgos y debió pagar segunda vez. Providencia en casación. La caja invocó el art. 1,240 que valida el pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito. Es cierto que el pago hecho al supuesto heredero era válido. Mas, ¿había supuesto heredero cuando la muerte del capitán no estaba justificada regularmente? Es una cuestión de hecho que la Corte de París cortó, decidiendo que el pago no era válido porque no había sido hecho al acreedor. (1)

1 Denegada casación, 27 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 225).

Dos personas compraron juntas un inmueble y lo poseyeron unidas durante algunos años revendiéndolo después con ganancia. ¿Tenía una de ellas mandato de recibir la cantidad perteneciente á su covendedor? Se juzgó que el comprador que pagó todo el precio á uno de los vendedores no estaba librado con respecto al otro. Se alegó en favor del comprador que había sociedad inseparable entre los dos copropietarios, y que, por consiguiente, se debía aplicar el art. 1,859, en cuyos términos los asociados se consideran como con recíproco mandato de administrar uno por otro, cuyo poder implica el de recibir. La Corte de Casación respondió que para que hubiera sociedad era preciso que se hubiese establecido que el inmueble se compraba con la mira de verificar la venta, partiendo la utilidad que resultara. A falta de esta condición, no había entre los dos poseedores mas que una comunidad que no permitía aplicar el art. 1859. El pago se había hecho á quien no tenía facultad de recibir, y, por consiguiente, el comprador debía pagar otra vez. (1)

538. El art. 1,239 dice que el pago hecho al que no tiene poder del acreedor para recibir, es válido si éste lo ratifica; en cuyo caso lo aprueba, porque la ratificación se considera como mandato. (2) El art. 1,241 prevee el caso en que el pago se hace al acreedor incapaz de recibirlo, y no dice que este pago sea validado por la ratificación. En efecto, no puede tratarse en este caso de la ratificación propiamente dicha, porque el pago hecho al incapaz está viciado por la incapacidad del que lo recibe, como lo sería por la incapacidad del que lo hace, y siendo el pago nulo, es preciso aplicar los principios que rigen la nulidad; esto se cubre por la confirmación, es decir, por la renuncia al

1 Casación, 22 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1852, 1, 323).

2 Pothier, núm. 528. Durantón, t. XII, pág. 52. Demolombe, tomo XXVII, pág. 145, núms. 169-171. Denegada casación, 22 Termidor, año IX (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,718).

derecho de demandar la nulidad: la confirmación de un acto viciado por la incapacidad, no puede hacerse sino cuando esta cesa, porque el menor se hace mayor por la disolución del matrimonio de la mujer casada y por el que está sujeto á interdicción cuando esta es levantada. La confirmación podrá hacerse también durante el tiempo de la incapacidad si los que tenían derecho de recibir por el incapaz aprueban el pago.

Así el pago hecho al que no es acreedor y que no tiene ninguna facultad de recibir por el acreedor, es válido por la ratificación, en cuanto al pago hecho al acreedor incapaz, se valida por la confirmación. La diferencia entre la ratificación y la confirmación, es grande. Cuando hay lugar á ratificación, no se puede decir que el pago sea nulo, sino que no existe porque el pago exige el concurso del acreedor, y se supone que no se le ha hecho ni tampoco á alguno que tenga su poder; para que este pago exista, es preciso un nuevo consentimiento y esto es lo que se llama ratificación, pues ésta no es más que una simple manifestación de voluntad. No es lo mismo la confirmación. El pago ha sido hecho al acreedor, y, por consiguiente, existe, mas es nulo según la incapacidad del que lo recibió. Este pago dá lugar á una acción en nulidad, la cual debe intentarse en diez años, y pasado este tiempo, el pago es confirmado tácitamente. Si el pago se hace al que no es acreedor ni mandatario de éste, no existe, y el acreedor no tiene necesidad de demandar la nulidad, porque no ha intervenido y no se le puede oponer; no hay, pues, lugar á la prescripción de diez años y el acreedor puede demandar el pago en el tiempo en que su derecho no prescribe, siendo la prescripción ordinaria, de treinta años.

Hay también una diferencia entre la ratificación y la confirmación en lo que concierne á la forma. Cuando la confirmación se prueba por escrito, la escritura debe ser

redactada en las formas prescriptas por el art. 1,338; faltando estas formalidades, la escritura es nula. El artículo 1,338 no se aplica á la ratificación, bien que, por una lamentable confusión, la ley dá también el nombre de confirmación á la ratificación. Volveremos á insistir sobre todos estos puntos al tratar de las escrituras confirmativas. Por lo pronto, solo hablaremos de la ratificación propiamente dicha.

539 ¿Cuándo hay ratificación? Cuando hay aprobación de lo que hemos hecho, mas sin mandato, pues esta es una simple manifestación de voluntad sometida á los principios generales que rigen el consentimiento. La ratificación puede ser expresa ó tácita; es expresa, cuando no exige ninguna forma; si se redacta una escritura para probarla, se aplican los principios generales de la prueba literal.

No hay ninguna duda sobre estos puntos, porque es la aplicación de los principios elementales del derecho. La jurisprudencia no tiene la precisión y la claridad que fueran de desear. Se lee en las sentencias que la ratificación debe ser expresa y formal, lo que parece decir que no puede ser tácita; sin embargo, las sentencias dicen también que la ratificación debe resultar de un hecho positivo ó de una estipulación clara y formal, (1) lo que implica que la ratificación puede ser expresa ó tácita, tal es la verdad de la doctrina. La Corte de Casación la consagra diciendo que hay suficiente ratificación cuando el acreedor reconoce el pago hecho á tercero por cuenta suya, dejándole voluntariamente la suma recibida. (2)

540. El pago hecho al que no tiene poder del acreedor para recibir es válido también si el acreedor lo aprovecha (artículo

1 Lyon, 15 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 78). Bruselas, 13 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 219).

2 Denegada casación, 12 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 104). Compárese Bruselas, 3 de Junio de 1872 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 145).

lo 1,239). Este principio se aplica igualmente al pago que recibe el acreedor incapaz, pues según el art. 1,241, el pago hecho al acreedor incapaz de recibirlo, no es válido, á menos que el deudor pruebe que la cosa pagada fué en provecho del acreedor. Bajo este concepto, no hay ninguna diferencia entre el pago hecho al que no tiene poder del acreedor para recibirlo, y el pago hecho al acreedor incapaz, porque los arts. 1,239 y 1,241 se expresan en los mismos términos: el pago es válido, dice el art. 1,238 si el acreedor lo "aprovecha;" y es válido dice el art. 1,241, cuando la cosa pagada ha "vuelto á aprovechar al acreedor." El caso de pagar al que no tiene poder para recibir no se presenta seguido, lo mas general es que la cosa pagada sea disipada por el que la recibe sin poder; mientras que el caso de pagar al acreedor incapaz, como por ejemplo, á un menor, se presenta con mas frecuencia. En esta hipótesis vamos á colocarnos.

541. ¿Por qué es nulo el pago hecho al acreedor incapaz? Porque la ley cree que no le aprovecha, pues hará mal uso de él, disipando el dinero en locuras inútiles (número 515). El motivo por el cual la ley pronuncia la nulidad del pago, viene abajo cuando la cosa pagada se aprovecha.

¿Quién debe probar que el pago aprovecha al acreedor? El art. 1,247 dice que el deudor. En principio, el pago es nulo por solo el hecho de haber sido hecho á un incapaz, y para obtener la anulación basta con que el acreedor pruebe la incapacidad de recibirlo. Si el deudor opone al acreedor que el pago le ha aprovechado, debe probar el fundamento de su excepción. Este es el derecho común.

¿Debe probar el deudor, que el acreedor aprovechó el pago en el sentido de que el provecho subsiste aún en el momento de la demanda? Así lo dice Pothier. El deudor, dice, debe justificar que el acreedor aprovechó la suma

que recibió "y que el provecho subsiste aún en el momento de la demanda." El art. 1,241 ¿debe interpretarse en el mismo sentido? Creemos que el texto y el espíritu de la ley resisten tal interpretación. La ley dice en los artículos 1,239 y 1,241, que el pago es válido cuando "aprovecha ó ha vuelto á aprovechar al acreedor." ¿De dónde resulta este provecho? Del empleo que el acreedor hace del dinero que recibió, y es preciso, pues, ver este empleo porque si el provecho resulta desde el momento en que lo recibió, es válido. En efecto, si el pago se hiciese al acreedor capaz de recibirlo, tendría un empleo útil lo mismo que un pago válido procura provecho al acreedor incapaz. ¿De qué podrá quejarse si su incapacidad no le dá un privilegio? Sería un verdadero privilegio el de poder demandar la nulidad del pago porque el empleo hecho del dinero pagado, útil en principio, no es provechoso despues de la demanda, siendo la pérdida para el acreedor capaz. ¿Por qué será de otro modo tratándose del acreedor incapaz? ¿Se dirá que el deudor es responsable de haberle pagado? Sin duda, mas esta falta se repara si el incapaz hace del dinero que recibió, el mismo uso que hubiera hecho una persona capaz. (1)

542 La posición del deudor es, sin embargo, muy mala porque está á merced del acreedor; quien, por el empleo que haga de la cosa pagada, puede ponerle en la necesidad de pagar otra vez. De esto se concluye que el deudor tiene derecho de exigir que el pago sea confirmado ó que la cosa pagada le sea devuelta. (2) Esto nos parece inadmisibile. Desde luego el espíritu de la ley no permite que el deudor capaz alegue la incapacidad del acreedor. En cuanto al

1 Pothier, núm. 504. Colmet de Santerre, t. V, págs. 331-334, número 180 bis, II 180 bis, V. Aubry y Rau, t. V, pág. 155, nota 18, pfo. 317.

2 Mourlón, t. II, pág. 600. Colmet de Santerre, t. V, pág. 333, número 108 bis, VI. Demolombe, t. XXVII, pág. 166; núm. 199.

deudor, el pago es válido, y si es nulo, es únicamente según la incapacidad del acreedor porque éste solo puede alegar una nulidad que solo fué establecida en su favor. ¿Qué es por otra parte confirmar? Es renunciar al derecho de demandar la nulidad de un acto, la renuncia, y por consiguiente la abdicación de un derecho. ¿Se concibe que el deudor estreche indirectamente al acreedor á renunciar el derecho que á él pertenece de obrar en nulidad? ¿Qué nos importa que la posición del deudor sea mala, si es él quien se ha puesto en esta posición? Sabía que el acreedor no podía recibir el pago y le pagó, debe sufrir las consecuencias de su imprudencia. El deudor tiene, por otra parte, un medio de evitar la acción en nulidad y de validar el pago; que procure que el acreedor haga un buen uso del dinero que le dió y el pago será válido quedando el deudor libre de todo temor.

#### IV. Del pago hecho al poseedor del crédito.

543. El art. 1,240 está concebido así: "El pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea embargado por la consecuencia." ¿Qué se entiende por estar "en posesión del crédito"? Es la única vez que esta expresión se encuentra en el Código civil. Hay artículos en que es cuestión de posesión de cosas muebles; tal es el art. 2,279, que establece el principio de que tratándose de muebles, se necesita título para la posesión; mas esta disposición no tiene nada de común, ni en el fondo ni en la forma, con el art. 1,240. En el art. 2,279, es cuestión de muebles corporales, mientras que el art. 1,240 habla de créditos. El principio del art. 2,279 está fundado sobre el interés general que demanda la seguridad del comercio. El interés general está fuera de causa en el art. 1,240, que solo trata del interés del deudor que paga á otra persona

en lugar de su acreedor ó del apoderado de éste. La ley supone que no es el acreedor á quien paga, puesto que éste fué despojado del crédito después de haber recibido el pago; por otro lado, la ley exige para la validez de este pago que el deudor lo haya hecho de buena fe, de donde se sigue que el deudor debe haber tenido razón para creer que aquel á quien pagaba era el acreedor, aunque no lo fuese. Estar en posesión del crédito es lo mismo que tener la facultad del acreedor, ser reputado como acreedor por los que están interesados en saber que lo es, es decir, los terceros deudores.

La interpretación á que conduce el texto está también en armonía con la tradición y con los trabajos preparatorios. Los autores del Código tomaron de Pothier la disposición del art. 1,240. Se reputa alguna vez acreedor, dice él, aquél á quien hay razón para creer como tal, aunque este sea otra persona distinta del verdadero acreedor, y el pago hecho á este acreedor "putativo" es válido, como si se hubiera hecho al verdadero acreedor. Pothier dá como ejemplo los pagos hechos al que está en buena y legítima posesión de una sucesión por los deudores de ésta, aunque no le pertenezca, porque el verdadero heredero á quien pertenece, no tiene recurso contra los deudores y el poseedor de la sucesión será quien debe darle razón de lo que recibió. (1) El heredero aparente está en posesión del crédito en el sentido que hemos dado á estas palabras; heredero aparente es al mismo tiempo acreedor aparente, y está en posesión del crédito, puesto que posee en apariencia el carácter de acreedor.

En el mismo sentido explica el art. 1,240, el orador del Gobierno y el relator del Tribunado. La equidad exige, dice Bigot-Préameneu, que el pago sea válido cuando ha

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 503.

biendo sido hecho de buena fe por el deudor que está en posesión del crédito, este deudor es considerado justamente como al verdadero acreedor; tal sería un heredero que, siendo poseedor legítimo de la sucesión, recibiera el pago de las sumas debidas, y después fuera despojado por un heredero más próximo. (1) Jaubert dá la misma aplicación, pero toma mejor el verdadero motivo de esta disposición tan singular que permite al deudor pagar válidamente al que no es acreedor. "Los terceros, dice él, son siempre el objeto especial de la atención de la ley. Un individuo es propietario aparente de un crédito, y el deudor le paga de buena fe; el que recibió es, por consiguiente, despojado de su título y la deuda queda extinguida." Jaubert dá el ejemplo del heredero aparente; no sería justo, dice, que el que paga sea obligado á pagar de nuevo. (2) Así, la justicia exige que el pago sea válido, y esta justicia es el derecho del deudor. Tiene derecho de pagar su deuda, ¿á quién? Al acreedor; mas si el verdadero acreedor no se presenta, deja su lugar á un supuesto acreedor, y el deudor debe tener derecho de pagar al que puede estrecharlo á pagar. Se podrá invocar la equidad en favor del verdadero acreedor, mas el derecho responde que hay que hacerle el reproche de haber dejado usurpar su título por una persona que, ante los terceros, pasará por el verdadero propietario. ¿Qué consecuencias sufridas por esta negligencia!

544. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que el pago sea válido? Es preciso, desde luego, que el pago se haga al que está en posesión del crédito. Acabamos de explicar lo que se entiende por esto; la Corte de Casación dice que, en el sentido del art. 1,240, el poseedor del crédito es aquel que es propietario aparente, y que un deudor

1 Bigot-Prémameu, Exposición de motivos, núm. 118 (Loaré, t. VI, pág. 168).

2 Jaubert, relación núm. 12 (Loaré, t. VI, pág. 207).

vigilante debe considerarse como verdadero acreedor. (1) Se vé que la cuestión de saber quien es poseedor del crédito, se reduce á una cuestión de hecho.

Hay algo de cierto, y es que no basta poseer la escritura que prueba el crédito con título auténtico ó con firma privada, para estar en posesión del crédito, porque el título no es la prueba literal de la existencia de una obligación, solo hace conocer la persona en cuyo provecho se contrae y á quien el deudor debe pagar, á menos que haya un propietario aparente del crédito, distinto del acreedor; y como la detención del título no dá ningún derecho aparente al crédito, el art. 2,279 dice, es cierto que tratándose de muebles, se necesita título para la posesión; mas esta disposición no se refiere á los muebles incorpóreos porque la detención del título en que consta un crédito, no dá ningún derecho ni aun al detentor aparente. (2) En materia comercial hay excepción en este principio, para los "créditos al portador;" la palabra misma indica que el derecho se ejerce por el detentor del crédito. No se puede decir que esto sea una excepción, porque el que detiene un pagaré al portador, es más que poseedor aparente, es propietario del crédito. Volveremos á tratar esta materia en el derecho comercial. (3)

545. Los herederos aparentes son los que están en posesión de los créditos hereditarios, siendo en ellos en quienes el legislador pensó sobre todo. Cuando una persona está en posesión de la heredad, ejerce por sí misma los derechos que pertenecen al heredero, y puede exigir el pago de lo que se debía al difunto, es decir, que el deudor puede

1 Denegada casación, 19 de Mayo de 1858 y la relación de Bayle-Mouillard (Dalloz, 1858, 1, 2-6).

2 Larombière, t. III, pág. 94, núms. 3 y 4 del art. 1,240 (Ed. B., t. II, pág. 158). Boniges, 31 de Agosto de 1808 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,710).

3 Véase á Massé en el *Derecho Comercial*, t. IV, págs. 17 y siguientes, núms. 2,091-2,099.

librarse pagándole. (1) Hay casos en que el heredero aparente, posee en virtud del título: tales son los parientes que figuran en una escritura de partición, (2) ó en un fallo de licitación. (3) Mas no es necesario que el heredero tenga título, aun aparente, cuando posee como heredero *al intestat*; si es como legatario, se necesita naturalmente que haya testamento. La ley prescribe, en este caso, formalidades como una demanda de entrega con envío de posesión (arts. 1,007 y 1,008). Cuando el legatario no es heredero aparente y no está en posesión de los créditos hereditarios, ¿es cuando estas formalidades deben llenarse? Nó, porque la posesión no es de derecho, sino de hecho; se ha juzgado que los deudores pagan válidamente al legatario del usufructo, antes que haya obtenido la entrega de sus legados, si está en posesión de la heredad. (4)

La jurisprudencia reconoce el derecho de enajenar á los herederos aparentes. Esta doctrina es muy peligrosa y para disminuir el peligro las cortes han reducido con bastante arbitrariedad la idea de heredero aparente, exigiendo ciertas condiciones para que un heredero sea aparente en el sentido de que pueda embargar válidamente. Hemos combatido esta jurisprudencia, (5) aunque es cierto que es extraña á la aplicación del art. 1,240. De los parientes naturales cuyo parentesco no es aún reconocido por la ley, los hermanos de la madre de un hijo natural completamente extraños al hijo, que se creen con derecho á sucederle tomando posesión de la heredad, ¿son herederos aparentes? La Corte de Colmar decidió que estando absoluta-

1 Durantón t. XII, pág. 105, núm. 70.

2 Bruselas, 20 de Junio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 222).

3 Denegada casación, 9 de Noviembre de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,836, IV).

4 Casación, 3 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 155).

5 Véase el tomo IX de estos *Principios*, pág. 716, núms. 562 y siguientes.

mente sin título, no se podían validar los actos de disposición que hicieron; mas que su posesión bastaba para considerarlos como propietarios de los créditos hereditarios, lo que hacía válidos los pagos que los deudores de la sucesión les habían hecho. (1) Para que los que no tienen ningún derecho á la sucesión sean herederos aparentes y los deudores puedan pagarles válidamente, es preciso, al menos, que estén en posesión. Bajo el punto de vista del artículo 1,240 esto no es dudoso, puesto que el texto exige que aquél á quien el deudor paga esté en "posesión" del crédito. La Corte de Casación juzgó que una escritura de notoriedad aunque esté confirmada por una orden de relación, no es suficiente para autorizar á la caja de consignaciones á pagar al pretendido heredero; el hecho que dió lugar á la sentencia, prueba que los deudores deben tener prudencia guardándose de pagar al primero que se presenta suponiéndose heredero. En el caso, el que se suponía muerto se presentó para tomar el crédito que le pertenecía, y la caja tuvo que pagar otra vez. (2)

546. El principio asentado por el art. 1,240 es general y no se aplica exclusivamente al heredero aparente sino que el deudor debe pagar á todos los que están en posesión del crédito. La jurisprudencia ofrece aplicaciones bastante numerosas del art. 1,240. Citaremos una que ha dado lugar á una excelente relación de Bayle-Mouillard. Se hizo un pago del flete de un navío al propietario de él ó al capitán que le representaba, debido á razón de las mercancías cargadas en el navío. El pago se consideró válido, aunque el flete se había transmitido á un tercero á quien el navío había fletado regularmente. No hubo en el caso, mas que una dificultad: ¿tenía el deudor conocimiento de este ajuste? En esta suposición no habría sido de buena fe y la buena fe

1 Colmar, 18 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 161).

2 Denegada casación, 27 de Enero de 1862, 1, 225).

del deudor es una de las condiciones requeridas para la validez del pago, como vamos á decirlo. Se juzgó que el deudor ignoraba el ajuste porque la carta partida que lo contenía no se le había presentado. (1) No nos agrada esta manera de justificar la buena fe, porque es esencialmente una cuestión de hecho y los hechos no se establecen por vía de presunción.

547. Los autores citan también el caso en que el crédito se haya cedido. Si la cesión es regular, el cesionario es propietario; mas si es nula y la nulidad se ha pronunciado, el cesionario no será propietario, sino que estará en posesión del crédito, teniendo derecho de obligar al deudor á pagar, y éste el de hacerlo en sus manos.

Esta aplicación del art. 1,240 presenta una dificultad bastante seria. Supongamos que la escritura de cesión, es falsa si el deudor paga al cesionario ¿es válido el pago? Se enseña que es nulo, porque el deudor es quien soporta la pérdida, siendo el primer perjudicado por la falsedad, y el acreedor podrá alegar que habría descubierto la falsedad, si le hubiera presentado la escritura. (2) Esto nos parece muy dudoso, porque si un legatario posee la heredad en virtud de un testamento falso, esto no impedirá que sea heredero aparente y poseedor de los créditos hereditarios. ¿Por qué no podría ser lo mismo con un cesionario? Es cierto que es propietario aparente y que el deudor debe considerarlo así; pero el pago hecho á un mandatario portador de un falso poder, es nulo, y se pretende que hay analogía entre el falso cesionario y el falso mandatario, lo cual no es exacto porque el falso cesionario está en posesión del crédito, mientras que un falso mandatario jamás

1 Denegada casación, 19 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 286). Véanse otras decisiones en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 1.735-1.737.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 329, núm. 179 bis, III. Aubry y Rau, t. IV, pág. 155, nota 15, pfo. 317.

es poseedor; se concibe que en el caso, el falso perjudica al que es directamente víctima, y en caso de cesión falsa, el deudor puede invocar un texto, y no vemos por qué motivo se le rehusará el beneficio del art. 1,240.

548. El art. 1,240 exige que el pago se haga de buena fe, porque si el deudor sabe que está viciada la posesión aparente del que pagó, el pago es nulo. Así, pues, está en el interés de los terceros deudores que la ley valide el pago hecho al que no es acreedor; y así como podrá ser obligado á pagar, debe tener también el derecho de obligar á recibir el pago. Esto en el supuesto de que ignore que el acreedor no tiene mas que un título aparente: mas si lo sabe no tiene derecho de pagar porque tampoco él podrá ser estrechado. La ley no exige la buena fe del acreedor aparente, no es en su favor que el art. 1,240 valida el pago, y su mala fe no impide que tenga derecho de estrechar al deudor á pagar, y si es de buena fe, no dejará de cumplir su deber restituyendo lo que recibió. (1)

#### V. ¿A quién debe pagar el deudor en caso de embargo?

549. El art. 4242 dice: "El pago hecho por el deudor á su acreedor, en perjuicio de un embargo ó de una oposición, no es válido con respecto á los acreedores embargados ó á los que se oponen; estos si pueden, según su derecho, estrecharle á pagar de nuevo, salvo, en el caso solamente, de su recurso contra el acreedor. Esta disposición ha dado lugar á numerosas dificultades; como la materia es de procedimientos, no pertenece á nuestro trabajo y nos limitaremos á la explicación del art. 4242 y á los principios que se le aplican. (2) Todo acreedor puede, en

1 Durantón, t. XII, pág. 103, núm. 66. Demolombe, t. XXVII, pág. 151, núm. 180.

2 Compárese Colmet de Santerre, t. V, págs. 335 y siguientes, número 181 bis, I 181 bis, II. Aubry y Rau, t. IV, pág. 156, nota 20, pfo. 318.

virtud de títulos auténticos ó privados, embargar en manos de un tercero, las sumas y efectos pertenecientes á su deudor, ú oponerse á su remisión, (C. de proc. art. 507) de aquí el nombre de embargo ó de oposición. Los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores (C. civil, art. 2,092, ley Hip., art. 7).

Las sumas y efectos que un tercero debe al deudor, forman parte de sus bienes y, por consiguiente, de la prenda de sus acreedores, de los derechos y los créditos, así como de los bienes corporales. El art. 1166 consagra una consecuencia de este principio disponiendo que los acreedores puedan ejercer todos los derechos y acciones de un deudor, lo que se hace ordinariamente por vía de embargo. (1) El que practica el embargo se llama *embargante* y su deudor, en cuyo nombre obra, puesto que es su derecho el que ofrece, es el *embargado*; en efecto, son los derechos del deudor los que el acreedor embarga. El tercero, que es deudor del deudor, y en cuyas manos se practica el embargo, es el *tercero embargado*: es *tercero*, porque no es el deudor del acreedor embargante, sino que es tercero en cuanto á la deuda para cuya seguridad se practica el embargo; es también *embargado*, puesto que el embargo le impide pagar á su acreedor, y en este sentido el embargo es una *oposición*.

550. ¿Cuál es el efecto del embargo? El art. 1242 responde que el tercero embargado no puede pagar á su acreedor, porque el embargo es en perjuicio de los acreedores embargantes. ¿Es decir que el pago es nulo? La ley no dice eso; dice solamente que si el tercero embargado paga á su acreedor, el pago no será válido con respecto á los acreedores que se oponen, lo que implica que el pago es válido con respecto al embargado, lo cual no es nada dudoso. El embargo no destruye la liga de obligación que existe en-

1 Orleáns, 3 de Julio de 1847 (Daloz, 1849, 4, 343).

tre el acreedor y el deudor; si, pues, el deudor paga lo que debe al embargado, se libra con respecto al acreedor, y el acreedor embargante no tiene ninguna acción contra el embargado, porque éste solo recibe lo que se le debía.

El art. 1,242 dice que los embargantes pueden, según su derecho, estrechar al tercero embargado á pagar de nuevo. Los embargantes no tienen, pues, acción mas que contra el tercero embargado; si este paga perjudicándolos, debe reparar este perjuicio, pagando otra vez. El artículo 1,242 agrega: "según su derecho," lo cual quiere decir, desde luego, que el tercero embargado no debe pagar de nuevo sino en caso de que el derecho de los embargantes esté establecido; si se juzga que el embargante no es acreedor del embargado, éste no deberá, ciertamente, hacer un nuevo pago, porque no se debe pagar nada al que no es acreedor. La expresión "según su derecho" tiene aún otro significativo: si hay varios embargantes, ¿cómo los indemnizará el tercero embargado? Si la suma embargada no basta para darles á todos, se distribuirá entre ellos, según el derecho común, es decir, de una manera proporcionada á sus créditos, "según su derecho." El tercero deudor, obligado á pagar dos veces, ¿tiene recurso contra su acreedor? Según el art. 1,242 lo tiene, porque es por culpa del deudor embargado por lo que el tercero tuvo que pagar dos veces, y si éste había puesto el dinero en sus manos, los acreedores satisfechos no tendrían mas acción contra el tercero embargado, debiendo responder éste de las consecuencias de su culpa ó de su dolo. Mas el recurso que la ley dá al tercero embargado contra el embargado, será ineficaz con mucha frecuencia, puesto que el embargado es insolvente de ordinario.

551. El pago que el tercero embargado hace á su acreedor, no es nulo sino cuando perjudica á los embargantes.

Es posible que no haya ningún perjuicio. Si la deuda por la cual el embargo se hace es de 6,000 francos, y el crédito embargado es de 12,000, ¿habrá perjuicio para los embargantes, suponiendo que el tercero embargado pague al embargado una suma de 6,000 francos, es decir, el monto de la diferencia entre el crédito del embargante y la deuda del tercero embargado? No, siempre que no haya otros acreedores embargantes; en efecto, en esta hipótesis, el crédito basta para pagar completamente al embargante y no le resulta ningún perjuicio. Mas si un segundo acreedor practica un embargo por un crédito, supongamos de 6,000 francos, el pago de la misma cantidad hecho al embargado ocasionará un perjuicio al acreedor que hizo el primer embargo. El monto de los dos créditos para cuya seguridad se hace el embargo, es de 12,000 francos, no le queda al tercero embargado más de una suma de 6,000 francos, y estos serán distribuidos entre los dos acreedores, tocando á cada uno 3,000 francos, mientras que si el tercero embargado no hubiera pagado al embargado los 12,000 francos que debía, serían suficientes para pagar á los dos acreedores. El primero sufrió, pues, un perjuicio de 3,000 francos que debe pagarle, según el art. 1,242, salvo su recurso contra el embargado. (1) El segundo acreedor, ¿tiene una acción contra el tercero embargado?

No hay que decir que cuando su oposición es anterior al pago hecho por el tercero embargado, tendrá una acción contra él porque se encuentra en la misma situación que el primer embargante: el tercer embargado le ha causado un perjuicio y debe la reparación. Pero si el segundo embargo es posterior al pago hecho por el embargado, el acreedor embargante no puede decir que el pago ha sido hecho en perjuicio; ha embargado un crédito extinguido en parte por un pago parcial, y respecto de él, el tercero

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 337, núm. 181, bis IV.

embargado tuvo el derecho de pagar, puesto que no formuló oposición, y desde entonces no pudo ya embargar más que una suma de 6,000 francos, la mitad de la deuda; la otra mitad, respecto de él, está definitivamente extinguida.

Hemos supuesto que el primer acreedor embargante viene, por contribución, con el segundo, lo que implica que el solo hecho del embargo no le dá derecho alguno exclusivo sobre el crédito embargado. Esto no es dudoso mientras no hay fallo que condene al tercero embargado á pagar en manos del embargante. El embargo es practicado en virtud del derecho de garantía que dá la ley al acreedor sobre los bienes de su deudor. Este derecho no permite al acreedor apropiarse los bienes pertenecientes á su deudor, le permite solamente oponerse al pago que el tercero embargado quisiera ó debiera hacer á su acreedor. La oposición no le dá derecho alguno exclusivo sobre el crédito, pues derecho semejante estaría en contradicción con el principio de donde se deriva la oposición; es porque los bienes del deudor son la garantía de sus acreedores, por lo que cada uno de ellos puede embargar lo que un tercero debe á su deudor; el derecho del segundo acreedor embargante es absolutamente idéntico al derecho del primero, y es, por tanto, imposible que el primero tenga un derecho sobre la cosa embargada, con exclusión del segundo. El Código de Procedimientos lo dice cuando el embargo recae sobre efectos muebles; son vendidos, en este caso, y el precio se distribuye, dice el art. 579, conforme á las reglas que el Código señala en el título "De la Distribución por contribución." Es decir, que todos los acreedores tienen en los bienes embargados un derecho igual proporcionado al importe de su crédito. Lo que se dice de los efectos muebles, se aplica también á los créditos, salvo que en este caso, no hay lugar á vender; los acreedores

ejercen directamente su derecho sobre las sumas pagadas por el tercero embargado.

552. La jurisprudencia está en este sentido; (1) pero está muy dividida sobre la cuestión de saber hasta qué momento son admitidos los acreedores á formular oposición, cuando ya se ha practicado un primer embargo. Según la doctrina de la Corte de Casación de Francia, el fallo que rivalida el embargo y ordena al tercero embargo pagar al embargante, traslada el crédito embargado al acreedor embargante, bien entendido, después que el fallo ha adquirido la fuerza de la cosa juzgada. Hay sentencias de las Cortes de apelación en sentido contrario; esta última opinión ha sido consagrada por la Corte de Casación de Bélgica y seguida por nuestras Cortes de apelación. En nuestro concepto, esta es la opinión buena.

Hay que remontarse al principio que sirve de fundamento al embargo; este es el derecho de garantía que tienen los acreedores sobre los bienes de su deudor. Cuando estos bienes no están en poder del deudor, éste tiene una acción personal ó real para reclamarlos; los acreedores pueden ejercer la acción en su nombre, dice el art. 1,166. La ley no dice que los acreedores obren personalmente en su nombre, y no puede darles este derecho. En efecto, el derecho de garantía en virtud del cual obran los acreedores, no es un derecho de propiedad; sería absurdo pretenderlo, puesto que los acreedores no tienen acción sobre estos bienes, sino porque pertenecen á su deudor, y para que estos bienes llegasen á ser la propiedad de los acreedores, se necesitaría que los embargasen y que la distribución se hiciese entre ellos. El embargo en nada cambia esta manera de proceder; el art. 597 del Código de procedimientos lo prue-

1 Bourges, 3 de Febrero de 1836 (Daloz, palabra *Embargo*, número 427). Gand 4 de Diciembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 259). Bruselas, 17 de Diciembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 150).

ba. ¿Por qué, pues, el fallo es el que rivalida el embargo? Este fallo declara que el acreedor ha tenido el derecho de embargar, que el embargo es regular, y que en consecuencia, podrá ejercer sus derechos sobre los bienes embargados. ¿Es esto con exclusión de los otros acreedores? Nó, el juez no tiene el derecho de atribuir á un solo acreedor un bien que es la garantía de todos; después del fallo, como antes, la cosa embargada está en el patrimonio del deudor, y por tanto, puede aun ser embargada por sus acreedores. ¿Cuándo cesa el derecho de embargo? Cuando la cosa sale del patrimonio del deudor; y esta no sale de su patrimonio sino por la distribución que se hace entre los acreedores. (1)

Esta doctrina está de acuerdo con los principios que rigen la acción de los acreedores embargantes. Ellos obran en virtud del art. 1,166; y el acreedor que ejerce un derecho de su deudor, no aprovecha solo el beneficio de su acción; la cosa embargada entra en la masa común para ser distribuida con los otros bienes del deudor á sus acreedores. Si no hay otros acreedores que se presenten, no hay que decir que no puede ser cuestión de un orden ni de una distribución. La suma embargada será entonces dada al acreedor embargante en virtud del fallo que ha ordenado esta entrega. Pero hasta el momento de la entrega, la cosa continúa perteneciendo al embargado, pues esta es bien del deudor sobre el que el acreedor ejerce su derecho. La consecuencia es que todo acreedor puede formular oposición hasta entonces, y desde que hay oposición, hay también lugar á distribución. Entonces solamente es

1 París, 30 de Junio de 1826, 11 de Noviembre de 1841 y 11 de Mayo de 1842 (Daloz, palabra *Embargo*, núm. 440). Rennes, 19 de Julio de 1820, muy bien motivada (Daloz, *ibid*). Casación de la Corte de Casación de Bélgica, 14 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 161). Bruselas, 27 de Junio de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 90), Lieja, 7 de Julio de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 37).

cuando la suma embargada se paga al acreedor embargante y deja de pertenecer al deudor, y en consecuencia, sus acreedores, si los hay, no pueden ya embargarla, porque el derecho de garantía del art. 2,092, no dá á los acreedores el derecho en seguida.

553. La jurisprudencia francesa y sobre todo, la de la Corte de Casación, decide que el fallo que revalida un embargo con la orden del tercero embargado de pagar en manos del embargante, obra en provecho de los acreedores que lo han obtenido, una "traslación judicial" de las sumas debidas y les hace propietarios exclusivos de la suma embargada. Se concluye, que los otros acreedores del deudor embargado, nada pueden ya reclamar, ni aun formular tercería en oposición al fallo en que ellos no han sido parte. (1) La Corte de Casación admite que la cosa embargada queda en el dominio del deudor embargado hasta que el fallo haya obtenido fuerza de cosa juzgada; pero á partir de este momento, el deudor embargado deja de ser propietario: la cosa embargada llega á ser propiedad del embargante, y de ahí, la consecuencia de que los otros acreedores no pueden ya embargarla. En una sentencia más reciente, la Corte hizo una reserva. Aun cuando el fallo tuviese la fuerza de la cosa juzgada, no puede anular derechos, anteriormente adquiridos, en otros acreedores, por su oposición, no teniendo por objeto el fallo, sino "reconocer el derecho del embargante," pero no establecer sobre los derechos respectivos de diversos acreedores. (2)

Esta reserva nos parece que destruye la jurisprudencia de la Corte en su base. Las primeras sentencias afirman que el fallo produce "atribución" y "traslación" al em-

1 Denegada casación, 15 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 252).

2 Denegada casación, Sala Civil, 1º de Agosto de 1849 (Daloz, 1849, 1, 287). Casación, 13 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 478). Casación, 13 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 79).

bargante; (1) es decir, que el fallo es un acto translativo de propiedad, en tanto que la última sentencia no vé más que un "reconocimiento" de los derechos del embargante. La diferencia es grande entre las dos fórmulas; en nuestro concepto, sólo la última es exacta. Negamos que el fallo produzca traslación del crédito. ¿Qué es lo que el juez está llamado á decidir? ¿Su misión es "atribuir" derechos y "trasladarlos" de una parte á otra? Nó, ciertamente; el art. 711 dice que la propiedad se transfiera por el efecto de las obligaciones, y no dice que se transfiera por efecto de los fallos. Esto es más bien crear una palabra y un derecho nuevo, que hablar de la "traslación judicial." Aun cuando la venta se haga judicialmente, no es la justicia quien vende, sino el embargado que, siendo propietario, traslada la cosa al adjudicatario. Cuando se venden los bienes embargados de los deudores y se distribuye entre acreedores, ¿por el fallo se traslada la propiedad? Es el embargado quien paga judicialmente; es cierto, mas ¿qué importa? Es siempre un pago y éste traslada la propiedad. Menos aún, puede ser cuestión de un "transporte judicial," cuando el juez valida un embargo. Ni el texto de la ley ni los principios admiten esta interpretación. Según el art. 589 del Código de Procedimientos, el embargo es seguido de la distribución, es decir, del pago, y éste el que traslada la propiedad cuyo pago no puede hacerse más que por el acreedor. El "transporte judicial" es una invención de la jurisprudencia y las cortes de apelación han vacilado en pronunciar la palabra admitiendo la cosa; una dice que resulta del fallo "una especie" de cesión ó subrogación judicial; otra dice que es "una especie" de transporte. (2) Es

1 Casación, 30 de Enero de 1842 (Daloz, palabra *Embargo*, número 445, VI).

2 Lyon, 24 de Agosto de 1827. Rennes, 24 de Marzo de 1835 (Daloz, en la palabra *Embargo*, núm. 445, II y IV). Hay una sentencia de la Corte Nanci, muy bien motivada, en favor de esta opinión (23

tas vacilaciones, este lenguaje vago que parece retroceder ante la doctrina que consagra, atestiguan contra esta doctrina. Llama la atención que la Corte de Casación afirme que el fallo produce el traslado. Mas afirmar no es probar.

554. El art. 1,242 supone que el tercero embargado paga el embargo en perjuicio de los acreedores embargantes. La ley no prevee el caso en que el tercero pague al primer acreedor embargante, á pesar de las oposiciones que existen. ¿Está librado con respecto á éstos ó debe reparar el perjuicio que causó, pagándoles lo que hubieran obtenido en una distribución hecha del dinero embargado? Si los otros acreedores formularon su embargo antes del fallo que revalidó la oposición del primer embargante, la solución no es dudosa, ni aun en la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa. El fallo que pronunció la validez del embargo no podía perjudicar á los derechos de otros acreedores embargantes, porque los derechos de todos los que han embargado son iguales, debiendo tener una parte proporcional en la suma embargada. La cuestión se presentó ante la Corte de Casación y fué decidida en ese sentido. Pretendió el tercero embargado que tenía acción de repetición contra el acreedor que había recibido más de lo que se le debía. No se admitió esta pretensión porque el acreedor solo había recibido lo que se le debía, y si el tercero embargado estaba obligado á pagar á los otros, era él quien había causado perjuicio y el que comete una falta es responsable; así, el tercero embargado no podía hacer recaer sobre el acreedor pagado las consecuencias de una culpa que se le imputaba injustamente. (1) Nos queda alguna duda sobre esta parte de la sentencia: la repetición de lo que no se debía fué admitida á pesar de la buena fe del

de Agosto de 1824, *ibid*, núm. 445, I), mas los mejores razonamientos están contra el texto del art. 2,092.

1 Denegada casación, Sala Civil, 11 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 377).

que recibió lo que no se le debía, y, en el caso, el acreedor á quien se pagó íntegramente, recibió lo que con relación á otros acreedores no se le debía, no pudiendo demandar al tercero embargado mas que por la parte que le correspondía, pues lo que se le había pagado de más había sido indebidamente. Si fué por error, había lugar á la repetición.

*Núm. 5. ¿Qué cosa debe pagar el deudor?*

555. El art. 1,243 dice que el acreedor no puede ser estrechado á recibir otra cosa distinta de la que se le debe, y la razón es bien sencilla porque el deudor debe cumplir su obligación, tal cual la contrajo, pagando lo que debe. De esto se sigue que el deudor no puede ofrecer á su acreedor otra cosa, aún cuando el valor de ésta sea igual ó más grande. El art. 1,243 lo dice en términos formales. Una novela derogó el rigor de los principios permitiendo al deudor de una suma de dinero que no lo tuviera, ni tampoco muebles, obligar al acreedor á recibir en pago heredades cuya estimación fuera hecha, si no quería mejoría el acreedor, proporcionarle comprador. Esta novela dice Pothier, jamás se admitió en Francia, porque viola el derecho bajo pretexto de equidad. Inútilmente se opone que el acreedor no puede tener interés en rehusar una cosa de mayor valor, porque se responderá que no es cuestión de interés, pues los intereses respectivos fueron reglamentados en el contrato, que hizo ley desde que se formuló y que, por consiguiente, el deudor no puede dispensarse de observar dando por motivo que el acreedor no podría tener interés en exigir el cumplimiento. (1)

1 Pothier, núm. 530. Bigot-Préameneu, Exposición de motivos núm. 121 (Loché, t. VI, pág. 170). Jaubert, Relación núm. 14 (Loché, t. VI, pág. 208).

556. Aunque los contratos forman la ley de las partes, les es permitido revocarlas y, por consiguiente, derogarlas por mutuo consentimiento. (art. 1,134) Se sigue de esto que el acreedor puede consentir en recibir otra cosa distinta de lo que se le debe y es precisamente lo que se llama dación en pago. Por ejemplo, os debo un caballo, y consentís en recibir 1,000 francos en lugar del caballo. La dación en pago se parece á una venta; diremos en el título "de la Venta," cuales son las diferencias. Alguna vez la dación en pago se parece á un cambio. Se presentó un caso ante la Corte de Casación. El deudor debía cierta cantidad de cebada de Saumur, y el acreedor pidió una muestra que le fué enviada, mas no de Saumur sino de Sartha, recibéndola el acreedor sin protestar. Más tarde reclamó el comprador porque los destinatarios ingleses rehusaron recibir la cebada, fundándose en el retardo que había tenido la expedición del cargamento. Por otra parte, la repulsa de los destinatarios no dispensaba al comprador de cumplir sus obligaciones, y si la Corte relevó este hecho, fué para marcar que todas las partes se habían conformado con la cebada entregada, que equivalía á la que se había estipulado. (1)

557. El art. 1,245 deduce una consecuencia del principio establecido por el art. 1243. Se supone que se trata de la deuda de un cuerpo cierto y determinado y que se deteriora al tiempo del pago. El deudor, dice el art. 1245, queda librado remetiéndolo en el estado en que se hallaba al tiempo de la entrega. Cuando el deudor entrega la cosa debida, cumple con la obligación que le impone el art. 1243; lo cual supone que los deterioros no pueden imputársele, porque el deudor debe conservar la cosa con el mayor cuidado (art. 1137). Dice el art. 1245: "Con tal que los deterioros que sobrevengan no los haga él ni sean

1 Denegada casación, 31 de Julio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 236).

por su culpa." Se ha creído que la ley derogaría el principio general de las faltas, agregando que el deudor respondía de su hecho, aunque este no constituya ninguna culpa. Esto sería una derogación inexplicable, puesto que el artículo 1245 diría entonces lo contrario de lo que dice el art. 1137 y lo contrario de lo que dice el art. 1302 que prevee la misma hipótesis; en los términos de este último artículo, el deudor que la librado cuando el cuerpo cierto y determinado que fué objeto de la obligación, se pierde sin su culpa. Así, pues, el deudor no responde de la pérdida total cuando no tiene ninguna culpa, y se quiere que responda de la pérdida parcial cuando no le es imputable! Los autores del Código han copiado á Pothier, cuyo lenguaje no siempre tiene la precisión que fuera de desear. Por lo demás se puede explicar la expresión: el hecho ó la culpa; la palabra hecho indica una culpa cometida por omisión, y la palabra culpa implica falta de cuidado, de diligencia. (1) Basta con la palabra culpa puesto que lo comprende todo. El deudor responde alguna vez de los deterioros aunque no haya culpa personal que reprocharle; desde luego, dice el artículo 1245, cuando la cosa se ha deteriorado por culpa de las personas de las cuales el deudor es responsable. Trataremos de esta responsabilidad en el título de los *Cuasidelitos*.

De eso que la ley dice que el deudor responsable de los deterioros ocasionados de los cuales es responsable, ¿debe concluirse, como lo fundan Delvincourt y Toullier, que no responde de los deterioros causados por tercero? Nó, pues aunque es cierto que Pothier lo dice, solo lo dice como regla general; es verdad que en general el hecho de un tercero se asimila á un caso fortuito; mas, debemos responder también de los casos fortuitos cuando provienen de

1 Pothier, núm. 544. Aubry y Rau, t. IV, pág. 157, nota 4, párrafo 318. En sentido contrario, Durantón, t. IV, pág. 151, núm. 95.

nuestra culpa. El deudor es responsable desde que el hecho perjudicial puede imputársele, como lo dice el artículo 1147; y el hecho del tercero puede imputársele si hubiera podido impedirlo tomando las precauciones necesarias. (1)

El deudor responde también de los deterioros fortuitos cuando sobrevienen después que ha estado en mora. Esta es la aplicación del principio general establecido por el artículo 1,302: uno de los efectos de la demora es que el deudor responde del caso fortuito. El art. 1,302 hace una restricción que es preciso hacer también en el caso del artículo 1,245; la regla supone que la cosa no se habría deteriorado si se hubiera entregado al acreedor; mas si se prueba que el accidente ocurrió cuando se remitía al acreedor la cosa, no hay razón para hacer responsable al acreedor de lo sucedido.

558. "Si la deuda es de una cosa que no esté determinada, más que por su "especie," y el deudor para librarse no está obligado á darla de la mejor "especie," tampoco deberá dar de la más mala." Se nota que este artículo emplea la palabra "especie" en dos sentidos muy diferentes; al principio para decir que la deuda no es de una cosa cierta y determinada, sino que es de "un género," como se dice en derecho romano; y en seguida, como sinónimo de "calidad," es la expresión que emplea la ley en el art. 1022. En cuanto al motivo de la disposición, se encuentra en el artículo 1134, según el cual los convenios deben hacerse de buena fe, y ésta no permite demandar una cosa de la mejor calidad, á cuya obligación no entendió, probablemente, someterse el deudor; la buena fe tampoco impide al deudor ofrecer al acreedor una cosa de mala calidad, porque es probable que el acreedor se guarde bien de admitirla. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 158, nota 5, pfo. 318 y los autores citados.  
2 Durantón, t. XII, pág. 138, núm. 90. Demolombe, t. XXVII, pág. 219, núm. 252.

559. Las deudas más frecuentes son las que se contraen por una suma de dinero, y dan lugar á varias dificultades. Se pregunta, desde luego, si deben pagarse en moneda de plata ó en billetes de banco: hacerlo en billetes sería dar al acreedor una cosa distinta de lo que se le debe, porque la consecuencia del principio establecido por el artículo 1243 es, pues, que el deudor debe pagar en metálico. El Tribunal del comercio de Lyon juzgó en sentido contrario fundándose en el uso; su decisión fué casada. La Corte de Casación juzgó que el portador de una letra de cambio que se estipuló pagadera en Francia en una de las plazas de comercio del imperio, tenía derecho de exigir su pago en moneda corriente legal en Francia. Solo la ley puede dar á un valor de crédito, un curso forzado que lo asimile á moneda de curso legal, y ninguna ley ha dado á los billetes del Banco de Francia semejante privilegio. Hay al contrario un dictámen del Consejo de Estado del 24 germinal año XII, aprobado por el emperador, que decide que los billetes del Banco de Francia no son mas que de pura confianza, y el portador de una letra de cambio, tiene siempre el derecho de exigir su pago en numerario. (1) Lo mismo sucede en Bélgica con los billetes del Banco Nacional; son recibidos en pago en los establecimientos del Estado, mas no tienen curso obligado para los particulares. (2)

560. Una ley francesa del 13 de Agosto de 1,870 dió curso forzoso á los billetes del Banco de Francia. Se demandó si tenían permiso las partes contratantes de derogar esta ley estipulando que el pago se hiciera en numerario. La cuestión es controvertida. (3) La negativa no

1 Casación, 7 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 217).

2 Leyes del 20 de Mayo de 1872 y del 5 de Mayo de 1850.

3 Véase, para la negativa, un folleto de M. Daniel Folleville, extractado del tomo XXXII de la *Revista práctica*; y para la afirmativa, la disertación de M. Boistel (Dalloz, 1873, 1, 177).

nos parece dudosa, en cuanto á los convenios hechos bajo el imperio de la ley de 1,870, que tuvo por objeto conjurar una crisis inminente, cuya ley es de interés general ó de orden público, en la acepción mas extensa de la palabra, por tanto, los particulares no pueden derogarla para sus convenios. (art. 6) La Corte de Casación juzgó que aún los convenios anteriores á la ley y hechos previendo las circunstancias que se realizaron, dejan de ser obligatorias durante el tiempo de la ley que obliga á los particulares á recibir billetes de banco como moneda. Esta decisión es muy jurídica porque el derecho social es de más importancia que el derecho individual; así, pues, los particulares jamás pueden oponer sus contratos á una ley de orden público. (1) Que esto no dice que es hacer retrotraer la ley nueva, es claro; puesto que deshace los convenios anteriores, la respuesta es simple y perentoria: está en esencia de las leyes de policía y de seguridad retrotraer porque no se concibe que el derecho del Estado pudiera ser obligado por un convenio de interés privado.

561. La remisión de pagarés á la orden ó de letras de cambio ¿es un pago real? No, es solo una promesa de pago; dedonde se sigue que si la obligación es nula, el deudor puede demandar la nulidad de los pagarés sin que se le pueda oponer el pago en el caso en que este impidiera la acción de repetición. Las letras de cambio son puestas y aceptadas á la orden del que las pone, quien las trasmite por endoso.

Al vencimiento, el portador demandó el pago. El que firmó opuso que las letras de cambio se han creado para pagar una deuda de Bolsa consistiendo generalmente en diferencias, es decir, una deuda de juego. Esta defensa fué negada por la Corte de Paris; juzgó que la acción del sus-

1 Casación, 11 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 187). Aix, 23 de Noviembre de 1881 (Dalloz, 1872, 2, 51).

criptor tendía á la repetición de lo que se había pagado satisfaciendo una deuda cuya repetición no admite la ley de ninguna manera.

La Corte de Casación casó esta decisión. Si el art. 1,967 no permite al que pierde repetir lo que ha pagado, es cuando el pago ha sido real, y la remisión de pagarés á la orden y de letras de cambio no constituye mas de una promesa de pago más tarde. El portador no puede, al transmitir sus efectos á un tercero, cambiar la naturaleza de la obligación, y el suscriptor conserva su derecho de oponer al tercero portador, cuando éste conoce la causa de la deuda y todas las excepciones que puede oponer al primitivo portador. Por consiguiente, si está obligado á pagar á un tercero portador de buena fe, tiene derecho de apelar en juicio el primitivo portador, y de demandar con respecto á éste la nulidad de los tratos suscritos, probando que son sin causa ó fundados en una causa ilícita. (1) No será lo mismo si la obligación se ha contraído bajo forma civil y aceptada por el que pierde; la forma, civil ó comercial, no cambia nada los principios, así la deuda es siempre una deuda de juego y no se puede decir que el que pierde la haya pagado, pues de hecho y de derecho es aun deudor. El espíritu de la ley está de acuerdo con los textos. La Corte de Casación dice muy bien que reconocer la promesa de pagar, como un equivalente al pago, es ofrecer á los apetitos desordenados y al vicio de los jugadores un medio de eludir la prohibición de la ley. El perdidoso no puede, pues, despojarse del derecho de oponer la excepción de nulidad que resulta de la causa de su obligación; si el tercero cesionario es de buena fe y el suscriptor debe pagar, tendrá su recurso contra el primitivo acreedor. (2)

1 Casación, 12 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 180).

2 Denegada casación, Sala Civil, 4 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 413). Compárese denegada casación, 4 de Noviembre

Los mismos principios reciben su aplicación en las obligaciones suscritas, no importa la forma, por causa ilícita: tales son los pagarés suscritos en provecho de una concubina como precio de un concubinato; tal sería también una renta constituida en provecho de la concubina. ¿Es de restitución lo que se ha pagado? Sobre este punto hay controversia; por otra parte, ya hemos tratado la cuestión. Lo que es cierto es que la promesa de pagar no equivale al pago; por consiguiente, el que suscribe puede demandar la nulidad. (1)

562. El deudor no puede pagar con toda clase de monedas; debe hacerse el pago en monedas de oro ó de plata, con una restricción en cuanto á las piezas de 20 y de 50 céntimos, así como las de uno y dos francos, que tienen curso legal entre particulares como moneda pequeña, hasta completar la cantidad de 50 francos por cada pago solamente. En cuanto á las monedas de cobre y de bellón, no pueden emplearse en los pagos más que por los picos de la moneda de 5 francos, es decir, hasta completar 4 francos 95 céntimos. (2)

La ley belga del 21 de Julio de 1866, contiene la misma disposición para las piezas de plata de 2 francos, de 1 franco, de 50 y de 20 céntimos (art. 5). (3) En cuanto á las piezas de cobre de 5 y de 10 céntimos, han dejado de correr legalmente desde el 10 de Marzo de 1869 (ley del 6 de Marzo de 1869). Se han reemplazado por una moneda de níquel de 5, 10 y 20 céntimos. Según los términos de la

de 1857 (Daloz, 1857, 1, 441). Angers, 24 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 2, 211).

1 Denegada casación, 2 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 57.) Grenoble, 30 de Abril de 1858 (Daloz, 1858, 2, 164). Véase el t. 16 de estos *Principios*, pág. 226, núm. 146).

2 Ley del 14 de Julio de 1866, art. 5. Decreto del 18 de Agosto de 1810.

3 La ley de 1866 aprueba el convenio monetario celebrado entre la Bélgica, la Francia, la Italia y la Confederación suiza.

ley del 20 de Diciembre de 1860 (art. 8), ninguno está obligado á aceptar en pago más de 5 francos en moneda de níquel.

563. Los pagos deben hacerse con la moneda que corre en Bélgica; la moneda que no tiene curso legal, no es considerada como tal, y por consiguiente, no debe recibirse. Esto es evidente para las monedas antiguas que han perdido su valor, lo mismo que para las monedas extranjeras; á menos que sean recibidas en Bélgica en virtud de un tratado: tal es el convenio monetario celebrado en 1866, entre la Bélgica, la Francia, la Italia y la Suiza.

¿Pueden las partes contratantes estipular que el pago se haga con moneda extranjera no siendo corriente en Bélgica? Según el art. 143 del Código de Comercio, esta estipulación se admite en las letras de cambio y deben pagarse en la moneda indicada. Lo mismo será en los convenios civiles, porque hay el mismo motivo para decidirlo. Los convenios concernientes á la moneda con la cual el deudor debe pagar, se hace en el interés de las partes contratantes, y los convenios tienen lugar de ley para los que los hacen, á menos que sean contrarios al orden público; y no hay nada de contrario al orden público en estipular una moneda de la cual se puede tener necesidad. (1)

Si el acreedor consiente en recibir la moneda indígena en lugar de la moneda extranjera que estipuló, podrá tener en cuenta no solamente el valor corriente de la moneda extranjera que había estipulado en el convenio, sino el valor intrínseco de esta moneda convertida en plata en Bélgica. (2)

564. ¿A qué valor se arregarían las monedas si ha ha-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 159, nota 9, pfo. 318.

2 Burdeos, 26 de Enero de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,755).

bido aumento ó disminución en el curso legal? El artículo 1895 establece, con respecto á eso, el principio siguiente en materia de préstamo: "La obligación que resulta de un préstamo de dinero, no es más que la suma numérica anunciada en el contrato." Esta disposición, general por su naturaleza, debía haberse colocado en el título "De las obligaciones," porque todo el mundo sabe que debe aplicarse en toda clase de convenios. El principio formulado por el art. 1,895, viene de la naturaleza misma de la moneda; es un medio de cambio. Lo que las partes tienen en cuenta, es el valor que la ley dá á la moneda, porque este valor es el precio que representan las cosas y es la cantidad y no la clase de monedas lo que tienen en consideración.

De aquí la consecuencia establecida en la segunda línea del art. 1,895: "Si ha habido aumento ó disminución de las monedas antes de la época del pago, el deudor debe devolver la suma numérica prestada y no otra suma en moneda que empiece á correr en el momento del pago." Tomamos un ejemplo de los editores de Zachariæ. Si una ley reduce á 4 francos 95 céntimos el valor de la moneda de 5 francos, aquel que debiera pagar después de la nueva ley una suma de 1,000 francos ¿será librado pagando 200 monedas de 5 francos, como lo habría hecho en el momento del contrato? Nó, 200 piezas de 5 francos no representan más de 1,000 francos y estaba obligado á pagar 202 y 10 céntimos. Si se supone al contrario, que al valor de la moneda de 5 francos le aumentaron 5 céntimos, el deudor de una suma de 1,000 francos, según la antigua ley, ¿debía pagar también 200 monedas de 5 francos? Nó, se libraría pagando 198 monedas y un pico de 10 céntimos; lo que, según la nueva ley, compone la suma de 1,000 francos. (1)

1 Durantón, t. XXII, pág. 141, núm. 91. Aubry y Rau, t. IV, pág. 199, nota 11, pfo. 318.

565. ¿Las partes pueden derogar la regla de que los pagos de sumas de dinero deben hacerse según el valor nominal de las monedas en la época en que se hacen? Nó; porque esta regla, dice Pothier, es de derecho público, es decir, de interés general, y las partes contratantes no pueden derogar las leyes que se hacen en interés de la sociedad (art. 6). Se alega que el art. 143 del Código de Comercio, permite estipular que el pago se haga en una moneda que no tenga curso legal donde el deudor paga su deuda. La respuesta es fácil y perentoria. Estipulando que el pago se haga en moneda extranjera, las partes no derogán, ciertamente, la ley Belga, puesto que permite hacer esta estipulación. Otra cosa sería el convenio que diera á una moneda belga un valor diferente del que la ley le atribuye, porque semejante convenio, derogaría una ley de orden público, lo que decide la cuestión. (1)

Núm. 6. ¿Cómo debe hacerse el pago?

#### I. Principio general.

566. En los términos del art. 1,244, "de ninguna manera puede el deudor obligar al acreedor á recibir dividido el pago de una deuda, aunque sea divisible." El artículo 1,320 formula el mismo principio. "La obligación que es susceptible de división, debe cumplirse entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible." ¿Por qué no puede el deudor dividir un pago? A esta cuestión se responde ordinariamente que el acreedor tiene interés en recibir el pago íntegro. Mala respuesta, en nuestro concepto. Podría probarse que el acreedor no puede tener ningún interés en rehusar el pago dividido, aunque pudiera, sin

1 Esta es la opinión general, salvo el disentiimiento de Durantón, t. XII, pág. 145, núm. 93. (Aubry y Rau, t. IV, pág. 159, nota 12, pfo. 318. Demolombe, t. XXVII; pág. 224, núm. 299).

embargo, rehusarlo respondiéndole que estaba en su derecho hacerlo, y que el interés no le importaba. Se reclama en nombre de la equidad, calificando de dureza, al acreedor opulento que no permite á un deudor afligido pagar por partes. Bajo el punto de vista moral, esto puede ser cierto, mas bajo el punto de vista jurídico, no puede invocarse la equidad contra la ley, porque el juez sería más que el legislador. Toullier dice muy bien: "La justicia debe tener una venda en los ojos para no ver consideraciones personales que con frecuencia no hacen mas de inclinar la balanza de los magistrados, quienes deben juzgar las razones y no las personas, haciéndolo según las leyes, sin reformarlas."

Esto es lo de más importancia en el principio elemental que asienta el art. 1,244; la ley permite derogar algunas veces por consideraciones de humanidad; mas es conveniente una disposición expresa para dar esta facultad al juez. Cuando la ley no dice nada, jamás podrá el juez sujetar el derecho á la equidad.

Según esto, es fácil probar que el acreedor tiene interés en el pago íntegro, como el deudor puede tenerlo en que sea dividido; estas condiciones deben discutirse al hacer el contrato; pudiendo el deudor estipular la facultad de hacer el pago por partes, y si no lo hace, reconoce por esto mismo, el interés que el acreedor tiene en recibir el pago íntegro. Si tiene siempre más interés, dice Pothier, en recibir de una vez una fuerte suma para emprender negocios, que en recibir pequeñas partidas que se gastan sin sentir, á proporción que se reciben. Es más difícil colocar pequeñas cantidades que capitales fuertes. Hé aquí por regla general el interés de todos los acreedores, y cuando son comerciantes ó industriales, pueden tener mayor interés en el pago íntegro con el cual cuentan para hacer por su parte los pagos á que se han comprometido. Se compadece al deudor; pues en el mundo de los negocios no hay acree-

dor que no sea deudor y no hay más que un sólo medio de conciliar los intereses, sostener la ley de los contratos. El que se obliga á pagar 10,000 francos debe pagarlos íntegramente para no faltar á su obligación y para no alterar el contrato pagando por partidas. (1)

567. El principio de la indivisibilidad del pago, supone que no hay mas de una deuda, un acreedor y un deudor. Al tratar de las obligaciones indivisibles y divisibles, ya hemos dicho que la deuda se divide cuando el deudor muere dejando varios herederos, lo mismo que el crédito se divide entre los herederos del acreedor, y lo mismo sería si desde el principio hubiera varios deudores no solidarios ó varios acreedores no solidarios. (2) Insistiremos en lo que hemos dicho ya.

568. El principio de la indivisibilidad del pago supone una sola deuda. Si el deudor contrae varias deudas para con su acreedor, bien está que pague cada deuda separadamente, aun cuando todas puedan exigirle, y el acreedor no podrá rehusar el pago de una de esas deudas con pretexto de que el deudor le ofrece un pago parcial, porque el deudor paga íntegramente satisfaciendo completa una de sus deudas. Como se ha dicho, el art. 1,244 establece el principio de la indivisibilidad de la deuda y no de la indivisibilidad de todas las deudas.

Este principio se aplica á los intereses y retrasos, así como todos los pagos que se hacen por anualidades, como arrendamientos y alquileres. Es preciso distinguir si el deudor tiene que pagar intereses de un capital ó si tiene que pagar anualidades. En el primer caso, los intereses son accesorios al capital y la deuda principal y la accesoría no forman mas que una sola deuda. De esto se sigue

1 Pothier, núm. 534. Toullier, t. IV, 1, pág. 73, núm. 70. Colmet de Santerre, t. V, pág. 344, núms. 183 y 183 bis, I.

2 Durantón, t. XII, pág. 128, núm. 84.

que el deudor no puede limitarse á ofrecer la suma principal, y que el acreedor no está obligado á recibirla, si no se le pagan al mismo tiempo todos los intereses que se le deben. Por la aplicación de este principio es por lo que el deudor que hace ofertas reales á su acreedor debe ofrecerle la totalidad de la suma exigible, los retrasos y los intereses que se le deben, y si ha tenido demandas, las costas liquidadas y una suma para las no liquidadas (art. 1,258, núm. 3). (1)

Cuando solo los intereses son exigibles, cada anualidad forma una deuda aparte. El deudor de varios retrasos de anualidades puede obligar al acreedor á recibir el pago de una anualidad, aunque no le ofrezca al mismo tiempo el pago de las otras. Y lo mismo es con los alquileres y arrendamientos; cada término vencido forma una deuda aparte, y el acreedor no puede rehusar un término que el deudor le ofrece, por la razón que no le ofrece todo lo vencido: cada uno de estos vencimientos constituye una deuda aparte. Pothier agrega que el acreedor no puede ser obligado á recibir las últimas anualidades antes que las precedentes y dá como razón para decidirlo lo que Dumoulin dice: un pago hecho así, trastornaría las cuentas del acreedor. Esta razón no ha aparecido muy poderosa. Existe otra que es de una gravedad incontestable, y es que los intereses y alquileres prescriben á los cinco años; (art. 2,270) por consiguiente importa mucho al acreedor que sean satisfechas primero las deudas mas antiguas. La ley misma lo decide así: cuando el deudor de varias deudas hace un pago parcial sin que se haya hecho descuento por el deudor ni por el acreedor, la ley dice que el descuento se haga sobre la deuda mas antigua si todas son de igual naturaleza. Se dirá que el deudor es libre de hacer el descuento sobre la mas antigua; pero mas adelante demostraremos

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 539\_534.

que no puede hacer lo que sea perjudicial al acreedor, por consiguiente no puede hacer un pago que comprometa sus derechos. (1)

569. El principio de la indivisibilidad del pago tiene excepciones en caso de compensación. Las dos deudas se extinguen de pleno derecho hasta completar sus cuotas respectivas; así pues, cuando la cuota difiere, el que permanece acreedor recibe un pago dividido, y pagándole por parte la compensación, no puede demandar el pago mas que de lo que le falta. En realidad esto no es un perjuicio hecho al derecho del acreedor, porque puede reclamar como acreedor lo que se le debe y deberá inmediatamente volver como deuda, la compensación hecha solo por evitar tradiciones inútiles.

Si el deudor de varias deudas hace un pago parcial, sin declarar cual deuda quiere satisfacer y si la entrega no contiene ningún descuento, la ley lo hace según las distinciones que explicaremos: lo hace proporcionalmente, dice el artículo 1,256, á todas las cosas iguales. El acreedor no tiene porque quejarse; recibe, es verdad, un pago parcial, mas puede rehusarlo ó imputarlo como quiera, puesto que es el acreedor quien dictó la imputación cuando el deudor no lo hace.

Hay una tercera excepción en materia de fianza. Cuando varias personas fian á un mismo deudor, gozan del beneficio de división. Esto no quiere decir que la deuda se divida entre ellas de pleno derecho, porque el art. 2,025 dice que cada una está obligada á toda la deuda; el acreedor puede demandar á cada uno de los cofiadores por la deuda entera, mas sobre esta demanda el fiador puede oponer el beneficio de división. Diremos al tratar de la "Fianza," cuáles son los efectos de esta división de la deuda (art. 2,026).

1 Pothier, núm. 539. Demolombe, t. XXVII, pág. 210, núm. 241.

Se puede decir que las partes contratantes pueden derogar el principio de la indivisibilidad del pago, cuyo principio no se establece mas que en interés del acreedor, y, por consiguiente, puede renunciarlo. ¿Cómo se dividirá, en este caso, el pago? Esto depende del convenio de las partes y en caso de duda el juez lo interpretará en interés del deudor, este es el derecho común (art. 1,162); mas no es el juez, en este caso, quien autoriza la división del pago; es un derecho para el deudor y no un término de gracia.

De otra manera es cuando el juez, usando del derecho que le dá el art. 1,244, concede plazos al deudor, atendiendo á su posición. Este es el plazo de gracia, última excepción al principio de la indivisibilidad del pago y la trataremos aparte.

## II. Del plazo de gracia.

570. El término de gracia es una excepción al rigor de los principios: por ejemplo, el acreedor tiene derecho á un pago íntegro y el juez lo divide. En la antigua legislación la excepción amenazaba volverse regla, en el sentido de que el acreedor no podía jamás contar con el cumplimiento del contrato. La ley concedía letras de "estado" á las personas empleadas ó consideradas como tales en el servicio del "Estado:" estas letras contenían un sobreseimiento á toda demanda. Toullier dice que se acordaban con mucha frecuencia al crédito y á la intriga. Se entregaban también en nombre del rey, "letras de plazo." Se dirigían á los jueces permitiéndoles conceder al deudor un plazo razonable, que no podía exceder de cinco años. Si hemos de creer á Toullier, estas letras, siendo dadas ordinariamente á negociantes que, bajo la égida del sobreseimiento, insultaban á los desgraciados acreedores por un bajo insolente, obligándoles á tratar condiciones ruinosas.

Estaba prohibido á los jueces conceder ningún término ni plazo para pagar sino era en consecuencia de estas letras; no obstante, la orden de 1669 les permitía, cuando eran condenados á pagar alguna suma, suspender el cumplimiento de la condenación durante "tres meses" á lo más. Esta es una tercera especie del plazo de gracia. Los deudores tenían, por consiguiente, buenos medios para sustraerse á los perseguimientos legítimos de sus acreedores. (1)

El antiguo régimen que los antiguos querían resucitar y que era el régimen de los abusos; fué destruido en 1,789. El rey no intervenía más que en las relaciones de interés privado para favorecer al deudor á expensas del acreedor. Sin embargo, los autores del Código Civil sostuvieron el plazo de gracia; el art. 1,244, permite al juez conceder plazos moderados al deudor, en atención á su posición, y usando de este poder con gran prudencia. (2) Importa precisar los motivos por los cuales el legislador autoriza á los jueces á derogar la ley del contrato. Después de haber establecido el principio de la indivisibilidad del pago, el orador del Gobierno agrega: "Si el deudor se encuentra, no obstante, en tales circunstancias que, por motivos de humanidad, y aun puede ser que en interés del acreedor, los jueces están convencidos de que, sin ocasionar perjuicio al acreedor, hacen un acto de humanidad concediendo plazos moderados para el pago, la ley los autoriza; mas recordándoles el respeto que deben á los contratos y advirtiéndoles que no hagan uso de este poder sino con la mayor prudencia." El relator del Tribunado expone con gran fuerza los motivos que pueden alegarse contra el pla-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 404, núms. 653 y 654.

2 Hay aún, en Bélgica una legislación especial sobre las prórogas. Véase la *Disertación* sobre las prórogas de M. Alberto Callier, págs. 46 y siguientes y la ley de 18 de Abril de 1854, título IV.

zo de gracia. "Los convenios tienen lugar de ley para los que lo hacen. ¿Cómo, pues, podrán los jueces subsistir la ley por su voluntad? ¿No saben que el menor retardo puede causar los mayores males á un acreedor? Y el retardo ¿no puede poner al mismo acreedor en la imposibilidad de cumplir sus compromisos?" Es preciso que haya motivos muy graves para que el juez se interponga entre el acreedor y el deudor. Jaubert los expone con menos fuerza: "¿No es cierto que un deudor de buena fe, puede encontrarse en tales circunstancias que el retardo no pueda imputársele como crimen, y que sería una dureza excesiva del acreedor no concederle plazo? Un deudor no tiene mas que inmuebles, y notoriamente hace los mayores esfuerzos para venderlos: ¿debe sufrir todas las calamidades inherentes á la expropiación forzada en caso sobre todo que el acreedor no tenga ninguna necesidad? ¿La justicia no es también la equidad natural? ¿La *humanidad* no tiene sus derechos?" Jaubert termina diciendo que en la antigua jurisprudencia, los jueces estaban autorizados para conceder alguna cosa á la equidad. "¿Habríamos podido cambiar en este punto la legislación de nuestro Código en que el pueblo francés quiere encontrar á cada paso la equidad al lado de la justicia?" El orador del Tribunalado se expresa en el mismo sentido, invocando siempre la "humanidad" para justificar la derogación que la ley permite al juez dar al contrato. (1)

571. Hemos insistido en los únicos motivos que justifican el plazo de gracia; deciden de antemano una cuestión capital que se presenta en esta materia. Se pregunta si las partes pueden convenir en que el deudor no demande el término de gracia. La cuestión es muy controvertida, y no

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 122 (Loché, tomo VI, pág. 169). Jauber, relación núm. 16 (Loché, pág. 298). Mouricault, discursos, núm. 37 (Loché, pág. 251)

vacilamos en decir que semejante convenio sería nulo. El art. 6 dispone que los particulares no pueden derogar sus convenios en las leyes que conciernen al orden público. ¿Cuáles son estas leyes? Ya hemos respondido por otra parte que se entiende por leyes de orden público, las que reglamentan el estado y la capacidad de los hombres, y en sentido más extenso, las leyes que conciernen al interés general. (1) El art. 1,244 ¿es de interés general, ó de orden público? No puede negarse en presencia de las declaraciones hechas por los autores del Código Civil: la *humanidad*, ¿no es de interés general? Inútilmente se diría que se trata del interés del deudor. Sin duda, mas se olvida que el acreedor no solo tiene interés sino derecho. Y bien, la ley sacrifica este derecho, ¿es en interés del deudor? ¿tiene un interés privado? Esto sería injustificable, porque el legislador debe respetar los derechos, y jamás sacrificarlos á un interés privado. Mas hay otra clase de interés, por mejor decir, otro derecho, el derecho de la humanidad. Este derecho es general y está sobre el derecho del acreedor permitiendo escuchar el interés del deudor.

Se opondrá la discusión que ha tenido lugar en el Consejo de Estado. Cambacères pregunta si el art. 1,244 autoriza al juez á pronunciar la división del pago, aun cuando haya una estipulación contraria; á su modo de ver, es dar mucho poder á los tribunales. Regnaud abunda en esta opinión, mas la ley dá amplitud á los tribunales para modificar los convenios, menos si existe crédito. Bigot-Préameneu, orador de la sección legislativa, responde que la sección no tuvo intención de dar esta extensión al poder de los tribunales. (2) Es, pues, cierto dice Toullier, que la intención de los redactores del Código y del Consejo de

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, pág. 81, núms. 47-49.

2 Sesión del 18 de Brumario, año XII, núm. 46 (Loché, t. VI, página 91).

Estado no fué de autorizar al juez á dar un plazo al deudor haciendo á un lado la estipulación contraria que forma la ley del contrato. (1) La discusión que acabamos de analizar no tiene la importancia que se le dá. Es una simple opinión del relator de la sección legislativa; el Consejo de Estado no envió voto, solo admitió la disposición propuesta; ¿mas en qué sentido la aplica? Se ignora. Si semejante conversación pasara en nuestros salones, ciertamente no ligaría á los tribunales; y menos aún los liga tratándose de algunas palabras cambiadas en el Consejo de Estado; porque no es éste quien hace la ley, únicamente la prepara interviniendo el Tribunado y votándola después el Cuerpo legislativo. Mas en las disposiciones pronunciadas ante el Cuerpo legislativo, no hay mas interpretación que la que Bigot-Préameneu dió al proyecto del Código Civil. A nuestro modo de ver, no basta con una opinión emitida por el consejo, porque se trataba de derogar el artículo 6, que contiene una disposición fundamental, y una excepción demanda un texto. Esto nos parece decisivo. (2) Los motivos dados por la opinión contraria, afirman la nuestra. Si la ley, dicen, hubiera querido proscribir los convenios contrarios al art. 1,244, se hubiera expresado sobre este punto, en muchos otros casos. Respondemos que la ley habló asentando la regla general escrita en el art. 6; no puede decirse que la ley es muda y que en su silencio debe respetarse el principio de la libertad de los convenios. La verdadera dificultad está en la interpretación del art. 6. El excelente autor que combatimos, dice que las consideraciones de humanidad que se hacen valer para justificar el plazo de gracia no se ligan demasiado estrictamente á las reglas generales y fundamentales en las cuales descansa la socie-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 408, núm. 658. Aubry y Rau, t. IV, página 164, nota 26, pfo. 319.

2 Demolombe, t. XXV, pág. 557, núm. 592, después Delvincourt y Marcadé.

dad para que se pueda ver en el art. 1,244 una disposición de orden público (1) Habría, pues, dos grados en el orden público, uno que vicia los convenios y otro que no los vicia: ¿y cómo podría ser esto cuando un orden público es suficiente para producir la nulidad? En definitiva, es abandonar al sentimiento individual de cada uno, la cuestión de saber si una disposición es ó no de orden público. Así, en el lugar del principio tenemos la más absoluta arbitrariedad. Tal es, en realidad, la práctica judicial. Una corte afirma que el art. 1,244 es de orden público (2) y otra que no lo es (3) sin agregar una palabra para motivar sus decisiones. Esto prueba que aunque se dice, se necesita un principio, una definición cualquiera de lo que se entiende por orden público, si no se discute y se decide sin motivo para hacerlo.

572. El art. 1,244 dice que los jueces pueden, en atención á la posición del deudor, conceder plazos moderados para el pago. ¿Qué es lo que la ley entiende por "posición del deudor?" En el consejo de Estado, Treilhard, miembro y á menudo orador de la sección legislativa, explica en qué espíritu debe aplicarse la disposición. Se ha supuesto, dice él, un deudor, que probando por el cuadro de su situación que es insolvente, pide un corto plazo para una parte del pago. En este caso, el juez lo condenará por la totalidad, mas graduando los términos del pago. Jauvert se expresa en el mismo sentido que el Tribunado: supone un deudor insolvente pero que no puede vender sus inmuebles. (4) En este caso los mismos acreedores tie-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 350, núm. 183 bis, IX. Compárese Larombière, t. III, pág. 147, núm. 28 del art. 1,244 (Ed. B., t. II, pág. 176).

2 Colmar, 29 de Julio de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 239).

3 Burdeos, 29 de Abril de 1840 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,773, II).

4 Consejo de Estado 18 de Brumario, año XII, núm. 46 (Loaré, t. VI, pág. 01). Jauvert, Relación núm. 16 (Loaré, t. VI, pág. 208).

nen interés en que se conceda un plazo al deudor, puesto que la venta no se hace, podrá ser de tal manera desventajosa, que no sea suficiente el precio para pagarles. ¿Es preciso hacer una regla de interpretación para estas explicaciones? (1) Esto sería entender la ley en un sentido muy restrictivo: si realmente los acreedores tienen interés en conceder un plazo, ellos lo darán, sin que haya necesidad de que el juez intervenga. Si el juez es llamado á conceder un plazo, es porque hay dificultad de intereses, en cuyo caso el juez ejerce un poder absoluto. Cambacéres pregunta al consejo de Estado si la Corte de Casación puede revisar la decisión de los jueces. La negativa es tan evidente, que no comprendemos cómo se ha movido esta cuestión. La Corte de Casación de Francia, decidió que el poder del juez se deja puramente á su conciencia. La Corte concluye que el silencio del juez sobre conclusiones por las cuales se pide plazo de gracia, prueba bastante que no se creyó encontrar en la causa motivos para conceder semejante plazo, de donde se saca la consecuencia que el fallo no es nulo por falta de motivos. (2) La Corte de Casación de Bélgica decidió lo mismo. (3)

Citaremos, no como regla que deba interpretarse, sino como ejemplo, un caso que la Corte de Colmar juzgó. Había acreedores interesados en que se concediese un plazo de gracia á los deudores, y otros más exigentes y que no exponían nada porque eran los primeros que estaban inscritos, demandaron la expropiación; y siendo generalmente despreciados los inmuebles, estaban en primer lugar en el común de los bienes que debían haberse vendido; más un incendio consumió casi todo el lugar al grado de no encon-

1 Aubry y Rau lo hacen (t. IV, pág. 163, nota 21, pfo. 319). Compárese Demolombe, t. XXV, pág. 568, núm. 599.

2 Denegada casación, 7 de Junio de 1869 (Daloz, 1860, 1, 21).

3 Denegada casación, 24 de Diciembre de 1857 (*Pasicrisia*, 1358, 1, 58).

trarse compradores. ¿Qué resultó? La ruina cierta de los deudores y la pérdida de los créditos para los acreedores posteriores á los que demandaba. Esta es el caso de conceder una próroga que no perjudicaba á nadie, permitiendo á los deudores satisfacer á los más exigentes de sus acreedores y dando á los otros la esperanza de ver mejorada su posición cuando los inmuebles volvieron á tener su valor. (1) Este es el caso previsto por el consejo de Estado.

573. Se ha preguntado si el juez debía tener en cuenta la posición del acreedor. Según el texto nó; la ley se limita á decir que los términos deben ser moderados. ¿Podrá el juez rehusar el término de gracia porque éste arruine al acreedor? El acreedor tiene derecho al pago y el deudor está obligado á pagar; si uno y otro están en mala posición, debe tener en cuenta el derecho del acreedor; porque nunca los tribunales deben arruinar al acreedor por consideración al deudor. Es cierto que estas son hipótesis extremas; en hecho se trata de un perjuicio mas ó menos grande que resulta al deudor ó al acreedor: el juez debe conciliar los intereses y no sacrificar á uno ni á otro. En este sentido se expresan el orador del Gobierno y el relator del Tribunado (núm. 570) y la jurisprudencia está conforme. Antes de conceder al deudor un plazo, dice la Corte de Burdeos, es preciso considerar si la posición del acreedor lo permite. La Corte juzga que la posición del acreedor no permite usar, en favor del deudor, de la facultad que el art. 1,244 solo dá á los jueces (2) La Corte de Bruselas dice, que para conceder un plazo, es preciso limitarlo conciliando el interés del deudor con el del acreedor. (3)

574. El legislador ha procurado moderar el poder ab-

1 Colmar, 29 de Julio de 1850. (Daloz, 1852, 2, 238).

2 Burdeos, 30 de Agosto de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,874).

3 Bruselas, 16 de Noviembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 295).

soluto que ha tenido necesidad de conceder al juez; el artículo 1,244 debe usar de este poder con una gran reserva, no concediendo mas que plazos moderados. Estas son recomendaciones que se dejan á la conciencia del magistrado. Si el juez se deja llevar por una indulgencia, en vista de la miseria del deudor, la Corte de Apelación moderará lo que haya de excesivo en las decisiones dictadas por la compasión. Un Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia concedió un plazo de diez años al deudor, lo que equivale á hacer un nuevo contrato. Era en el año de 1816 y la invasión de la Europa armada determinó la caída del Imperio: estas circunstancias extraordinarias alteraron profundamente el crédito, proporcionando á la justicia poder inclinarse en favor del deudor. Estas son las expresiones de la Corte de Colmar; mas agrega que es evidente que concediendo los jueces diez años de plazo, traspasaron los límites que les concede la ley. (1)

En este mismo caso se pretendió que el Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia había violado el art. 1,244 concediendo varios plazos al deudor; y la Corte parece ser de esta opinión, puesto que dice que es necesario no derogar la indivisibilidad de la obligación al conceder plazos. La cuestión es saber si el juez debe sostener la obligación de pagar el total de la deuda, á menos de dar un plazo mas ó menos largo al deudor para satisfacer, ó si se puede, dividir el pago por términos. Nos parece que el texto y el espíritu de la ley deciden la dificultad en favor del deudor. El artículo 1,244 comienza por asentar el principio de la indivisibilidad del pago: aunque la deuda sea divisible, y siendo el pago indivisible entre el acreedor y el deudor, éste no puede pagar su deuda en varios abonos cuando el contrato no lo autoriza.

1 Colmar, 18 de Agosto de 1816 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,769).

Pues bien, hay en la segunda parte una excepción á esta regla, cuya excepción está indicada por la palabra "sin embargo," y si la regla es la indivisibilidad del pago, la excepción debe consagrar la divisibilidad. El texto dice: los jueces pueden conceder los plazos moderados para el pago. Como es cuestión de un solo deudor, la palabra "plazos," empleada en plural, marca que el juez puede dar varios términos, es decir, dividir el pago. Tal es, también, el espíritu de la ley. ¿Qué quiere el legislador? Conceder al deudor un favor que le permita satisfacer á su acreedor, facilitándole el pago; y el medio de facilitarlo, es dando al deudor la facultad de pagar por términos, pues encontrándose en una situación difícil, obligarlo á guardar sus economías para formar el capital de la deuda, es exponerlo á cada instante á gastarlo, es decir, ponerlo en la imposibilidad de librarse. La ley está hecha para el deudor y es preciso interpretarla en su favor. Esta es la opinión general, excepto la de Durantón. Se ha refutado lo que él dice, mas creemos inútil repetirlo, y volveremos á citar á Marcadé. (1)

576. El Código de Procedimientos limita el poder del juez disponiendo que, en ciertos casos, el deudor no pueda obtener un plazo ni gozar del que se le había concedido. En los términos del art. 124, el juez no puede conceder un plazo de gracia al deudor cuando sus bienes se han vendido por pedimento de otros acreedores; porque la venta forzada de los bienes del deudor es una prueba, casi siempre de insolvencia, y el beneficio del plazo no puede concederse al deudor insolvente; este beneficio solo se concede al deudor que solo se encuentra en una dificultad momentánea, aunque sea en sus negocios; de suerte que el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 101, nota 7, pfo. 319. En sentido contrario, Durantón, t. XII, pág. 133, núm. 88. Compárese Marcadé, tomo IV, pág. 529, núm. 1 del art. 1,244.

deudor, mediante algunas economías, pueda satisfacer á sus acreedores. Mas hay acreedores que expropián al deudor, y el juez no puede concederles plazo sin comprometer los derechos del acreedor que se verá en la imposibilidad de demandar un pago, cuando otros acreedores demandarían al deudor.

El deudor quebrado no puede obtener plazo de gracia, y pierde el que se le había otorgado; la razón es que en caso de quiebra, no hay esperanza de que el deudor pueda reponerse, y si, por excepción la suspensión de pagos no proviene mas que de una dificultad momentánea, el deudor podrá obtener una próroga. Hagamos á un lado la materia de las prórogas que solo concierne á los comerciantes. ¿Es preciso extender á la insolvencia lo que el artículo 124 dice de la quiebra? Bajo el punto de vista de los principios, la afirmativa no es nada dudosa, puesto que la insolvencia es el estado de ruina, mientras que el quebrado puede ser que no esté insolvente; hay, pues, un argumento *á fortiori* para rehusar al deudor civil que está insolvente, un favor que la ley rehusa ó retira al deudor comerciante que suspende sus pagos. Un tribunal de primera instancia concedió un plazo de gracia al deudor en interés bien marcado de los mismos acreedores, puesto que había todas las probabilidades de que los bienes aumentarían de valor. La decisión fué equitativa, mas contraria á la ley: fué reformada en apelación por el motivo de que el deudor arruinado no podía obtener plazo, ni gozar del que se le había otorgado, reconociendo él mismo su insolvencia. (1)

El Código de Procedimientos excluye también del beneficio del art. 1,244 al deudor contumaz. ¿Qué debe entenderse por esto, una persona es rebelde cuando se substrahe por la fuga á los perseguimientos de la justicia crimi-

1 Poitier, 17 de Junio de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22).

nal? Puesto que la palabra técnica tiene un sentido legal, es preciso entenderla con este significado (Cód. de Instr., art. 465 y siguientes). (1) Cuando se pone preso al deudor queda igualmente privado del beneficio de la ley; el artículo 124 no dice si es por deudas ó infracción penal por lo que el deudor está en prisión. Puesto que la ley no distingue, no hay lugar de hacerlo. (2) En fin, el art. 124 dice que el deudor no puede obtener un plazo ni gozar del que se le había concedido, si ha disminuido las seguridades que había dado á su acreedor por el contrato: estas son las expresiones del art. 1,188; volveremos á las explicaciones que hemos dado tratando del término convencional.

Se enseña que es preciso entender esta disposición al deudor que deja pasar, sin pagar, uno de los términos que el juez le concedió. (3) Hay, es cierto, un motivo de analogía; mas, ¿esto es suficiente para las prescripciones? En nuestro concepto, nó. Toullier dice, que el fallo que contra la ley del contrato divide el pago en varios términos, comprende la condición implícita si el deudor paga en cada término. Si esa es la intención del juez, es preciso que la manifieste: no conocemos otra condición implícita más que la establecida por la ley. Así, pues, es preciso atenerse al principio de que las prescripciones son de estricto derecho.

577. El Código del Comercio deroga el art. 1,244 en lo que concierne á las letras de cambio y á los pagarés á la orden; los arts. 157 y 158 prohíben al juez conceder plazo

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 164, nota 23, pfo. 319. En sentido contrario, Larombiere, t. III, pág. 152, núm. 34 del art. 1,244 (Ed. B., t. II, pág. 177), que considera como contumaz al deudor civil que se oculta.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 164, nota 24. En sentido contrario, Larombiere, t. III, pág. 152, núm. 34 (Ed. B., t. II, pág. 177).

3 Toullier, t. III, 2, pág. 418, núm. 671. Aubry y Rau, t. IV, pág. 164, nota 25. En sentido contrario, Larombiere, t. III, pág. 178, número 35 (Ed. B., t. II, pág. 178).

para el pago de un efecto negociable. Se ha juzgado que esta excepción debe aplicarse al caso en que un funcionario público firma un pagaré á la orden, pues no puede mandar que el juez divida la deuda, en el sentido de que el acreedor no pueda embargar su sueldo mas que por fracciones. (1) La excepción establecida para las letras de cambio y pagarés á orden, no se aplica á otras obligaciones comerciales. (2) El derecho común de las excepciones debe ser de estricta interpretación. Se concibe que los pagarés destinados á circular y pagaderos en día fijo, deben pagarse porque el interés del comercio lo exige. Mas cuando la obligación se limita al acreedor y al deudor, el interés del comercio no tiene nada que ver; estos créditos no difieren nada de los créditos civiles, y, por consiguiente, deben sujetarse á la misma regla.

578. El art. 1,244, ¿se aplica á los casos en que la deuda es justificada por una ejecutoria, es decir, revestida de la fórmula que ordena en nombre del rey, á todos los empleados públicos ayudar al cumplimiento forzado de la escritura? Es una cuestión muy controvertida, (3) que si se pudiera decidirla en teoría, la solución sería muy fácil. La disposición que permite al juez conceder plazos al deudor, se funda en el motivo de humanidad, y, por consiguiente, es absolutamente independiente de la forma de las escrituras que justifican el crédito. ¿Qué importa que el deudor haya subscripto una escritura legalizada? ¿Esto impide que pueda implorar la humanidad, cuando el acreedor le persigue? En pura teoría, ni aun un fallo sería obstáculo. Mas es preciso ver si las leyes admiten esta teoría.

1 Burdeos, 24 de Marzo de 1858 (Daloz, 1859, 2, 6).

2 Massé, *Derecho comercial*, t. IV, pág. 54, núms. 2,143, 2,144.

3 Véanse, en sentido contrario, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 165, nota 29 del pfo. 319, y por Demolombe, t. XXV, pág. 560, núm. 593, y la jurisprudencia en el Repertorio de Daloz, núm. 1,778.

En cuanto á fallos, hemos visto una disposición formal en el Código de procedimientos. El art. 122 dice: "En los casos en que los tribunales puedan conceder plazos para el cumplimiento de sus obligaciones, lo harán por el fallo mismo que determine la oposición anunciando los motivos del plazo." ¿Cuál es el sentido de esta disposición, y en qué deroga el art. 1244? La ley supone que el acreedor persigue á su deudor judicialmente, y que este es condenado, ¿podrá pedir un plazo para el pago que hará en cumplimiento del fallo? Nó; el art. 122 dice que si hay lugar de conceder plazo, el juez debe otorgarlo en el fallo mismo por el cual condenó al deudor á pagar. Una vez dado el fallo, sin que el Tribunal haya concedido el plazo, no tiene derecho de suspender el cumplimiento; cuya decisión se funda en los principios que rigen la práctica judicial. Cuando el juez ha dado su sentencia, queda agotado su poder, ya no puede reformar ni modificar el fallo que dió. La ley determina los medios por los cuales puede ser reformada una decisión judicial: es la oposición ó la apelación, y fuera de esto el fallo es dado á las partes fijando sus derechos y sus obligaciones. ¿Se dirá que el deudor puede dirigirse á otro juez? Nó, porque la ley fija desde luego la competencia, y aun cuando el deudor pueda citar al acreedor ante otro juez, éste no tiene el derecho de reformar la decisión del primero, lo cual no se puede hacer mas que por vía de apelación. Comprendida así la disposición del art. 122, está fundada en razón. Cuando el juez condena al deudor sin haberle concedido plazo, se debe creer que la posición del deudor no es para garantizar la concesión de un plazo; pues no habría dejado de pedirlo él si su posición le permitiera invocar el art. 1244. Se dirá que su posición puede cambiar y que se debe suponer que de hecho ha cambiado, puesto que el deudor solicita un plazo. A esto se responderá que es difícil que

llegue el caso, puesto que el cumplimiento está en el fallo y para casos tan raros no se necesita derogar un principio fundamental de procedimientos (1)

El sentido que damos al art. 122 está consagrado por la jurisprudencia. Se lee en una sentencia de la corte de Colmar que evidentemente esta disposición tiene el fin de evitar procedimientos que se frustran rehusando al deudor el derecho de demandar plazos después de un fallo contradictorio proveniente de la oposición. La Corte concluye que el fenecimiento de una orden por el proceso verbal del juez, no es obstáculo para que el adjudicatario obtenga un plazo para el pago de su precio; en efecto, este proceso verbal no es una decisión judicial de una cuestión entre acreedor y deudor: es cierto que el deudor no puede pedir un término, porque el juez encargado del arreglo no tiene ningún poder para concederlo, porque no está ni en el texto ni en el espíritu del art. 122 (2) Otra es la cuestión de saber si los jueces pueden conceder un plazo al deudor cuando las demandas han comenzado ya en virtud de escrituras auténticas que no son fallos.

579. ¿Qué debe decirse si el deudor es perseguido en virtud de una escritura autorizada por notario? ¿Puede demandar un plazo? El art. 1,244 parece decidir la cuestión en su favor, puesto que dá al juez un poder general sin distinguir si la deuda está justificada por escritura auténtica ó por escritura con firma privada. Mas el Código contiene aun otra disposición sobre la materia aquella del art. 2,212, que está concebida así: "Si el deudor justifica de una manera auténtica, que la renta neta y libre de sus inmuebles durante un año basta para el pago de la deuda en capital, intereses y costas, y si ofrece al acreedor la de-

1 Mourlón, t. II, pág. 606. Colmet de Santerre, t. V, pág. 347, núm. 183 bis, VI. Larombière, t. III, pág. 148, núm. 29 del artículo 1,244 (Ed. B., t. II, pág. 176).

2 Colmar, 26 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 56).

legación, puede suspenderse la demanda por los jueces, pudiéndose entablar de nuevo si hay alguna oposición ú obstáculo para el pago" La ley supone que el acreedor persigue y que el deudor demanda la suspensión. ¿Cuáles son estos perseguimientos? Es la expropiación forzada de los inmuebles del deudor. En efecto, el art. 2,212, está colocado bajo la rúbrica del título y del capítulo que trata de la expropiación forzada. ¿En virtud de qué escritura puede ser expropiado el deudor? El art. 2,213 responde: "La venta forzada de los inmuebles no puede ser demandada sino en virtud de un título auténtico y ejecutivo." "¿Cuáles son estos títulos? No hay mas que las escrituras autorizadas y los fallos. Así pues, en el art. 2,212, no puede ser cuestión mas que de demandas hechas en virtud de un fallo ó de una escritura autorizada. Por consiguiente, el artículo se aplica en caso en que el acreedor demande contra su deudor valiéndose de una escritura autorizada; porque estas demandas tienden á la expropiación del deudor si no paga su deuda. Si tal es el sentido del artículo 2,212, es preciso decir que modifica el art. 1,244, porque la ley en este artículo, dá al juez el derecho de conceder plazos al deudor sin ninguna condición, solo que deben ser moderados; mientras que el art. 2,212 pone una condición muy severa y que pocos deudores podrán cumplir. La consecuencia es grave, pues el deudor no puede obtener plazo de gracia desde que la deuda está justificada por escritura auténtica y ejecutoria; de donde resulta que la disposición del art. 1,244 es de rara aplicación, aunque parece dar al juez un poder general é ilimitado.

No creemos que tal sea el sentido del art. 2,212, porque de ninguna manera puede admitirse que en un mismo Código una disposición abrogue la otra, y es á esto á lo que conduce la interpretación que se dá al art. 2,212. Si el acreedor tiene una escritura autorizada el art. 1,244 se ha-

ce inaplicable, y si no la tiene, obtendrá un fallo, en cuyo caso también el art. 122 del Código de procedimientos se opondrá á la aplicación del art. 1,244. Nosotros decimos que el art. 2,212 entendido de esa manera, deroga el artículo 1,244, no podemos decir que lo abroga. A nuestro modo de ver el art. 1,244 permanece aplicable aun cuando el acreedor tenga una escritura autorizada y aunque entable demandas, si estas no son de expropiación forzada de los inmuebles del deudor. Que el art. 1,244 establezca una regla general, no es nada controvertible porque el artículo 2,212 no puede ser, pues, más de una excepción. ¿Cuáles son los límites de excepción? Ya hemos respondido ántes diciendo que, según el art. 2,213, las demandas de expropiación pueden tener lugar en virtud de una escritura autorizada ó bien por un fallo. Así, pues, el deudor expropiado en virtud de una escritura auténtica y ejecutoria cualquiera, no puede invocar el art. 1,244, y no le queda más que el recurso del art. 2,212. Esto quiere decir que el procedimiento de expropiación no tolera el plazo de gracia, lo que se concibe porque este procedimiento es excepcional y está sometido á reglas que le son propias; la ley fija y escalona todos los plazos sucesivos de las formalidades que hay que cumplir. La suspensión no se comprende más que en el caso en que no hay lugar de continuar la expropiación, y tal es el caso previsto por el artículo 2,212; teniendo el acreedor una garantía completa en la delegación que le es hecha de las rentas de un año no hay razón de ejecutar al deudor. Esta advertencia nos pone en la vía del motivo por el cual, en caso de expropiación, el deudor no goza mas del beneficio del art. 1,242, mas que bajo la condición rigurosa del art. 2,212. Solo los deudores insolventes se dejan expropiar, y en caso de insolvencia, el juez no puede conceder plazo al deudor.

580. La explicación que hemos dado del art. 2,212 está

lejos de ser admitida generalmente. Es cierto que restringe singularmente el art. 1,244 porque basta que el acreedor expropie al deudor para que éste no pueda invocar el beneficio del art. 1,244. Se ha tratado de restringir la excepción del art. 2,212 en los límites más estrechos. Unos dicen que el art. 2,212 deroga, no el art. 1,244, sino el artículo 122 del Código de Procedimientos, es decir, que el deudor que, por regla general, no puede obtener un plazo cuando es perseguido en virtud de un fallo, puede pedir la suspensión de las demandas de expropiación forzada, hechas en virtud de un fallo, si se encuentra en el caso previsto por el art. 2,212. (1)

Esta explicación es inadmisibile: ¿cómo se pretende que el Código Civil haya derogado de antemano el Código de Procedimientos? Esto sería derogar una ley futura.

Colmet de Santerre que admite esta primera explicación, la generaliza diciendo que el art. 1,212 es aplicable en todas las hipótesis donde por excepción del art. 1,244 no puede ser invocado por el deudor; así este se encuentra en uno de esos casos previstos por el art. 124 del Código de Procedimientos, no pudiendo demandar el término de gracia; no obstante, puede invocar el art. 2,212, cuya disposición no concede un favor al deudor, porque no puede alegar más que dando al acreedor una garantía completa para seguridad de su crédito. (2)

Respondemos lo mismo que antes, que no concebimos que los autores del Código Civil hayan formulado el artículo 2,212 en vista de excepciones que no existen en dicho Código y que solo han sido consagradas por el Código de Procedimientos. Para que el art. 2,212 tenga algún sen-

1 Moulón, *Repeticiones*, t. II, pág. 608.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 348, núm. 183 bis, VII.

tido, debe ponerse en relación con el art. 1,244, el cual lleva una excepción.

581. Hay una doctrina más radical que se apoya en el art. 122 del Código de Procedimientos y que infiere que el juez no puede conceder plazo cuando hay una escritura autorizada. Se interpreta el art. 122 en el sentido de que no permite al juez conceder plazo sino cuando hay oposición entre el acreedor y el deudor; y, cuando el acreedor tiene una escritura auténtica, no hay motivo de oposición, porque el acreedor ejecuta al deudor y esta ejecución no puede ser detenida por la concesión de un plazo. (1) Ya hemos respondido antes á la objeción, exponiendo el fin del art. 122 (núm. 578). Es preciso agregar que la interpretación que se dá al Código de Procedimientos, está en oposición con el Código Civil. El art. 1,244 prevee el caso en que el acreedor persigue al deudor, lo que supone la existencia de una escritura auténtica; por consiguiente, esta escritura no impide que el deudor pueda pedir aún un plazo, (2) con tal que no sean demandas de expropiación forzada, porque en este caso le es aplicable el art. 2,212. Cualquiera otra demanda no impide al juez conceder plazo al deudor.

Se insiste en invocar un principio constitucional, la división de poderes. Es el Jefe del Poder Ejecutivo quien declara ejecutiva la escritura; el poder judicial no puede suspender una ejecución ordenada por el Poder Ejecutivo. La Corte de Pau dá una respuesta perentoria á la objeción, diciendo que existe un poder que corresponde al rey y á los tribunales, el poder legislativo; cuando el legislador ha

1 Toullier, t. III, 2, pág. 409, núm. 660. Compárese Pau, 26 de Noviembre de 1807, y Bruselas, 14 de Noviembre de 1811 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,777), Casación, 14 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 87).

2 Burdeos, 28 de Febrero de 1814 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,778, II).

pronunciado, dá al juez el derecho de detener las demandas, aunque estas se hagan en virtud de una escritura auténtica. (1)

El Tribunal que concede un plazo por un primer fallo ¿puede conceder otro por un fallo posterior? Si el primer plazo fué concedido para el cumplimiento de un fallo, al negativa no es nada dudosa; por ejemplo, cuando el juez condena á una de las partes á daños y perjuicios y le concede un plazo para el pago, ¿puede, por un segundo fallo, darle un nuevo plazo? Nó, y este es el caso de aplicar el art. 122: el juez debe ordenar por el fallo dado sobre la oposición, y desde entonces, ha terminado su misión, no pudiendo dar un segundo fallo sobre la misma causa, porque esto sería infringir la autoridad de la cosa juzgada. El acreedor tiene derecho al cumplimiento de la condenación después de haberse vencido el plazo fijado por el juez, quien no puede alterar este derecho. (2) ¿Es lo mismo si el juez no ha tenido que decidir la oposición, no habiendo intervenido mas que para determinar sobre una demanda de plazo? No lo creemos, porque es cierto siempre que el juez se ha encargado de una oposición concierne al plazo, y él la decidió concluyendo entonces su misión. Pedirle un segundo plazo es demandar que dé un segundo fallo en el mismo asunto; atendiendo á la demanda, el juez modificaría su primera decisión alterando el fallo dado. (3)

582. ¿Cuál es el efecto del plazo de gracia? El art. 1,244 dice que el juez puede, otorgando plazos moderados para el pago, suspender la ejecución de las demandas. Así, el acreedor no puede perseguir ni obrar contra su deudor, ni

1 Pau, 12 de Junio de 1822 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,776, II).

2 Nancy, 3 de Junio de 1871 (Daloz, 1872, 5 347).

3 Toullier t. III, 2, pág. 409, núm. 661. En sentido contrario, Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,774.

embargar sus bienes, y si ha comenzado las demandas en el momento en que el plazo se concede, debe suspenderlas hasta que el plazo espire. Entonces puede continuarlas porque el plazo de gracia no las anula, sino que únicamente las suspende, que es lo que dice el art. 1,244. "Todas las cosas quedan en el mismo estado." ¿Por qué la ley suspende solamente los actos de perseguimiento hechos al acreedor? Porque no puede anularlos, puesto que el acreedor tiene derecho de hacerlos y la ley, lejos de anular las demandas hechas legítimamente, las mantiene y les dá la sanción de la autoridad pública; lo cual está en el interés mismo del deudor, porque si el acreedor comenzara de nuevo sus demandas, ocasionaría nuevas costas que serían cargadas al deudor. (1)

583. El art. 1,291 dice que el término de gracia, á diferencia del término de derecho, no es un obstáculo á la compensación; si el deudor no puede ser demandado y obligado á pagar, no es porque no pueda exigírsele la deuda, sino porque no está del momento en estado de pagar; mas si él se vuelve acreedor de su acreedor, nada más fácil para él que pagarle por vía de compensación. Así, pues, el término de gracia no puede impedir la compensación.

584. Según el art. 185 del Código de Procedimientos, el acreedor puede procurar que su derecho se conserve, porque los actos de conservación no son actos de perseguimiento, y el acreedor ejerce su derecho, á menos que no pueda perseguir al deudor. Se pregunta si el embargo es un acto de perseguimiento ó de conservación. Se puede decir que es uno y otro, mas basta con que tenga el carácter de perseguimiento para que el acreedor no pueda hacerlo. El espíritu de la ley no deja ninguna duda sobre esto: quiere conceder al deudor un favor por consideraciones de humanidad, esperando que pueda restablecer sus

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 347, núm. 183 bis, V)

negocios descompuestos momentáneamente, para lo cual es preciso dejarle personalmente el arreglo de ellos, y el embargo se lo impediría ocasionándole una nueva dificultad, lo cual sería, en verdad, un mal medio de poner fin á la aflicción del deudor. (1)

*Núm. 7. ¿Cuándo debe hacerse el pago?*

585. El contrato es el que decide esta cuestión. Si concede un término al deudor, el pago se emplaza y el deudor no puede ser obligado á pagar sino cuando este término se venza, y aun entonces puede obtener, si hay lugar, un término de gracia.

Si el convenio no concede el término, el acreedor puede exigir el cumplimiento en seguida. Cuando el deudor no paga, este retardo puede hacerse una demora en el caso y bajo las condiciones determinadas por la ley. Insistiremos en las explicaciones dadas sobre el término de la demora

586. Si el convenio es condicional, el acreedor no tiene acción, puesto que la condición suspende todos los efectos de la obligación. No solamente no puede ser perseguido el deudor si paga, sino que podrá repetir. Volveremos á tratar de lo que se ha dicho sobre la condición.

*Núm. 8. ¿Dónde debe hacerse el pago?*

587. "El pago debe hacerse en el lugar designado por el convenio" (art. 1,247). ¿Se necesita una designación expresa? Se aplican los principios generales que rigen los convenios, pudiendo ser expresos ó tácitos. Los convenios expresos se encuentran con mucha frecuencia en los arrendamientos que estipulan que el pago se hará en el domicilio del acreedor. Puede haber, también, convenio tácito

1 Véase en sentido diverso, á Demolombe y á los autores que cita (t. XXV, pág. 569, núm. 603).

Se puede ver en un ejemplo, tomado de la antigua jurisprudencia. (1) Trasladaremos un caso que se presentó bajo el imperio del Código civil. En este caso el pago debía hacerse en el domicilio del deudor según las reglas establecidas por el artículo 1247. Mas, en una letra que acompañaba la factura, el vendedor manifestaba el deseo de recibir el precio en Liege; el comprador se limitó á reclamar la calidad de las mercancías, y léjos de oponerse al deseo del acreedor de que los fondos se remitiesen á Liege, le dirigió los pagarés. Esta conducta del comprador, dice la Corte de Liege, probaba, ó que había un convenio anterior relativo al pago, ó que accedía al deseo del vendedor. Había, pues, convenio expreso ó tácito indicando el lugar del pago y derogando el art. 1247. Es cierto que difícilmente se admiten las derogaciones al derecho común, mas se trataba de una materia comercial y, dijo la sentencia, los convenios entre comerciantes se establecen más fácilmente que las transacciones civiles. (2)

588. En las pólizas de seguridad se acostumbra estipular que la prima se pague en el domicilio del agente ó en la casa de la compañía, y hay de ordinario una cláusula de rigor en la cual los asegurados no se fijan, más que la compañía no deja de invocar cuando hay un siniestro, es que no debe indemnización por los siniestros ocurridos durante el tiempo en que el asegurado se retarda en pagar la prima. Tal es el derecho rigoroso; mas de hecho las compañías derogan en cuanto á que la prima se pague en casa de los asegurados. Estos, contando con este uso, no piensan cumplir la obligación que la póliza les impone, y no van a pagar á la casa de los agentes, sino que esperan á que estos se presenten en las suyas. Se declaró un incendio durante el tiempo en que el asegurado retardó le-

1 Toullier, t. IV. 1, pág. 84 núm. 93.

2 Lieja, 26 de Febrero de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, pág. 36).

galmente el pago de la prima, rehusando la compañía indemnizarle. Se juzgó, y con razón, que la costumbre de la compañía había derogado el convenio y que no se podía decir que el asegurado había retardado el pago de su prima cuando sucedió el siniestro, puesto que los agentes de la compañía habían ido siempre á recibir el pago á la casa del asegurado, lo cual le hacía creer que sería lo mismo, mientras la compañía no manifestase la voluntad de atenerse al contrato, al pie de la letra, y que el asegurado recibió la advertencia de hacerlo así, después del siniestro. (1) La conducta de las compañías es torcida y los tribunales hacen muy bien enseñándoles que los contratos deben cumplirse de buena fe.

589. Se estipula que el pago se hará en la casa del acreedor; posteriormente este cambia de domicilio: ¿debe el deudor pagar en el nuevo domicilio, siéndole esto más oneroso? Pothier prevee esta dificultad y la decide en favor del deudor: el cambio de domicilio á un lugar á que no está habituado el deudor, puede serle perjudicial, y el acreedor no puede agravar la condición del deudor; sería preciso, pues, que eligiera un domicilio cerca del nuevo domicilio del agente, ó que éste indemnizara al deudor del perjuicio que le ocasiona el cambio de domicilio. La decisión de Pothier es la que se sigue por los autores modernos y está fundada en derecho y en equidad. (2)

590. Si no se ha designado el lugar por el convenio y se trata de un cuerpo cierto y determinado, el pago debe hacerse en el lugar donde está, al tiempo de la obligación, la cosa que fué objeto. ¿Por qué en este lugar mejor que en el domicilio de una de las partes? Porque dice el orador del Gobierno, se presume que esa es la intención de las

1 París, 27 de Enero de 1837 (Daloz, en la palabra *Seguridades terrestres*, núm. 182).

2 Pothier, núm. 549, Demolombe, t. XXVII, pág. 235, núm. 273

partes contratantes. Pothier, de quien se ha tomado esta disposición, dá un ejemplo que hará comprender el pensamiento del legislador. Yo vendo á un comerciante de vinos una cosecha, con la condición de que ha de ir á recibirla en la granja y de hacerla cargar por su cuenta en las carretas; mi obligación se limita á entregarle el vino en el lugar en que se hizo la venta. Esto supone que se trata de cosas materiales cuyo transporte ocasiona gastos, siendo al acreedor quien debe transportarlos donde quiere tenerlos y no el deudor. No se puede, pues, tomar la disposición del art. 1,247 en un sentido muy absoluto: es una interpretación que el legislador dá de la voluntad de las partes contratantes; mas si su voluntad es contraria, pueden probar que esta es su verdadera intención; su voluntad, dice Bigot-Prémeneu, es ley para el lugar del pago como para lo demás. Esta es la opinión de los autores. (1)

591. El art. 1,247 agrega: "Fuera de estos casos, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor." Así puede decirse que si el convenio no dice nada, el pago debe hacerse en general en el domicilio del deudor, porque los casos en que el pago tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado, son poco frecuentes; generalmente se trata de una suma de dinero. ¿Por qué se hace el pago en el domicilio del deudor? Importa justificar el motivo; deduciremos en el instante las consecuencias. Se lee en el discurso del orador del Gobierno: "Si el objeto de la deuda es indeterminado, el deudor puede invocar la regla, según la cual, en el silencio del contrato ó en la duda que hace nacer, debe interpretarse de la manera menos onerosa para él" (artículo 1,162). Jaubert, el relator del Tribunalado, se expresa en el mismo sentido. "Cuando no hay convenio, es el

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 125 (Loché, tomo VI, pág. 169). Pothier, núm. 548. Colmet de Santerre, t. V, página 352, núm. 186 bis. Demolombe, t. XXVII, pág. 237, núms. 276-278.

deudor á quien la ley favorece y con razón. Siempre que las partes no se aplican y que es preciso interpretar, la interpretación debe hacerse en favor del deudor más bien que del acreedor, fundándose en que todo es favorable para el descargo y que el acreedor tiene la culpa de no haber arreglado las condiciones con más claridad." (1) Así, la regla del art. 1,247 no resulta de la voluntad de las partes contratantes, sino que el legislador es quien lo quiere así, favoreciendo al deudor contra el acreedor.

Las partes son libres de querer lo contrario; mas es preciso que lo digan porque si guardan silencio la interpretación se hace en favor del deudor.

592. La regla es, pues, que el acreedor debe ir á buscar la cosa á la casa del deudor, y no que el deudor la lleve á la casa del acreedor, porque la deuda no es "trasladable." ¿Qué debe decidirse si, después del contrato, el deudor ha cambiado de domicilio? ¿Es en este nuevo domicilio ó en el antiguo donde el pago debe hacerse? La cuestión es controvertida. Creemos que es en el nuevo domicilio del deudor donde el pago debe hacerse. Esta es la opinión de Pothier, lo que es de gran peso en una materia en que los autores del Código lo han tomado de guía paso á paso. El texto del art. 1,247 deja la cuestión dudosa; se puede decir que el domicilio en que debe hacerse el pago es aquel en que vive el deudor cuando la cosa debe pagarse, cuyo domicilio deben saber las partes. Esta interpretación no está en armonía con el espíritu de la ley; porque el domicilio en la segunda parte del art. 1,247, no está designado por la voluntad de las partes; la ley es la que lo designa cuando no consta en el contrato, y no se debe considerar lo que las partes hubieron pensado, es preciso consultar la inten-

1 Exposición de motivos, núm. 125 (Loché t. VI, pág. 169). Jaubert, Relación núm. 17 (Loché, t. VI, pág. 209).

ción del legislador; si este ha querido que en la duda, se designe el del deudor, esto es decisivo.

Se alega que esta decisión está en contradicción con la opinión que hemos emitido sobre una cuestión análoga, la de saber si el deudor debe pagar en el nuevo domicilio del acreedor, cuando el contrato dice que se haga así. (Número 589.) La contradicción no es mas que aparente. Cuando el pago se hace en el domicilio del acreedor, es en virtud del convenio, y para interpretar éste, es preciso consultar la intención de las partes contratantes. Al contrario, el pago se hace en el domicilio del deudor en virtud de la ley y es la intención del legislador la que decidirá; desde el momento en que hay duda, la ley se pronuncia por el deudor; en consecuencia, creemos que el deudor no debe indemnizar al acreedor del perjuicio que le resulte por el cambio de domicilio del deudor; porque, obligarlo á pagar una indemnización, sería bajo otra forma obligarlo á hacer el pago en su antiguo domicilio; lo que sería oponerse á la ley que le permite implícitamente cambiar de domicilio. (1)

593. Cuando el deudor que tiene derecho de pagar en su domicilio, hace pagos por una obligación sucesiva, en el domicilio del acreedor, ¿renuncia por esto al derecho que tiene de la ley? Se ha juzgado que este pago no implica renuncia. (2) Debe considerarse este decreto como una decisión de especie y no como una decisión de principio. Sin duda nadie piensa renunciar un derecho que le pertenece; mas los que pueden disponer de sus derechos pueden renunciar y la renuncia puede ser expresa ó tácita; y puesto que se admite para el acreedor, (núm. 588), ¿por qué no admitirla para el deudor? Naturalmente es el

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 239, núms. 269-270. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 162, nota 15, pfo. 319. En sentido contrario, Durantón, t. XII, pág. 158, núm. 101. Compárese Larombière, t. III, pág. 168, núm. 8 (Ed. B., t. II, pág. 184).

2 Burdeos, 17 de Julio de 1846 (Daloz, 1848, 2, 167).

acreedor quien tiene que probar que el deudor renunció el derecho que la ley le dá, y esta prueba será muy difícil si se pretende que hay renuncia tácita.

594. Cuando el deudor y el acreedor viven en distintos puntos y el deudor envía la suma que debe, sea por el correo, por los comisionistas, ó por el ferrocarril, resulta una cuestión de responsabilidad. Si los valores enviados se pierden, ¿quién responde del robo? Hagamos á un lado la responsabilidad de las administraciones que se encargan del envío de valores, porque está reglamentada por leyes especiales, y tratemos la cuestión entre el deudor y el acreedor. Se decidió contra el deudor en el caso siguiente, en que éste envió al acreedor sobre su demanda una suma de 12,050 francos, por el ferrocarril del Norte, á la orilla de Ham contaduría restante; el acreedor se presentó á la contaduría sacando un bulto que decía contener 12,050 francos, sin anotación, comprobación ni precaución alguna. Al volver á su casa, notó que el saco no contenía mas que pedazos de papel blanco, demandando inmediatamente un verdadero pago. El Tribunal de comercio condenó al deudor á pagar otra vez y declaró á la compañía responsable del robo. En apelación, la Corte de París sostuvo la condenación del deudor y descargó á la compañía porque el comisionista no había tomado todas las precauciones acostumbradas en los envíos de dinero. En casación la Corte confirmó la decisión, probando de hecho que la pérdida de los valores expedidos era por la imprudencia del deudor; lo que es decisivo. (1)

595. En los términos del art. 1,248, los gastos del pago son por cuenta del deudor, cuyos gastos consisten en lo que cuesta la entrega de la cosa. Volveremos al título "De la Venta," que es la base de la materia. El art. 1,247 habla, sobre todo, de los gastos de finiquito. ¿Por qué todos

1 Denegada casación, 3 de Agosto de 1870 (Daloz, 1871, 1, 318).

los gastos se cargan al deudor? Porque es de principio que los gastos se hagan por aquel en cuyo interés se hacen, como los gastos de finiquito, timbres y honorarios del notario. En cuanto á los gastos de entrega, el deudor, que está obligado á hacerla, debe pagar los gastos que ocasiona.

596. En Francia, la caja de consignaciones pretende que los antiguos decretos y usos, le dán el derecho de exigir carta de pago autorizada á los gastos del acreedor. La Corte de Casación negó estas pretensiones. El decreto de 23 de Diciembre de 1,611, que la caja invoca, no dice lo que se le hace decir, y en cuanto al uso, dice la Corte, no es fuerza de ley. Hay una respuesta más simple quedar y es que el antiguo derecho está abolido y que la materia del pago y de los gastos á que este dá lugar, están reglamentados por el Código, (1) y un uso nuevo no puede derogar la ley.

#### § II.—EFECTO DEL PAGO.

597. La ley no dice cual es el efecto del pago ni tiene necesidad de decirlo; porque todo el mundo sabe que es una extinción de las obligaciones, y la más natural de todas puesto que consiste en el cumplimiento de la obligación, y cuando se cumple ya no hay deuda. Más, aunque el principio sea simple, no sucede lo mismo con las consecuencias que trae.

Un primer punto ha dado lugar á dificultad. ¿Puede el deudor exigir que el acreedor le remita el título en que consta el crédito? La Corte de Casación admitió este derecho que no es dudoso: el deudor, dice, puede reclamar á su acreedor, en cambio de la suma pagada, el título, cualquiera que sea, en que consta el crédito; porque el acreedor no tiene, en general, ningún interés en guardarlo, mien-

1 Ley del 30 Ventoso, año XII, art 7 (t. I de estos Principios, página 31, núm. 25).

tras que el deudor sí está muy interesado en poseerlo, puesto que puede perder la carta de pago, lo que permitiría al acreedor abusar reclamando el pago otra vez. Decimos que en general el acreedor tampoco está interesado; puede sin embargo estarlo en conservar un título en que constan las obligaciones que él tiene con respecto al deudor; tal sería el caso en que el deudor hubiera sido condenado á los gastos sobre una acción de rendición de cuenta; el título es de descargo tanto para el acreedor como para el deudor, puesto que libra al acreedor de una nueva demanda, y siendo el interés igual, no puede el deudor exigir que el acreedor se desprenda de un título que puede necesitar. (1)

Es preciso que el interés del acreedor sea jurídico, es decir, un interés pecuniario, porque un interés moral no basta para contrabalancear el interés bastante positivo del deudor. Las partes revisten algunas veces sus pasiones con el nombre de interés moral. Por ejemplo, una persona fué condenada, por una carta injuriosa, á los gastos de todos los daños y perjuicios, cuyos gastos se tasaron en 70 francos 15 céntimos. El demandante dió mandato á la parte condenada, de pagar dichos gastos; éste respondió por ofertas reales, por el demandante con cargo de remitir al demandado la sumaria del fallo. Rehusó después remitirla y fué demandado para hacer efectivas las ofertas, con 2,000 francos de daños y perjuicios, más 10 francos por cada día de retardo en la remisión de la sumaria. El debate fué llevado en apelación, y la Corte juzgó que el deudor puede, pagando, exigir el título; si se admite una excepción á esta regla, es cuando el acreedor justifica que tiene un interés poderoso en conservar el título; mas en el caso no era tal la situación del acreedor; para el interés

1 Denegada casación, Sala Civil, 7 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, I, 119). Aubry y Rau, t. IV, pág. 166, nota 6, pfo. 320.

moral, bastante insignificante que invocaba, no había necesidad de la sumaria del fallo, y bien podía suplirse por una copia. (1)

598. El principio de que puede el deudor, pagando, reclamar el título, tiene excepción para el deudor que es el que paga, en virtud de una transacción, una parte de lo que debe, habiéndosele hecho remisión de la otra parte, en este caso no hay, en realidad, ningún interés en los títulos, porque la transacción establece el monto de su deuda, y la carta de pago prueba que la pagó. ¿Se dirá que el título tiene por objeto poner al deudor al abrigo de una nueva acción contra la cual no podrá defenderse si pierde el título? El acreedor puede responder á esta objeción, consintiendo en inscribir, en presencia del deudor, una mención del pago sobre el título, además de la carta de pago. Esta oferta desinteresará completamente al deudor, y sus pretensiones al título; dice bien la Corte de París, no tiene, en realidad, más objeto que aparentar un pago íntegro de su deuda á un pago que, aunque descargante, no es más que parcial, y solo el pago íntegro autoriza la remisión del título. Queda una deuda natural ó á cargo del deudor quebrado, y cuando la haya satisfecho podrá reclamar la restitución de la escritura. (2)

599. El pago extingue la deuda cuando es íntegro. ¿Qué sucederá si el deudor que tiene varias deudas hace un pago parcial? Es preciso descontar ese pago sobre una de las deudas. ¿Y quién hará el descuento, el deudor ó el acreedor? El Código marca sobre el descuento reglas que vamos á exponer.

El pago puede hacerse con subrogación. ¿En qué casos hay subrogación, y cuáles son sus efectos? Expondremos

1 Angers, 12 de Abril de 1866 (Daloz, 1866, 2, 111).

2 Paris, 2 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1866, 5, 341). Fallo del Tribunal de Comercio del Sena, 27 de Febrero de 1865 (Daloz, 1868, 3, 56).

los principios que rigen esta difícil materia después de haber tratado del descuento.

## ARTICULO 2.

### *Del descuento de los pagos.*

#### § 1. —¿CUANDO HAY LUGAR A DESCUENTO?

600. Hay lugar á descuento cuando el deudor de varias deudas hace un pago parcial en el sentido de que no basta para satisfacer todo lo que debe. (art. 1153) La condición esencial para que haya lugar á descuento, es que existan varias deudas á cargo del deudor que hace un pago parcial. Si no hay mas que una deuda no se puede descontar; porque el pago parcial, si el acreedor consiente en recibirlo, producirá una extinción parcial de la deuda, lo cual es una deducción y no un descuento. Es difícil decidir algunas veces si hay una sola deuda ó si son varias, lo que sucede cuando una deuda tiene varios dueños. Si las diversas deudas proceden de una misma causa, no habrá mas que una sola deuda, aunque los diversos elementos de ésta estén sometidos á diferentes reglas. Tal es la obligación del vendedor procedente de la evicción. Según el art. 1630, esta deuda se compone, primero de la restitución del precio, segundo de la de los frutos viniendo al caso, tercero de las cortes y cuarto de los daños y perjuicios así como de los gastos del contrato.

En un caso juzgado por la Corte de Grenoble, el vendedor pretendía que esos diversos elementos de su obligación constituían otras tantas deudas diferentes; demandando, en consecuencia, que se le aplicaran las reglas que el artículo 1,256 establece sobre el descuento legal, es decir, que los pagos parciales hechos por él fuesen descontados sobre el precio productivo de intereses en virtud de la ley, (ar-

moral, bastante insignificante que invocaba, no había necesidad de la sumaria del fallo, y bien podía suplirse por una copia. (1)

598. El principio de que puede el deudor, pagando, reclamar el título, tiene excepción para el deudor que es el que paga, en virtud de una transacción, una parte de lo que debe, habiéndosele hecho remisión de la otra parte, en este caso no hay, en realidad, ningún interés en los títulos, porque la transacción establece el monto de su deuda, y la carta de pago prueba que la pagó. ¿Se dirá que el título tiene por objeto poner al deudor al abrigo de una nueva acción contra la cual no podrá defendirse si pierde el título? El acreedor puede responder á esta objeción, consintiendo en inscribir, en presencia del deudor, una mención del pago sobre el título, además de la carta de pago. Esta oferta desinteresará completamente al deudor, y sus pretensiones al título; dice bien la Corte de París, no tiene, en realidad, más objeto que aparentar un pago íntegro de su deuda á un pago que, aunque descargante, no es más que parcial, y solo el pago íntegro autoriza la remisión del título. Queda una deuda natural ó á cargo del deudor quebrado, y cuando la haya satisfecho podrá reclamar la restitución de la escritura. (2)

599. El pago extingue la deuda cuando es íntegro. ¿Qué sucederá si el deudor que tiene varias deudas hace un pago parcial? Es preciso descontar ese pago sobre una de las deudas. ¿Y quién hará el descuento, el deudor ó el acreedor? El Código marca sobre el descuento reglas que vamos á exponer.

El pago puede hacerse con subrogación. ¿En qué casos hay subrogación, y cuáles son sus efectos? Expondremos

1 Angers, 12 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 111).

2 Paris, 2 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 5, 341). Fallo del Tribunal de Comercio del Sena, 27 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1868, 3, 56).

los principios que rigen esta difícil materia después de haber tratado del descuento.

## ARTICULO 2.

### *Del descuento de los pagos.*

#### § 1. —¿CUANDO HAY LUGAR A DESCUENTO?

600. Hay lugar á descuento cuando el deudor de varias deudas hace un pago parcial en el sentido de que no basta para satisfacer todo lo que debe. (art. 1153) La condición esencial para que haya lugar á descuento, es que existan varias deudas á cargo del deudor que hace un pago parcial. Si no hay mas que una deuda no se puede descontar; porque el pago parcial, si el acreedor consiente en recibirlo, producirá una extinción parcial de la deuda, lo cual es una deducción y no un descuento. Es difícil decidir algunas veces si hay una sola deuda ó si son varias, lo que sucede cuando una deuda tiene varios dueños. Si las diversas deudas proceden de una misma causa, no habrá mas que una sola deuda, aunque los diversos elementos de ésta estén sometidos á diferentes reglas. Tal es la obligación del vendedor procedente de la evicción. Según el art. 1630, esta deuda se compone, primero de la restitución del precio, segundo de la de los frutos viniendo al caso, tercero de las cortes y cuarto de los daños y perjuicios así como de los gastos del contrato.

En un caso juzgado por la Corte de Grenoble, el vendedor pretendía que esos diversos elementos de su obligación constituían otras tantas deudas diferentes; demandando, en consecuencia, que se le aplicaran las reglas que el artículo 1,256 establece sobre el descuento legal, es decir, que los pagos parciales hechos por él fuesen descontados sobre el precio productivo de intereses en virtud de la ley, (ar-

título 1,652) mientras que los daños y perjuicios no podían producir intereses más que por una demanda judicial. La dificultad de la solución dependía de saber si había varias deudas diferentes, ó si los diversos elementos de la deuda provenían de la evicción formando una misma deuda. En este último sentido se decidió la cuestión por la Corte de Grenoble. Es cierto que las diversas obligaciones enumeradas por el art. 1633 reconocen una misma causa, la garantía de que el vendedor es responsable en caso de evicción: poco importa que la ley detalle los diversos dueños de que se compone esta deuda, y poco importa también, que estos se hayan regido por diferentes principios, no es por esto menos cierto, que el comprador no tiene mas que un solo crédito contra el vendedor; éste debe trasladarle la propiedad, si no es responsable de las reparaciones determinadas por el art. 1,633, que todos tienen lugar á la obligación principal y única del vendedor. Se sigue, que siendo una sola la deuda del vendedor el acreedor podrá rehusar un pago parcial, y si lo acepta puede no hacerlo mas que bajo la condición de rebajar lo que recibió de lo que se le debía por daños y perjuicios, costas, gastos ó restitución de frutos, de manera que no siéndole restituido el precio, continuará causando intereses. Esto no es un descuento, porque si se tratase de eso, el vendedor, que es deudor, tendría el derecho de sugerir el descuento, y lejos de esto, el comprador, que es el acreedor, podría rehusarse á recibir el pago parcial que el vendedor le ofrece. Se trata, pues, de un acreedor que consiente en recibir un pago parcial con la condición de deducirlo, como entiende, de tal ó cual elemento que compone su crédito. (1)

601. No basta con que haya varias deudas, es preciso también que sean de cosas materiales y de la misma clase, porque cuando las deudas tienen por objeto cuerpos

1 Grenoble, 22 de Marzo de 1849. (Dalloz, 1852, 2, 120).

ciertos, no puede ser cuestión de un pago parcial que se descuenta una de la otra, de estas deudas. El descuento sería también imposible cuando las deudas tuvieran por objeto cosas materiales, si fuera de distintas especies; pudiéndose decir que no es posible descontar un pago de trigo sobre una deuda de vino, porque el deudor no puede pagar una cosa que no da. (1)

602. El acreedor puede rehusar un pago parcial cuando se trata de varias deudas, ó bien cuando se trata de una sola. Este derecho del acreedor restringe singularmente la aplicación de las reglas que la ley establece sobre el derecho de descuento. La primera de estas reglas dá al deudor el derecho de dictar el descuento (art. 1253). Es decir, que si yo doy 1000 francos á Pedro por venta y 500 francos como préstamo, ¿puedo descontar esta suma sobre la deuda de 1000 francos? No, porque esto sería ofrecer un pago parcial, y no puedo obligar al acreedor á recibir en parte el pago de lo que le debo; (art. 1255) por consiguiente, el acreedor puede rehusar mi oferta y, si acepta, puede poner por condición hacerse él mismo un descuento. (2)

#### § II. DEL DESCUENTO HECHO POR EL DEUDOR.

603. "El deudor de varias deudas tiene el derecho de declarar, cuando paga, cuál deuda quiere satisfacer." (artículo 1244) ¿Por qué es, en principio, el deudor quien debe dictar el descuento? Porque el descuento supone que las deudas son de cosas materiales, es decir, de cosas indeterminadas y la propiedad de esas cosas no se traslada sino al tiempo del pago, pues siendo el deudor propietario de las cosas que dá al acreedor para librarse, puede po-

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 390, núm. 190 bis III.

2 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 390, núm. 190, bis, II.

ner la condición que le parezca para la enagenación de lo que le pertenece, y tiene derecho de decir que paga bajo condición de que el pago sirva para extinguir tal ó cual deuda. (1)

604. Este motivo, que se dá para justificar la regla fundamental del descuento, es muy absoluto. Conduciría á la consecuencia de que el deudor puede hacer, siempre, descuento como quiere, si fuera cierto que el deudor tiene este derecho; mas el art. 1,254 prueba lo contrario. Cuando se dice que el deudor debe dictar las condiciones del pago que hace, se olvida que el pago no es un hecho unilateral, porque el deudor hace ofertas, y el acreedor tiene derecho de aceptarlas ó de rehuzarlas; por consiguiente, se necesita el consentimiento del acreedor para que haya pago; es decir, que no se debe considerar únicamente el derecho y los intereses del deudor al hacer el pago, sino que también deben tenerse en cuenta el derecho y los intereses del acreedor. Después de todo, el deudor cumple una obligación pagando, y esta obligación es un derecho para el acreedor.

Cuando el deudor no puede cumplir su obligación como quiere, está obligado y debe respetar el derecho del acreedor. No se puede tomar al pié de la letra la disposición del art. 1,253, porque el derecho que dá al deudor no es absoluto, sino que está limitado por el derecho del acreedor. El orador del Gobierno hace esa apreciación. La ley romana dice: *Possunmo certam legem dicere ei quod solvimus*. Esta expresión *certam legem* indica que el deudor no debe, usando de su derecho, causar un perjuicio á su acreedor. La ley aplica el principio en el caso previsto por el art. 1,254. Yo tengo una deuda que produce intereses ó rentas, y hago un pago insuficiente para satisfacer el capital y los intereses: ¿puedo descontar este pago par-

1 Durantón, t. XII, pág. 314, núm. 190.

cial sobre el capital, de preferencia á los daños y perjuicios? Nó, dice el art. 1,254. El deudor no puede, sin consentimiento del acreedor, descontar, de preferencia sobre el capital, el pago que hace. ¿Por qué? Porque con esto perjudicaría al acreedor, dice Bigot-Preameneu; porque el acreedor ha debido contar con que los intereses ó rentas le serán pagados ántes que se le pueda devolver el capital. Hay una razón más decisiva; cuando el pago es insuficiente para reembolsar el capital, el acreedor tiene derecho de rehuzarlo, puesto que no puede ser obligado á recibir un pago parcial. El interés del deudor de pagar una parte del capital no puede ponerse sobre el derecho del acreedor de recibir el reembolso entero de su crédito. Aun en el caso en que el deudor quisiera pagar el capital entero, más sin comprender en el pago los intereses ó las rentas vencidas, el acreedor podría exigir que el descuento se hiciese, desde luego, sobre estos intereses ó rentas. Es lo que dice el fin del art. 1,254. "El pago hecho sobre el capital é intereses se descuenta, desde luego, sobre los intereses." En esta hipótesis, el interés del deudor está en competencia con el del acreedor; porque el deudor está interesado en pagar el capital para que los intereses dejen de correr; mientras que el acreedor, por el contrario, tiene interés, ante todo, en que el deudor pague los intereses, porque estos prescriben á los cinco años, (art. 2,277) y está interesado también en que la deuda capital subsista para gozar de los intereses y rentas que produce, atendiendo á que se le dificulte, tal vez, colocar de nuevo su capital. La ley favorece al acreedor contra el deudor.

Tal fué la intención de las partes contratantes; el deudor se obligó á pagar los intereses y rentas á proporción y á medida de su vencimiento, cuya obligación comenzó á cumplir antes de reembolsar el capital. Debe uno cumplir sus obligaciones antes de ejercer sus derechos, el acreedor

podrá forzar al deudor á pagar los intereses porque el derecho es para él y el deudor no puede anteponer á este su propia conveniencia. (1)

605. De esto se sigue que no se debe considerar el artículo 1,254 como una disposición excepcional. Si hubiera excepción, se podría restringirla al caso preciso previsto por la ley; mientras que se puede aplicar por analogía si el límite que tiene al derecho del deudor resulta de la naturaleza misma del descuento. El descuento es un pago y este jamás debe perjudicar al acreedor. Más lejos veremos una aplicación de este principio. Hay aplicaciones que no son dudosas. El deudor quiere descontar el pago sobre una deuda á término, ¿podrá hacerlo? Sí, siempre que el término se haya estipulado en su interés, y es libre de renunciar, por consiguiente, si la deuda se hace exigible, lo que decide la cuestión. Mas si el término se estipuló en interés del acreedor, el deudor no puede descontar el pago que hace sobre la deuda, porque es un derecho para el acreedor no recibir el pago sino al vencimiento, y el deudor no puede privarlo de este derecho. Con mas razón, el deudor no puede descontar el pago sobre una deuda condicional, porque el acreedor no puede ser responsable de recibir lo que no se le debe, y la deuda condicional no existe en el sentido de que no produce ningún efecto en tanto que la condición está en suspenso; porque el acreedor no puede exigir el pago, ni el deudor puede obligar al acreedor á recibirlo. (2)

606. Pothier dice que la regla por la cual debe hacerse el descuento sobre los intereses, antes que sobre el principal, no tiene lugar para los intereses debidos por un deudor, como pena de su demora, el día de la demanda judi-

1 Bigot-Preamenau, Exposición de motivos, núm. 131. (Loché, t. VI, pág. 171).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 390, núm. 198, bis, II.

cial. Estos intereses, dice, se adjudican como daños y perjuicios y forman una deuda distinta de la principal. ¿Debe seguirse esta opinión bajo el imperio del Código civil y decidir que el deudor puede descontar el pago que hizo sobre los intereses moratorios, ó sobre el capital, según le plazca? Si estuviera ligado por los términos del art. 1,254 podría responderse que esta disposición no es aplicable á los intereses moratorios. En efecto, la ley habla de una deuda que "tiene interés," es decir, de una deuda por la cual los intereses se deben en virtud de un convenio ó de una ley y no se puede decir de una deuda que no produce interés en virtud de la ley, ni por un contrato, que tenga interés. Mas en nuestra opinión, el texto del art. 1,254 no es decisivo, es preciso desviarlo para consultar el espíritu de la ley. El principio es que el deudor no puede hacer un descuento si perjudica á los derechos del acreedor.

Falta saber si el acreedor tiene derecho de recibir los intereses moratorios antes del capital. Son estas dos deudas diferentes, como dice Pothier, y no vemos en qué podrá estar interesado el acreedor en recibir los intereses antes del capital. El art. 2,277 no se aplica á los intereses moratorios, quedando en el derecho común que permite al deudor dictar el descuento. (1)

607. Para que el descuento se haga sobre los intereses como lo dice el art. 1,254, es preciso que sean exigibles. Esto es evidente, porque descontar es pagar, y, ni la ley ni el acreedor pueden exigir que el deudor pague lo que no debe. ¿Se necesita que los intereses se liquiden? Sobre este punto hay controversia. Nos parece que la cuestión debe decidirse en el mismo sentido y por el mismo motivo. Sin duda al acreedor puede demandar al deudor por inte-

1 Pothier, núm. 571, Durantón, t. XII, pág. 317, núm. 192. Marcadé, t. IV, pág. 552, art. 1,254, núm. III. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 166, nota 4, pfo. 320, y los autores citados.

reses que no sean liquidados, mas es cierto también que el deudor no puede ser obligado á pagar hasta el momento en que su deuda sea saneada. Si no puede ser obligado á pagar, la consecuencia es que no puede nada más ser obligado á descontar. (1)

608. ¿Es aplicable el art. 1,254 cuando existen varias deudas que producen los mismos intereses? ¿El descuento deberá hacerse indistintamente sobre el interés de todas estas deudas? Un acreedor de una contribución por una suma total compuesta de varios créditos, tomó un dividendo en la distribución cerrada por medio de un reglamento amistoso. ¿El pago parcial debe descontarse sobre los intereses de todos los créditos? La cuestión se presentó ante la Corte de Casación en un caso en que el deudor tenía mucho interés en hacer el descuento sobre el capital de una de las deudas: era este un precio de venta, y el vendedor demandaba la resolución por falta de pago del precio. En estas circunstancias fué que la cuestión de descuento se promovió. Si el pago debía descontarse sobre los intereses en virtud del art. 1,254, el precio se debía aún, y el vendedor podía obrar en resolución. Si, al contrario, el deudor podía hacer el descuento sobre el capital del crédito autorizado de una acción resolutoria, el precio estaba pagado y la resolución se hacía imposible. El Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia aplicó el artículo descontando el pago sobre los intereses de todas las deudas; en apelación se juzgó que el art. 1,254 no era aplicable, porque supone la existencia de una sola deuda compuesta de un capital y de intereses, y en el caso había varias deudas.

Se trataba, pues, de saber si el art. 1,254 era de estricta interpretación, ó si el principio no es más que de una apli-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 166, nota 6, pfo. 320. Larombière, tomo III, pág. 426, núm. 3, del art. 1,254. (Ed. B., t. II, pág. 277) En sentido contrario, Massé *Derecho comercial*, t. IV, pág. 76, número 2, 172.

cación general. Ya hemos respondido antes (núm. 605) á esta cuestión que fué decidida en el mismo sentido por la Corte de Casación. Parte del principio que el ejercicio del derecho del descuento, dejada por la ley al deudor, jamás puede perjudicar al acreedor. Se concluye que el acreedor no puede ser obligado á recibir su capital antes que el deudor haya pagado intereses ó rentas juzgadas de necesidad para su subsistencia. Poco importa que el art. 1,254 suponga un solo crédito proveniente de intereses, porque esta disposición no es más que la aplicación al caso más ordinario de un principio absoluto; generalmente rige todos los casos análogos. (1)

609. ¿Es aplicable el art. 1,254 en caso de quiebra? Según el art. 4,445 del Código de Comercio, el fallo que declara la quiebra, detiene, con respecto á la masa, el curso de los intereses de todo crédito no garantizado por un privilegio, por una fianza ó por una hipoteca; el mismo artículo dispone que los intereses de los créditos garantizados no pueden reclamarse mas que sobre las sumas que provienen de los bienes hipotecados al privilegio, á la fianza ó á la hipoteca. Se supone que un crédito hipotecario no se paga íntegramente en capital y en intereses sobre el precio del inmueble gravado. ¿Por qué el pago parcial hecho al acreedor debe descontarse conforme al art. 1,254, primero sobre los intereses y después sobre el capital?

Es necesario distinguir los intereses vencidos antes de la quiebra y los que recaen después de la declaración de la quiebra. Cuando se trata de intereses corridos después de la quiebra, el art. 445 del Código de Comercio deroga nuestro art. 1,254. En efecto, según el Código de Comercio, no pueden reclamarse mas que sobre las sumas que provienen de los bienes hipotecados al privilegio, á la fianza ó á la hipoteca; es decir, que los intereses que han co-

1 Casación, 25 de Noviembre de 1862, (Daloz, 1863, 1, 19).

rrido después de la declaración de quiebra, no pueden participar directa ni indirectamente de la distribución hecha á la masa de los acreedores de la quiebra.

Si el precio de dichos bienes se emplea en pagar, en primer lugar, los intereses de los créditos privilegiados ó hipotecarios corridos después de la declaración de la quiebra, como lo dice el art. 1,254, y el resto del precio es insuficiente para satisfacer el capital, ¿qué resulta? El acreedor vendrá á concurso por el alcance de ese capital con la masa de acreedores, de créditos privados; de suerte que esta masa soporta indirectamente los intereses, porque si le han descontado los intereses sobre el precio de los inmuebles hipotecados y el acreedor vendrá á la masa por una suma igual al monto de dichos intereses; y, poco importa á la masa que los intereses de los créditos hipotecarios sean tocados directamente en su perjuicio, ó que lo sean indirectamente bajo forma de capital, siempre será violado el art. 445. Para que este artículo sea observado, es preciso que se le descuente el precio de los bienes hipotecados á la garantía de los créditos hipotecarios ó privilegiados, desde luego el pago del capital de los créditos y accesoriamente hasta completar lo que faltó del precio de dichos bienes, según el pago del capital, al pago de los intereses vencidos después de la declaración de la quiebra. Por consiguiente, el art. 1,254 no es aplicable en esta primera hipótesis.

En cuanto á los intereses vencidos antes de la declaración de la quiebra, el art. 1,254 es aplicable; el descuento se hará, desde luego, sobre los intereses, por mejor decir, sobre los intereses conservados por la inscripción hipotecaria y después sobre el capital. El acreedor será admitido á la masa de los acreedores de vales privados por la suma de su capital que no ha sido pagada. Se dirá que es hacer soportar á estos acreedores los intereses vencidos

antes de la declaración de la quiebra? Es cierto que el crédito por el cual el acreedor es agregado á la masa de acreedores, será aumentado con la suma empleada en el pago de los intereses de la masa de acreedores. Mas estos no pueden quejarse de responder indirectamente de los intereses, por la sencilla razón de que el acreedor puede ser incluido en la contribución de la masa de acreedores por todo lo que se le debía al declararse la quiebra, intereses y capital; y si los acreedores deben soportar los intereses vencidos en ese momento, poco importa que los soporten directamente por un reclamo de intereses, ó indirectamente por un descuento de los intereses sobre el producto de los bienes hipotecados. (1)

610. ¿Puede el acreedor renunciar al beneficio del artículo 1,254? Esto no es dudoso, porque las reglas sobre el descuento son de puro interés privado, y son libres las partes contratantes de derogarlo. Pothier lo dice. Si el deudor que debe capital é intereses declara, pagando una suma de dinero, que paga sobre el capital, el acreedor puede aceptar ó rehusar este descuento; si lo acepta, hay concurso de consentimiento, y la deuda se extingue parcialmente en cuanto al capital y al acreedor no puede oponer el descuento que quiso recibir. (2) La renuncia del acreedor puede ser expresa ó tácita: este es el derecho común. Se ha juzgado que si el acreedor practica un embargo expresando solamente que es hecho por el capital, el pago será descontado desde luego sobre el capital. (3)

1 Lyon, 30 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 227), y denegada casación, 17 de Noviembre de 1862, (Dalloz, 1863, 1305 y la nota del recopilador).

2 Pothier, núm. 565, Durautón, t. XII, pág. 318, núm. 192.

3 Burdeos, 21 de Marzo de 1828, (Dalloz, en la palabra *Efectos de comercio*, núm. 802, I).

## § III.—DEL DESCUENTO HECHO POR EL ACREEDOR.

611. Pothier dice que si el deudor cuando paga, no hace descuento, el acreedor á quien se le debe por diferentes causas, puede hacerlo por la letra que le dá. El art. 1,255 consagra implícitamente este derecho.

Pothier pone dos condiciones. Es preciso, desde luego, que el descuento se haya hecho en el momento. El artículo 1,255 no reproduce esta condición; mas resulta de la naturaleza misma del pago. Descontar es pagar; así, pues, el descuento debe hacerse al tiempo del pago, sea por el deudor ó por el acreedor; mas se supone que no lo hacen, y es el caso de aplicar el art. 1,256, es decir, que cuando las partes guardan silencio, son sometidas á las reglas que la ley establece sobre el descuento. El descuento legal produce sus efectos de pleno derecho, y las deudas se extinguen según las prescripciones de la ley, no pudiendo el acreedor revivirlas por un descuento diferente. (1)

612. Pothier agrega otra condición y es que el descuento hecho por el acreedor sea equitativo, lo cual es muy jurídico. El pago exige el concurso del consentimiento de las partes interesadas, del acreedor que recibe lo que se le debe y del deudor que se libra. Lo mismo es cuando el pago se hace por descuento; hé aquí por qué el descuento propuesto por el deudor no debe perjudicar al acreedor (núm. 604). Por la misma razón, el descuento hecho por el acreedor no debe perjudicar al acreedor; en este sentido es en el que debe ser equitativa. Mas esto es muy bago; un principio formulado así hará nacer dificultades dando al juez un poder absoluto para decidir las, inconvenientes que el legislador ha querido evitar arreglando el derecho en el Código. Cuando el deudor de distintas deudas

1 Pothier, núm. 566. Larombière, t. III, pág. 423, núm. 2 del artículo 1.255 (Ed. B., t. II, pág. 278).

no declara cual quiere satisfacer y el acreedor, en la letra, descuenta lo que recibió sobre una de las deudas especialmente, es el deudor quien tiene que ver si quiere aceptar el descuento ó rehusarlo. Si consiente en el descuento del acreedor, la deuda sobre la cual se hizo, se extingue hasta completar la suma pagada, y el deudor aprueba aceptando la letra, y ya no puede, dice el art. 1,255, demandar el descuento sobre una deuda diferente. La ley agrega una restricción: "A menos que no haya habido *dolo ó sorpresa* de parte del acreedor." No exige la ley, propiamente dicho, que no haya habido dolo, se limita á la "sorpresa;" mas poniendo la sorpresa en la misma línea que el dolo, no dice implícitamente que la sorpresa debe tener carácter doloso. Habría dolo, propiamente dicho, si el acreedor intrigara para engañar al deudor sobre el interés que podría tener en hacer un descuento ántes que otro, y habría sorpresa si el acreedor, aprovechando la ignorancia del deudor, abusara de ella para hacerle aceptar un descuento que le fuera perjudicial, lo cual no basta, según el derecho común, para demandar la anulación del autor del dolo, solo es suficiente para atacar el descuento. Hé aquí un ejemplo dado por Pothier. Un labrador, dice, debía á un apoderado 300 libras por un pedazo de tierra y 600 libras por honorarios. El deudor le llevó á su acreedor 400 libras, recibiendo del apoderado un recibo de esta suma, en que manifestaba que eran por cuenta de los honorarios que se le debían; este descuento fué una sorpresa dada á un deudor ignorante: éste tenía interés en pagar el precio del terreno que causaba interés, de preferencia á los honorarios que no le tenían. El acreedor abusó de la ignorancia del deudor para hacerle aceptar un descuento que le perjudicaba: como hubo sorpresa, el deudor podía demandar un nuevo descuento. (1)

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 391, núm. 200 bis, Pothier, número 566.

613. Cuando el descuento se hace por conformidad de voluntades es inalterable. Es decir, que hay pago definitivo, y por consiguiente extinción total ó parcial de la deuda sobre la cual se descontó el pago. Cuando se extingue la deuda se extinguen también la fianza, los privilegios y las hipotecas. ¿Podrán el acreedor y el deudor, modificando el descuento, pedir de nuevo la fianza ó la hipoteca? Nó, ciertamente, porque el tercero adquiere derecho por el efecto del pago, cuyo derecho no puede relevarse. Una deuda extinguida puede existir de nuevo si tal es la voluntad de las partes; mas no pueden resucitarla en perjuicio de terceros. (1) Para mayor razón, es así cuando el descuento se hace contradictoriamente con terceros interesados. Hay también convenio, y éste tiene lugar de ley para las partes contratantes, porque se convino entre el acreedor, el deudor y el fiador que los pagos hechos por el deudor se aplicarían desde luego á la parte fiada de la deuda, porque si el acreedor y el deudor pretenden descontar el pago sobre una parte de la deuda extinguida con respecto del fiador, violan el convenio, y por consiguiente el descuento es nulo. (2)

#### § IV.—DEL DESCUENTO LEGAL.

614. El art. 1,256 contiene reglas sobre el descuento que se hace en virtud de la ley. ¿Cuándo hay lugar al descuento legal? El legislador no interviene en materia de contratos sino cuando las partes guardan silencio, y que por lo demás, su intervención es necesaria. Para que la ley haga el descuento, es preciso suponer que las partes no lo hicieron. Es lo que dice el art. 1,256: "Cuando la letra no

1 Durantón, t. XII, pág. 325, núm. 197. Aubry y Rau, t. IV, página 167, nota 10, pfo. 320.

2 Caen, 17 de Abril de 1869 (Daloz 1871, 2, 184).

lleva ningún descuento." La ley supone que cuando las partes hacen el descuento, sea el acreedor, ó bien el deudor, lo mencionan en la letra, y se puede decir que debe haber descuento convencional aunque la letra no lo manifieste. ¿Por qué el legislador hace el descuento en defecto de las partes? Porque se debe saber cual es la deuda que se extingue y cual la que subsiste aún: y las partes tienen interés, y por regla general, hay terceros interesados, fianzas y acreedores hipotecarios. El principio de que la ley no hace descuento sino en el caso en que las partes no lo hagan, es consagrado por la jurisprudencia. (1)

En derecho no hay ninguna duda, puesto que el artículo 1,256 lo dice; mas de hecho es difícil algunas veces saber si algunas partes han querido hacer el descuento. Cuando la letra declara que la deuda cuyo pago es descontado, es preciso atenerse á la voluntad manifestada claramente por las partes; poco importa que estas no hayan hecho el descuento, como la ley lo hubiera hecho en su lugar, porque su voluntad es ley y no hay que discutir cual es su interés, cuando ellas mismas decidieron. La letra decía que el pago se haría sobre la suma mayor pagable el.....una época bastante lejana; el deudor tenía otras deudas para una de las cuales había un fallo que le concedía un plazo, cuyo plazo debía espirar á los dos días del pago que hizo á su acreedor; ciertamente debía haber descontado el pago sobre esta última deuda, porque el descuento que había hecho tenía todo el aspecto de una sorpresa; mas, de hecho, no la había, puesto que este descuento consentido por las partes, debía ser sostenido de preferencia, al que el legislador hizo por el silencio de las partes. (2) La letra de la cual habla el art. 1,252 no sirve más

1 Denegada casación, 21 de Diciembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2027, I).

2 Aix, 16 de Enero de 1806. (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,027, II).

que de prueba; nunca se exige para la validez del descuento. Antes de la expiración del término fijado para el cumplimiento de una obligación firmada bajo la fianza de un tercero, el deudor contrae, sin la intervención de este tercero, nuevas obligaciones para con el mismo acreedor con estipulación formal de que estas obligaciones serán cumplidas sin plazo; se ha juzgado que los pagos hechos en cumplimiento de esta cláusula, deben ser descontados sobre la última obligación. En el caso, el fiador pretendía que el descuento debía hacerse de preferencia sobre la deuda fiada, porque es un deber de honor para el deudor librar la fianza. Sin duda, el descuento se habría hecho en virtud de la ley si las deudas no hubieran estado divididas; mas lo estaban y había obligación con descuento convencional, y este descuento se prefiere al de la ley. (1)

615. El art. 1,253 marca las reglas por las cuales debe hacerse el descuento cuando las partes no lo hacen. ¿De qué principio dimanar estas reglas? Se dice generalmente que la ley hace el descuento en interés del deudor, lo que parece lógico, puesto que, por regla general, el descuento se hace por el deudor. Mas este último principio está lejos de ser tan absoluto que se le crea, porque no es cierto que el deudor dicte el descuento (núm. 604), pues no puede hacerlo en perjuicio del acreedor, y, por su lado, éste no puede descontarlo en perjuicio del deudor (núm. 612). Esto decide la cuestión del descuento legal. Si las partes deben tener en cuenta sus respectivos intereses, con mayor razón evitará la ley que se sacrifique el interés de una de las partes en provecho de la otra, porque trata de conciliar los derechos del acreedor y los del deudor, pues son igualmente legítimos. En este espíritu formuló la ley las

1 Sentencia del 10 de Julio de 1830, de la Corte de la Martinica, y denegada casación, 21 de Diciembre de 1831. (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,027, I.) Compárese Denegada casación, 27 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 13).

reglas del art. 1,256 y en este sentido deben interpretarse. (1)

616. El descuento se hace, desde luego, sobre la deuda vencida, aun cuando sea menos onerosa que las que no se han vencido (art. 1,256). Esto se hace en interés del deudor, dicen, y en efecto está interesado en pagar, ante todo, la deuda que puede ocasionarle persecución, y lo que debe evitar, ante todo, son los perseguimientos que hacen perder el crédito. ¿Es decir que la ley no considera el interés del acreedor? Este ha debido contar con que el deudor pagará, en primer lugar, la deuda que debe vencerse primero, y, por consiguiente, debe exigir el pago. La primera regla tiende á favorecer, tanto el interés del acreedor como el del deudor. (2)

617. "Si todas las deudas se vencen, el pago debe ser descontado sobre la deuda que el deudor tiene más interés en satisfacer." Aquí la ley hace el descuento en interés del deudor; por mejor decir, es su derecho, desde que no abandona el derecho del acreedor. La ley hace, pues, lo que el deudor haría, si usando de su derecho, hubiera dictado el descuento (art. 1,253). El acreedor no puede quejarse porque se supone que el descuento no abandona sus derechos. (3) El art. 1,256 dice que el descuento se hace sobre la deuda más onerosa cuando todas se han vencido, y sería lo mismo y por idéntica razón en el caso en que ninguna se hubiera vencido.

Falta saber cuál es la deuda que el deudor tiene más interés en satisfacer ó como lo dice el art. 1,256, cuál deuda es la más onerosa. La ley no lo dice ni es posible decirlo, porque es cuestión de hecho puesto que todo depende de

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 198 bis I. Mouricault, Discursos, núm. 37 (Loché, t. VI, pág. 251).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 392, núm. 201 bis I.

3 Toullier, t. IV, I pág. 170, núm. 130.

las circunstancias de la causa. (1) Todos los autores dan ejemplos de deudas más ó menos onerosas. (2) Nosotros preferimos tomar las aplicaciones de la jurisprudencia.

618. El pago se descuenta sobre una deuda hipotecaria, antes que sobre una deuda quirográfica, porque las hipotecas que gravan los bienes del deudor perjudican su crédito, y por consiguiente, le importa extinguir la deuda garantizada por una hipoteca ó un privilegio, lo que producirá la extinción de esos derechos y el desglose de las inscripciones hipotecarias. (3) Se abrió un crédito á dos esposos bajo la garantía solidaria é hipotecaria de la mujer, es decir, que ésta subrogó al acreedor á la hipoteca legal que tenía sobre los bienes de su marido. El marido hizo pagos al banquero durante todo el tiempo de su crédito. Se juzgó que esos pagos debían descontarse sobre la deuda hipotecaria; más la Corte dijo que el deudor tenía más interés en satisfacer esta deuda, sobre todo, por conveniencia de sus hijos menores, (4) lo que prueba que el interés depende de las circunstancias.

619. Se colocan generalmente las deudas por las cuales el deudor ha dado fianza, entre las onerosas que tiene interés en satisfacer, dándose por razón que satisface dos deudas por un solo pago, su deuda principal y la accesoria del fiador. (5) Es preciso agregar que este es un deber de honor para el deudor porque libra al fiador de las demandas del acreedor, y es también un interés pecuniario para él, porque si el fiador es demandado, no dejará de oponer al acreedor el beneficio de la cuestión. La Corte de Orleans

1 Denegada casación, 28 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 316).

2 Toullier, t. IV, 1. pág. 170, núm. 179. Durantón, t. XII, pag. 237, núm. 199. Aubry y Rau, t. IV, pág. 167, nota 11, pfo. 320.

3 París, 26 de Noviembre de 1833 Dalloz en la palabra *Privilegio é Hipotecas* núm. 325.

4 Angers, 27 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 86) y Denegada casación, 28 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 349).

5 Pothier, núm. 567, Durantón, t. XII, pág. 237, núm. 199.

agrega que librando á los fiadores, el deudor renueva su crédito, porque la mejor de las especulaciones es cumplir con un deber. (1) ¿Qué debe decidirse si solo una parte de la deuda tiene fiador? Supongamos que se hace un pago parcial: ¿el descuento se hace sobre la parte fiada ó sobre la que no lo está? Se puede creer que los motivos para decidir quedan siempre iguales; porque, ¿no es un deber para el deudor librar á su fiador? ¿No tiene en ello un deber de honor y de crédito? La Corte de Caen lo juzgó así. (2)

Se alega que es, sin duda, muy cómodo para el fiador eludir, por un descuento, las obligaciones que contrajo; mas ¿en qué consistirá la equidad? Se la toma para el fiador precisamente á fin de que en fianza parcial, garantice en el total de la deuda, la parte que hasta completarse no sería pagada. El descuento desliga al fiador de sus obligaciones en perjuicio del acreedor. Esta última consideración, á nuestro modo de ver, es decisiva, porque el descuento legal no debe perjudicar al acreedor ni debe quitarle una garantía con la cual contaba, porque esto sería perjudicar sus derechos, lo cual está en oposición con el principio del descuento legal (núm. 615). (3) Esto es lo que la Corte de Casación decidió. Está en la naturaleza de la fianza, dice, que el fiador se comprometa para con el acreedor á satisfacer la obligación si el deudor no lo hace por sí mismo; de donde se sigue que si la fianza no garantiza mas que una parte de la deuda, los pagos hechos por el deudor deben descontarse desde luego, sobre la parte de la deuda no satisfecha. (4) El argumento deja que desear,

1 Orleans, 3 de Abril de 1851. (Dalloz, 1851, 2, 66) Denegada casación, 19 de Agosto de 1834. (Dalloz, en la palabra *De la fianza*, número 43).

2 Caen, 16 de Julio de 1851 (Dalloz, 1854, 5, 98).

3 Troplong, *de la fianza*, núm. 2047. En sentido contrario, Larombière, t. III, art. 1,256, núm. 6. (Ed. B., t. II, pág. 282).

4 Casación, 12 de Enero de 1857, (Dalloz, 1857, 1, 278).

pudiéndose preguntar por qué la Corte no aplica la fianza parcial al principio del descuento que todo el mundo aplica al descuento íntegro. La respuesta es fácil y perentoria, es que el acreedor tiene interés en que en la fianza parcial, el descuento se haga sobre la parte de la deuda que no tiene fianza, y es este interés el verdadero motivo de decidir. Mas este interés está fuera de causa cuando la fianza es íntegra, en el sentido, al menos, de que haciéndose se el descuento sobre la deuda que tiene fianza, el acreedor recibe lo que se le debe. Si hay otros créditos sin fianza contra el mismo deudor, no puede valerse de la fianza para exigir que el descuento se haga sobre las deudas que no la tienen, porque este descuento sería contrario al interés del deudor y la ley establece que se haga en su interés.

620. Si el que paga es al mismo tiempo deudor principal y fiador ¿el descuento se hará sobre la deuda que él tiene, de preferencia á la que debe como fiador? Sí, dice Pothier; porque como fiador, no es responsable mas que accesoriamente, y puede esperar á que la deuda sea satisfecha por el deudor principal; y si es demandado, gozará del beneficio de discusión; mientras que, como deudor principal, puede ser demandado y ejecutado inmediatamente. La Corte de Burdeos consagró este principio haciendo una restricción. En el caso, el fiador se obligó personalmente, con el deudor principal, al pago de la deuda; y así el pago hecho por el fiador desempeñaba dos obligaciones á la vez: la obligación de hacer honor á su firma como deudor, y la de cumplir su trato con el deudor principal. (1) Se vé que no hay principio absoluto en esta materia y que el interés es esencialmente una cuestión de hecho que varía según las circunstancias; por consiguiente, las cortes deben tener siempre en consideración las circunstancias de la causa.

1 Burdeos, 21 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 507).

621. Supongamos que el que paga es deudor de dos deudas, y que una está sometida á la prescripción de treinta años y la otra á una corta prescripción. ¿Se hará el descuento sobre la deuda cuya prescripción es más larga porque es la que el deudor tiene más interés en extinguir, ó sobre lo que tiene prescripción de poco tiempo. Se ha juzgado que la duración más ó menos larga de la prescripción, no es una modificación agravante de la deuda, porque no se debe considerar como un interés legítimo la prescripción, pues el deudor especularía, no pagando su deuda, con la seguridad de verla extinguida por la prescripción, lo cual sería un cálculo de mala fe que la ley no puede reconocer, y menos aún favorecer. (1)

622. "Si las deudas son de igual naturaleza, dice el artículo 1,256, el descuento debe hacerse sobre la más antigua." ¿Qué se entiende por deuda más antigua, y por qué se hace el descuento sobre ella? No están de acuerdo en esto los autores: según unos, la deuda más antigua es la que se contrajo primero, y según otros, es la que se vence primero. El motivo de decidir difiere, naturalmente, en una y en otra hipótesis. Es cierto que ateniéndose al sentido vulgar de las palabras, la deuda más antigua es la que se contrae primero, y si se vencen al mismo tiempo, es preciso, sin duda alguna, descontar el pago sobre la más antigua; porque el acreedor tiene derecho de recibir el pago de la deuda primera, puesto que así debe haberlo considerado, teniendo interés en que el deudor satisfaga una deuda que la prescripción amenaza extinguir antes que las más recientes; es cierto que bajo este concepto, el deudor tiene un interés contrario; mas es un interés injusto como acabamos de decirlo, (núm. 621); porque esto sería una especulación deshonrosa. Así, pues, cuando todas las deudas son iguales, la más antigua tiene una causa legítima

1 Colmar, 9 de Junio de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 63).

para el descuento en interés del acreedor, sin que el deudor pueda oponerle un interés contrario. Mas si la deuda que se contrajo primero debe vencerse más tarde, creemos que sobre esta debe recaer el primer descuento que se haga. Este caso no está previsto en la segunda parte, sino más bien en la primera, al menos en lo que concierne al espíritu de la ley. Según la primera parte, el descuento debe hacerse, ante todo, sobre la deuda vencida, y ya hemos dado la razón: (núm. 616) debe hacerse de preferencia sobre la deuda que se vence primero, prefiriendo á la deuda más antigua, porque debe vencerse más tarde. (1)

623. La última regla es esta: "Siendo todas las cosas iguales, el descuento se hace proporcionalmente." El acreedor recibirá, pues, un pago parcial de todos sus créditos, y aunque esto es contrario á su derecho (art. 1,244), no podrá quejarse, porque de él depende hacer el descuento cuando el deudor no lo dicta. Solamente en el silencio de las dos partes es cuando la ley reglamenta el descuento, y debe hacerlo, puesto que es preciso que se sepa cuáles deudas se extinguen y cuándo son todas las cosas iguales, es decir, que no hay ninguna razón para descontar el pago sobre una deuda antes que sobre la otra, no quedando más que un modo de descuento posible, que es el descuento proporcional.

624. Las partes interesadas, ¿pueden derogar las reglas establecidas por el art. 1,256? Para que la cuestión pueda presentarse, es preciso suponer que ni el deudor ni el acreedor han hecho el descuento de una manera formal, porque si lo hubieran hecho no habría lugar al descuento legal, pues la ley solo lo hace cuando las partes no lo hacen. Si en la letra no consta ningún descuento, es porque no ha in-

1 En sentido diverso, Larombière, t. III, pág. 435, núm. 13 del artículo 1,256 (Ed. B., t. II, pág. 283); Mourlón, t. II, pág. 622, Colmet de Santerre, t. V, pág. 393, núm. 201 bis IV.

tervenido ningún contrato, de donde se puede inferir la intención de las partes contratantes, siendo el caso de recurrir á las reglas del art. 1,256. Se pregunta si estas reglas son absolutas. Ya hemos advertido que una de estas reglas, la más usual, la que hace el descuento según el interés del deudor, está sometida á la apreciación del juez, y depende, en realidad, de su poder absoluto (núms. 617 y siguientes). Debemos ir más lejos y decir que el juez debe siempre considerar las circunstancias de la causa para sacar en consecuencia la voluntad del deudor, así como la del acreedor, porque tan interesado está en el pago uno, como el otro; en consecuencia, puede el juez decidir que ha estado en la intención del deudor ó del acreedor, que el descuento se hiciera sobre una deuda distinta de aquella sobre la cual debería hacerse según el art. 1,256. Pothier hizo ya la observación. El descuento se hace desde luego sobre la deuda vencida, de preferencia á lo que no lo está; hé aquí nuestra primera regla de descuento legal. Sin embargo, dice Pothier, si la deuda cuyo término no está vencido, debe vencerse en pocos días, y que es apremiante por captura (ú otra pena), creo que debe alegarse para el descuento sobre otra deuda cualquiera, cuyo término esté vencido, porque está en el interés del deudor satisfacer cuanto antes una deuda por la cual estará expuesto en pocos días á ser apremiado, aunque no se haya vencido, que en satisfacer deudas por las que no podrá ser preso. Tal es, ciertamente, el espíritu de la ley: las reglas que establece están tomadas de Pothier y fundadas sobre la presunta intención de las partes contratantes, cuya intención es preciso tener siempre en cuenta al aplicarlas. (1)

625. La aplicación del art. 1,256 dá lugar á dificultades bastante graves que tienden al derecho más bien que

1 Pothier, núm. 567, corolario VI. Aubry y Rau, t. IV, pág. 168, y nota 13, pfo. 320.

á las circunstancias del hecho. Supongamos que el acreedor de una sociedad disuelta, continúa en relaciones con la nueva sociedad que se formó y que está encargada de pagar las deudas de la otra. Los pagos hechos por la nueva ¿deben descontarse sobre la deuda de esta última sociedad ó sobre la de la sociedad disuelta? Hay sobre esta cuestión sentencias que parecen contradictorias. La Corte de Grenoble juzgó que si las operaciones comenzadas con la antigua sociedad y continuadas con la nueva, fueron reglamentadas conforme á lo que se había practicado siempre, por estados de situación en forma de cuenta corriente en la que figuraban, en primer lugar, el antiguo crédito y después los pagos de fondos hechos á la nueva sociedad, se debía concluir, en cuanto á los pagos hechos por esta sociedad, que las partes adoptaron un sistema de descuento, cuyo efecto era el de extinguir, desde luego, la deuda de la antigua sociedad que era la más antigua. En derecho, la Corte juzgó que siendo el art. 1,256 aplicable al caso, la nueva sociedad era deudora de la deuda de la precedente, lo mismo que de las suyas propias. (1)

Este último punto es dudoso y nos parece que la cuestión está mal planteada, porque el acreedor que contrae sucesivamente, primero con una sociedad y luego con la que la reemplaza, tiene dos deudores diferentes, porque para que el primer deudor, de la antigua sociedad, fuera reemplazado por un nuevo deudor, se necesitaba que la nueva sociedad hiciera una innovación (art. 1,271 2.º) y la innovación para la sustitución de un nuevo deudor, requiere que el acreedor consienta, cuyo consentimiento, dice el art. 1,273, no solo debe presumirse, sino que tiene que resultar claramente de la escritura. Así, pues, no basta con que la nueva sociedad consienta en pagar

1 Grenoble, 21 de Junio de 1841. (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2044.

la deuda de la antigua para que haya innovación, sino que es preciso que el acreedor consienta en renunciar su antiguo crédito para reemplazarlo por uno nuevo, contra otro deudor, descargando al primero. Si no hay innovación, el acreedor tendrá dos deudores: la antigua y la nueva sociedad, y no pueden aplicarse las reglas del descuento, porque estas suponen que un solo deudor tiene varias deudas.

La Corte de Casación lo juzgó así casando la sentencia de la Corte de apelación que había hecho el descuento según las reglas del art. 1,256, como si la nueva sociedad hubiera quedado en todo en lugar de la otra, porque la Corte admitía que hubiese un nuevo deudor, y por tanto innovación; para decidirlo así invocó simples probabilidades y presunciones de hecho, lo cual es desconocer la disposición formal del art. 2,273, porque la innovación no solo se presume, sino que es preciso fundarla sobre seguridad. La Corte de Rouen, á la que fué elevado el negocio, estableció netamente los principios, deduciendo las consecuencias en lo que concierne al descuento. En principio no se puede tratar de descuento cuando hay dos deudores, una sociedad de liquidación y otra nueva sociedad. (1)

626. Se presentó una cuestión análoga en una sociedad en liquidación. El liquidador continuó la explotación de una fábrica, como medida de conservación, para que los acreedores no la perdieran; hizo compras de carbón de piedra porque la compañía no lo proporcionaba á la sociedad disuelta. Se pregunta si había lugar de aplicar las reglas del descuento á los pagos hechos por el liquidador. Se decidió por la negativa, y nos parece que así debía ser. Había dos deudores diferentes: la antigua sociedad disuelta y la masa de los acreedores, por consiguiente el liquida-

1 Casación, 5 de Enero de 1835, y Rouen, 10 de Junio de 1835. (Daloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,452, III.

dor era el mandatario, lo cual basta para que no haya descuento, puesto que este supone un solo deudor con varias deudas. (1)

627. ¿Tienen alguna excepción las reglas del descuento? El art. 1,848, en el título "De la Sociedad," prevee un caso de descuento regido por principios especiales; volvemos á tratar sobre esto explicando el título que es base de la materia.

628. La Corte de Casación decidió que el descuento establecido por el art. 1,256, no es aplicable á la compensación, aunque esta sea también un pago hecho por la ley. En el caso, una persona le debía varias sumas á otra de la cual era deudor. La compensación se obraba de pleno derecho con el vencimiento, con aquellas de las deudas que, en ese momento, quedaba igualmente vencida; no se puede decir que el crédito que sirve para pagar una de las deudas del deudor, debería compensarse con una deuda vencida posteriormente, cuya deuda tenía el deudor gran interés en satisfacer, porque consistía en el precio de una venta de inmuebles hecha con cláusula de resolución de pleno derecho para el caso en que el precio no se pagara en un plazo determinado. (2) Es cierto que en esas circunstancias no podía ser descuento. La compensación se obraba de pleno derecho; así, pues, desde el instante en que el deudor de varias deudas se hace acreedor de su acreedor, el crédito extingue la deuda que, desde este momento, queda vencida; cuando otra deuda se vence, no hay más que un crédito, puesto que queda extinguida de pleno derecho por la compensación; por consiguiente, no se puede tratar ya de compensación ni de descuento.

¿Es decir que jamás hay lugar á descuento cuando el

1 Dijón, 17 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 94).

2 Denegada casación, 2 de Mayo de 1860. (Daloz, 1861, 1, 104, á la nota del recopilador).

pago se hace por vía de compensación? La Corte de Casación no dice esto, y si el caso se presentara, debería recurrirse á las reglas sobre el descuento para decidir cuál de tantas deudas quedaba extinguida por la compensación. Si, en el caso, todas las deudas fueran exigibles, y, por tanto, compensables, debiera decidirse cuál de estas deudas quedaba extinguida por la compensación, y siendo esta un pago que hace la ley, el juez debía haber decidido conforme al art. 1,256, cuál de las diversas deudas quedaba extinguida; si era la que el deudor tenía más interés en satisfacer ó la más antigua, y en caso de ser iguales, el descuento ó la compensación se haría proporcionalmente.

629. Es de doctrina y de jurisprudencia que las reglas sobre el descuento no se apliquen á la cuenta corriente, especialmente la regla por la cual los pagos se descuentan sobre la deuda más onerosa ó sobre la más antigua. No se puede, pues, extraer de una cuenta corriente, ciertas deudas para descontar alguna remisión, á menos que esta no interese especialmente á una deuda determinada; y la razón es que las remisiones hechas por cuenta corriente, no son de pagos, sino de préstamos ó de anticipos. Esta diferencia que resulta entre las deudas de una cuenta corriente y de las ordinarias, sean civiles ó comerciales, está bien explicada en una requisitoria del abogado general Nicias Gaillard. Dejemos esta materia que no es de nuestro dominio: bastará con señalar la excepción que á decir verdad, no es una; puesto que las remisiones por cuenta corriente no son pagos, es imposible aplicar reglas que solo á éste cenciernen. (1)

630. Se juzgó igualmente por la Corte de Casación que el art. 1,256 no es aplicable en materia de quiebra; por

1 Massé, Derecho comercial, t. IV, pág. 79, núm. 2,178. Denegada casación, Sala Civil, 17 de Enero de 1849, y la requisitoria de Nicias Gaillard. (Daloz, 1849, 1, 49).

que el dividendo tomado en una quiebra por un acreedor admitido por varios créditos se descuenta sobre cada uno proporcionadamente á su cifra, no pudiéndose invocar la regla por la cual el pago se descuenta sobre la deuda que el deudor tenga más interés en satisfacer. La Corte dice que las presunciones del art. 1,256 son inadmisibles cuando el pago excluye, por su naturaleza, todo descuento particular; en efecto, descontar es elegir, designar la deuda que debe extinguirse de preferencia; y en caso de quiebra, ninguna deuda se extingue, puesto que á nadie se le paga íntegramente; y si un acreedor tiene varios créditos, se hace un total para determinar la cuota de su dividendo; por consiguiente, dice la sentencia, el pago del dividendo tiene virtual y necesariamente una aplicación proporcionada á todas las deudas sin distinción del deudor.

La Corte de Caen habia decidido lo contrario, aplicando el derecho común al caso siguiente que hará comprender el interés de la cuestión. Un acreedor fué causa de una quiebra por varios créditos, entre otros por una libranza endosada por el deudor quebrado. Pretendía que el pago hecho por el quebrado debía descontarse sobre sus deudas personales, de preferencia á aquella cuya responsabilidad no tenía más que como deudor. Si se hubiera procedido así la libranza, no hubiera podido pagarse y el portador habria tenido acción para el todo contra el suscriptor. Esto no es admisible porque resultaría que para los créditos cuyo descuento se hiciera de preferencia, el acreedor tendría un dividendo más elevado que los otros acreedores, siendo así que la condición de todos los acreedores y todos los créditos es igual, lo que conduce necesariamente á la extinción proporcionada. (1)

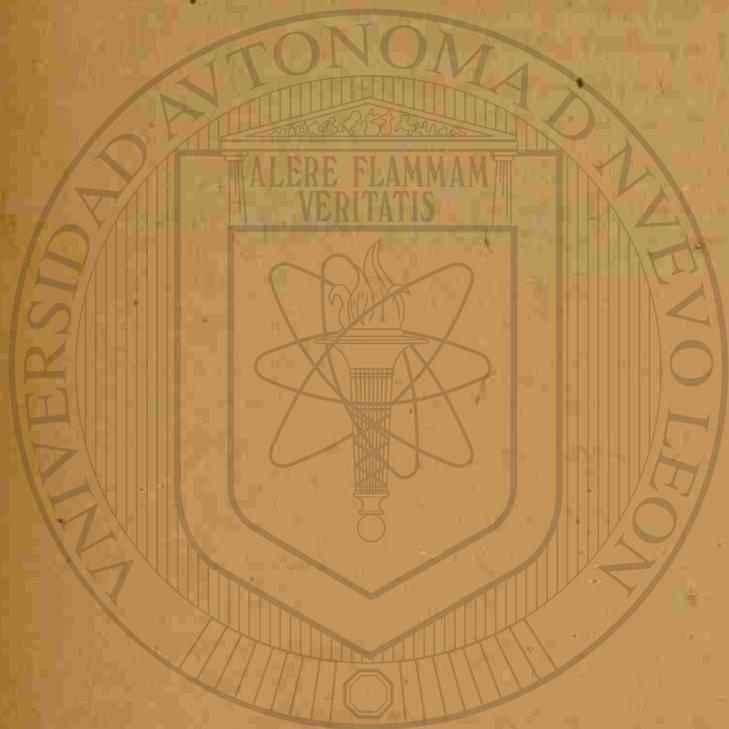
631. Se ha sostenido contra varias apreciaciones que la caja de consignaciones no está sometida al derecho común

1 Casación, 12 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 501).

en materia de descuento, especialmente cuando no debe descontar los pagos parciales que hizo al principio sobre los intereses y después sobre el capital. Estas pretensiones se han rechazado siempre, porque el derecho común es aplicable á todo el mundo, salvo excepción, y ninguna ley exime á la caja de consignaciones de la obligación impuesta por el art. 1,254 á todo deudor de un capital que produce intereses, de descontar los pagos parciales, al principio sobre los intereses y después y subsidiariamente sobre el capital: esto es decisivo. (1)

FIN DEL TOMO DÉCIMO SEPTIMO.

1 París, 20 de Marzo de 1830, 7 de Enero de de 1831 (Dalloz. en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,012).



## INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

### TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continuación).

### CAPITULO VI.

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES.

*SECCION 1.—De las obligaciones naturales.*

#### § I. Definición.

	Págs.
1 Las obligaciones naturales, en el derecho francés, no tienen nada de común con la teoría romana de las obligaciones naturales?.....	3
2 Las obligaciones naturales se confunden con los deberes morales? Doctrina de Jaubert, orador del Tribunalado....	5
3 Doctrina de los autores franceses, Durantón, Larombiere, Demolombe.....	7
4 Cuál es la verdadera doctrina de Pothier?.....	9
5 Carácter distintivo del deber moral y de la obligación natural.....	10
6 Definición de la obligación natural.....	12
7 Los deberes morales producen los efectos que los civiles?.....	14
8 Crítica de la opinión contraria.....	15

	Págs.
§ II. Enumeración de las obligaciones naturales.	
9 Los tribunales gozan de un poder absoluto en esta materia?	16
Núm. 1. De las obligaciones impropia- mente nombradas obligaciones naturales.	
10 Las deudas contraídas por incapaces son obligaciones naturales?	17
11 Quid de las obligaciones anulables?	21
12 Quid de las obligaciones civilmente extinguidas?	22
13 Quid de las donaciones nulas en la forma?	23
14 Quid de las leyes nulas en la forma? Y es para el heredero una obligación natural cumplirlas? Crítica de la doctrina y de la jurisprudencia	24
15 Las obligaciones de honor constituyen una obligación natural?	27
Núm. 2. Ejemplos de las obligaciones naturales.	
16 La deuda de alimentos es una obligación natural respecto de parientes que están necesitados?	28
17 El padre de un hijo natural no debe reconocer como obligación natural suministrarle alimentos? Esta obligación no incumbe también á los herederos del padre y de la madre?	30
18 Y es obligación natural para el padre y la madre dotar á sus hijos?	33
19 Las deudas de juego son obligaciones naturales?	34
20 Las rentas feudales, después de la supresión, permanecen como obligaciones naturales?	35
21 El deudor quebrado concursado es responsable por una obligación natural de pagar la parte de deudas de que ha hecho remisión?	37
22 Esta obligación no es más que natural?	38
§ III. Del efecto de las obligaciones naturales.	
Núm. 1. Principio.	
23 Doctrina de Pothier y de Bigot Prámeneu consagrada por el Código	40
24 Crítica de la opinión contraria, título de los autores	41
Núm. 2. Del efecto que produce la deuda natural según el Código Civil.	
25 Por qué el legislador concede una excepción á los acreedo-	

	Págs.
res de una obligación natural contra la repetición de lo que está pagado?	42
26 Qué significa la palabra "voluntariamente" del art. 1,235?..	43
27 La obligación natural puede ser pagada por vía de compensación?	44
Núm. 3. De los efectos que la doctrina y la jurisprudencia reconocen á la obligación natural.	
28 Se puede fiar una deuda natural? Crítica de distinciones hechas por los autores. Crítica de la ley	45
29 Una deuda natural. Crítica de la doctrina	46
30 Crítica de la jurisprudencia	48
31 Una obligación natural puede ser confirmada	51
<i>SECCION II.—De las obligaciones condicionales.</i>	
§ I. Nociones generales.	
Núm. 1. ¿Hay dos especies de obligaciones condicionales?	
32 No hay más que una condición, la condición suspensiva, y no hay mas que una obligación condicional, es la que se suspende por una condición	53
33 Cuándo la condición es suspensiva y cuándo es resolutoria?	55
34 Aplicación de estos principios á las adjudicaciones	57
Núm. 2. Definición de la condición.	
35 Para que haya condición es necesario un acontecimiento futuro. Quid si el acontecimiento sucede ignorándolo las partes?	58
36 Es necesario en segundo lugar que el acontecimiento sea incierto	60
37 Hay condiciones tácitas? El juez puede admitir condiciones por vía de presunción?	60
38 Jurisprudencia concerniente á las condiciones tácitas	62
Núm. 3. De las condiciones imposibles ó ilícitas.	
39 La condición debe ser posible y lícita. Diferencia entre la condición lícita y la causa ilícita	64
§ I. De las condiciones imposibles.	
40 La imposibilidad puede ser física ó legal. Jurisprudencia	65
41 La imposibilidad relativa es suficiente para viciar el convenio?	66
42 Cuál época es conveniente escoger para decidir si la condición es imposible?	67

## II. De las condiciones ilícitas é inmorales.

43	Cuándo una condición es ilícita?.....	67
44	La condición de una reparación voluntaria de cuerpos y de bienes es nula.....	67
45	¿La condición de no edificar un hotel sobre el terreno vendido es válida?.....	68
46	La condición de una fianza limitada a recoger los bienes de una sucesión es válida?.....	68
47	Quid de la condición de no poder ceder el precio de un reemplazo.....	69

## III. Efecto de la condición imposible ó ilícita.

48	La condición de no poder hacer una cosa imposible ó ilícita vicia el convenio?.....	70
49	El deudor se puede obligar válidamente á hacer una cosa ilícita ó inmoral?.....	72
50	Quid si una condición ilícita está agregada á una escritura que va adjunta á título gratuito y á título oneroso?.....	72

## § II. División de las condiciones.

## Núm. 1. De las condiciones casuales, potestativas y mixtas

## I. Definiciones.

51	Qué es la condición casual?.....	74
52	Qué es la condición potestativa?.....	74
53	Qué es la condición mixta?.....	75
54	Cuál es el interés de estas divisiones?.....	76

## II. De la condición puramente potestativa.

55	Qué se entiende por condición potestativa en el art. 1,174?.....	77
56	En qué cosa difiere la condición potestativa del art. 1,174 de la condición potestativa del art. 1,170?.....	79
57	Cuando es la condición puramente potestativa?.....	73
58	Policía de seguridad anulada por condición potestativa.....	80
59	La promesa hecha por el deudor de pagar, siéndole imposible, es nula como hecha bajo condiciones puramente potestativas? Quid de la promesa de reembolsar un capital á la voluntad del deudor.....	82
60	Quid de la cláusula que promete á un empleado una gratificación razonable abandonada á la generosidad de su amo.....	82
61	La cláusula que sujeta el pago del precio á la entrada en	

	posesión del comprador, lo que daría lugar á su primera adquisición, ¿contiene una condición potestativa?.....	83
62	La cláusula por la cual el propietario de un privilegio se reserva, vendiendo una parte de los productos de su privilegio, el derecho de determinar la época de la puesta en obra del procedimiento privilegiado, ¿constituye una condición potestativa en el sentido del art. 1,174?.....	84
63	La adjudicación hecha con la cláusula que el vendedor se reserva aceptando las ofertas, bajo condición potestativa, es nula en virtud del art. 1,174?.....	85
64	Quid si en un contrato bilateral, una de las partes se obliga bajo condición potestativa, todo el contrato será nulo?.....	86
65	Puede ser hecho un contrato bajo condición resolutoria potestativa?.....	86
66	Jurisprudencia.....	87

## Núm. 2. De las condiciones positivas y negativas.

67	Definición de estas condiciones. Interés de la división:.....	89
----	---	----

## § III. Del cumplimiento de las condiciones.

68	Sentido y extensión del principio asentado por el artículo 1,175.....	90
69	Las condiciones pueden cumplirse por equivalencia?.....	91
70	El cumplimiento de las condiciones es indivisible?.....	93
71	Las condiciones pueden ser cumplidas después de la muerte de las partes contratantes?.....	94
72	La condición puede ser cumplida por un tercero?.....	94
73	Después de qué tiempo la condición debe cumplirse, si el convenio fija término? Es preciso una puesta en mora?.....	95
74	Quid si el convenio no fija espacio de término?.....	96
75	Los arts. 1,167 y 1,176 se aplican á las condiciones potestativas?.....	96
76	Quid si el deudor por su hecho, impide el cumplimiento de la condición? Es preciso atribuirlo á culpa suya? Quid si ha usado de su derecho debe el acreedor probar que sin ese obstáculo la condición sería cumplida?.....	97
77	La condición se reputaría cumplida cuando el cumplimiento se hiciera imposible por un caso fortuito ó por el hecho de un tercero?.....	100

## § IV. Retroactividad de las condiciones.

78	Por qué la condición retrotrae?.....	100
----	--------------------------------------	-----

	Págs.
79 Aplicación del principio á la condición suspensiva y á la condición resolutoria.....	101
80 Consecuencia de la retroactividad en lo que concierne á la translación de la propiedad y á los actos de disposición hechos durante el tiempo que la condición suspensiva está en suspenso, sea por el deudor, sea por el acreedor.....	102
81 Igual consecuencia cuando la condición resolutoria.....	103
82 Quid de los actos de administración hechos por el deudor condicional durante el tiempo que la condición suspensiva está en suspenso? Crítica de la opinión general.....	104
83 Igual cuestión en cuanto á los actos hechos por el propietario bajo condición resolutoria, cuando la condición se ha cumplido.....	108
84 Quid de los frutos percibidos por el deudor condicional durante el tiempo que la condición suspensiva está en suspenso cuando la condición viene á cumplirse.....	110
85 Igual cuestión en cuanto á los frutos percibidos por aquel cuando el derecho de propiedad es resuelto por una condición resolutoria.....	112
86 La condición potestativa retrotrae?.....	114

#### § V. De la condición suspensiva.

##### Núm. 1. Efecto de la condición cuando está en suspenso.

87 La condición suspende la existencia de la obligación ó su ejecución? El acreedor condicional no tiene más de una esperanza, ó no tiene un derecho?.....	117
--	-----

##### I. Derechos del acreedor condicional.

88 El acreedor no tiene acción? La prescripción no puede nada contra él? Quid si un tercero posee la cosa que fué objeto del derecho condicional.....	119
89 El acreedor puede hacer los actos conservatorios. Cuáles son estos actos? Puede practicar un embargo? Puede presentarse al orden para ser colocado?.....	119
90 El comprador condicional puede purgar? Puede demandar la distracción del inmueble embargado sobre su autor?.....	122

##### II. Derechos del deudor condicional.

91 El deudor que paga por error puede repetir.....	123
92 El deudor queda propietario si ejerce todas sus acciones..	123
93 Los acreedores del vendedor pueden embargar el inmueble. Podrá oponerse la adjudicación al comprador condicional?.....	124

	Págs.
94 Cuáles son los derechos del deudor condicional como tercero detentador?.....	124
95 Quid si el deudor condicional es un simple poseedor en curso de prescripción, esta correrá contra el vendedor ó contra el comprador?.....	125

#### III. ¿Quién soporta los riesgos?

96 Por qué el deudor condicional soporta los riesgos? Crítica de la opinión general.....	126
97 Quid si la cosa se deteriora por culpa del deudor, ¿tendrá el acreedor derecho á daños y perjuicios, y á cuáles?.....	128
98 Quid si la cosa se deteriora sin culpa del deudor? Crítica de la ley y de la justificación que se ha dado.....	129
99 Quid si hay depreciación sin que haya pérdida parcial, ó será preciso distinguir si esta es considerable ó nó?.....	132

#### Núm. 2. Efecto de la condición suspensiva cuando falta.

100 Cuáles son los efectos que resultan cuando no se cumple el contrato? Quid si el contrato se cumple?.....	133
--	-----

#### Núm. 3. Efecto de la condición cuando se cumple.

101 El contrato se forma solamente cuando se cumple la condición?.....	134
102 Cuando la condición retrotrae qué efectos produce? Vuelta.	135

#### § VI. De la condición resolutoria.

##### Núm. 1. Efectos de la condición resolutoria durante el tiempo que está en suspenso.

##### I. Derechos del deudor condicional.

103 Cuando el contrato es puro y simple, la resolución es condicional. Diferencia entre la resolución y la rescisión ó anulación.....	136
104 El deudor condicional tiene los derechos y las obligaciones que se derivan de un contrato puro y simple.....	137
105 Tiene los derechos de un tercero detentador, principalmente en cuanto á la fuerza.....	138
106 Tiene las acciones activas y pasivas, especialmente la acción en partición.....	138

- |   | Págs. |
|---|-------|
| 107 Puede prescribir y la prescripción corta contra él. Quid si el contrato es resuelto y el acreedor es menor?.....      | 138   |
| 108 El principio que rige los derechos del deudor condicional tienen excepción en el caso previsto por el art. 1,751..... | 139   |

## II. Derechos del acreedor condicional.

- |  |     |
|--|-----|
| 109 El vendedor bajo condición resolutoria es acreedor bajo condición suspensiva, y tiene los derechos del deudor condicional..... | 139 |
|--|-----|

### III. ¿Quién soporta los riesgos?

- |                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 110 Cuándo es total la pérdida?..... | 139 |
| 111 Cuándo es parcial la deuda?..... | 141 |

#### Núm. 2. Efecto de la condición resolutoria cuando falta.

- |   |     |
|---|-----|
| 112 El contrato queda puro y simple y no puede ser resuelto. Consecuencia que resulta en cuanto á los actos hechos por el acreedor y el deudor condicionales..... | 142 |
|---|-----|

#### Núm. 3. Efecto de la condición resolutoria cuando se realiza.

- |  |     |
|--|-----|
| 113 El contrato es resuelto con retroactividad, como si no hubiera existido jamás.....   | 142 |
| 114 La condición resolutoria obra de pleno derecho.....  | 143 |
| 115 El principio se aplica á todas las condiciones resolutorias, expresas, casuales ó potestativas.....  | 144 |
| 116 Cuál es el efecto de la resolución entre las partes?.....  | 144 |
| 117 Los actos de disposición hechos por el comprador bajo condición resolutoria vienen abajo con el derecho del que los hace.....  | 145 |
| 118 En qué sentido tiene ese efecto la condición resolutoria con respecto á terceros?.....   | 146 |
| 119 Los embargos practicados por los acreedores del comprador y la expropiación pueden oponerse al vendedor? Quid si los fallos pronunciados en contra ó en favor del comprador tienen efecto con respecto al vendedor?..... | 147 |
| 120 Quid de los actos de administración son resueltos? Vuelta  | 148 |
| 121 El art. 1,183 se aplica á toda clase de contratos? Quid de los que por su naturaleza no son susceptibles de resolverse con el efecto que el art. 1,183 atribuye á la resolución.....                                     | 148 |

## § VII. De la condición resolutoria tácita.

### Núm. 1. En qué casos hay lugar á la condición resolutoria tácita.

- |  |     |
|--|-----|
| 122 En qué consiste la condición resolutoria tácita y cuál es su origen? Por qué la ley la supone en los contratos sinalagmáticos?.....                                | 151 |
| 123 La condición resolutoria es supuesta en los contratos sinalagmáticos imperfectos y en los contratos unilaterales? Crítica de la opinión generalmente enseñada..... | 153 |
| 124 Es preciso que la falta de cumplimiento sea imputable al deudor para que el acreedor pueda demandar la resolución del contrato?.....                               | 156 |
| 125 Quid si por culpa del acreedor, el deudor no ha podido cumplir la obligación?.....   | 156 |
| 126 Quid si hay errores respectivos por cada una de las partes? El Tribunal puede, sin embargo, pronunciar la reducción?.....  | 156 |
| 127 La falta de cumplimiento parcial de la obligación basta para autorizar la resolución?.....   | 162 |
| 128 El principio de la condición resolutoria tácita tiene excepciones?.....  | 163 |

### Núm. 2. Como obra la condición resolutoria tácita.

- |   |     |
|---|-----|
| 129 La condición resolutoria tácita no obra de pleno derecho. La resolución debe ser demandada judicialmente y es el juez quien la pronuncia.....   | 164 |
| 130 El juez no interviene en la resolución que se hace en virtud de la voluntad de las partes contratantes. No es él quien la pronuncia, y no podrá impedirlo.....  | 164 |
| 131 Cuáles son los casos en que tiene excepción el principio de que la condición resolutoria tácita no obra de pleno derecho?.....  | 165 |
| 132 Es preciso que el acreedor ponga al deudor en mora antes de intentar la acción en resolución?.....  | 165 |
| 133 Por qué el juez puede conceder un plazo al deudor, y en cuáles casos puede hacer uso de este derecho?.....  | 166 |
| 134 El juez puede dar una sentencia concediendo un plazo?.....  | 167 |
| 135 Puede el deudor cumplir su obligación hasta la resolución sea pronunciada?.....   | 168 |
| 136 El acreedor que puede demandar la resolución, tiene también derecho de exigir el cumplimiento forzado del contrato. En los contratos hechos bajo condición resolutoria expresa, no tienen este derecho las partes y ni aun pueden convenir en que la resolución quedará sin efecto..... | 168 |

	Págs.
137 En el caso del art. 1,184, el acreedor puede renunciar al derecho que tiene de obrar en resolución.....	169
138 La renuncia puede ser expresa ó tácita. Cuándo es tácita?	170
139 El acreedor que tiene la elección entre el cumplimiento y la resolución, renuncia á uno de esos derechos ejerciendo el otro?.....	171
140 Quid si se suscita una cuestión entre el vendedor y el tercero comprador. Crítica de la opinión de Troplong.....	173
141 Cómo la legislación nueva, belga y francesa, amparan los derechos de los terceros compradores.....	175
142 Qué puede alegarse de la resolución que tiene lugar en virtud de la condición resolutoria tácita y en virtud de la condición resolutoria expresa?.....	176
143 Los principios que rigen la condición resolutoria tácita, se aplican al caso en que la resolución se hace por consentimiento de las partes contratante?.....	176

### Núm. 3. Efectos de la condición resolutoria tácita.

144 La condición resolutoria tácita produce, en general, los mismos efectos que la condición resolutoria expresa?....	177
145 La condición resolutoria tácita tiene efecto retroactivo?....	177
146 Cuál es la consecuencia de la retroactividad entre las partes? Aplicación del principio al contrato de arrendamiento de una mina.....	178
147 La resolución tiene efecto contra los terceros, salvo cuando el contrato resuelto tiene por objeto muebles corporales....	180
148 Puede el acreedor obrar directamente contra los terceros? Cómo debe formular su acción?.....	180
149 Puede obrar en resolución contra el subcomprador sin poner en juicio al comprador? Crítica de una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica.....	181
150 Cuánto dura la acción en resolución intentada en virtud del art. 1,184 contra el deudor y contra el tercero comprador?...	184
151 Quid de las acciones que provienen de la condición resolutoria expresa.....	186
152 Quid si se trata de la resolución de una venta mueble.....	186
153 Los actos de administración hechos por el propietario cuyo derecho es resuelto se sostienen?.....	186
154 Debe restituir los frutos que percibió? Crítica de la opinión de Troplong. Crítica de la jurisprudencia.....	187
155 De los daños y perjuicios debidos en caso de falta de cumplimiento del contrato.....	190

### § VIII. Del pacto comisorio.

156 El pacto comisorio es una condición resolutoria expresa?...	190
---	-----

### Núm. 1. Primera hipótesis.

157 Si el pacto comisorio reproduce los términos de la condición resolutoria tácita, no obra de pleno derecho.....	191
158 Cuáles son, en ese caso, los efectos del pacto comisorio?....	195
159 Se necesita siempre una acción judicial? Casos en los cuales la jurisprudencia admite una derogación al art. 1,184 resultando de la intención de las partes contratantes.....	196
160 Cuándo equivale el pacto comisorio á una condición resolutoria tácita?.....	198

### Núm. 2. Segunda hipótesis.

161 Cuando las partes estipulan que en caso de falta de cumplimiento el contrato se resuelva de pleno derecho, en qué derogará este pacto el art. 1,184?.....	199
162 A pesar de esta cláusula, el acreedor debe manifestar su voluntad de usar para que produzca efecto.....	200
163 Cómo debe manifestar su voluntad? Se necesita notificación?.....	201
164 Puede el deudor pagando detener la resolución?.....	203
165 Puede el juez conceder un plazo al deudor?.....	205
166 Examen y crítica de la jurisprudencia.....	205
167 En qué término debe formularse el pacto comisorio para el que obra de pleno derecho?.....	207

### Núm. 3. Tercera hipótesis.

168 Cuando el pacto dice que la resolución tendrá lugar de pleno derecho y sin puesta en mora, produce los efectos de la condición resolutoria expresa.....	208
169 El que demanda la resolución judicial cuando hay pacto comisorio, renuncia á la resolución convencional.....	209
170 El que ha detenido una demanda en resolución convencional. Puede todavía demandar la resolución judicial?.....	210

### SECCION III. De las obligaciones á término.

#### § I. Nociones generales.

171 En qué consiste el término?.....	211
172 Diferencia entre la obligación á término y la obligación pura y simple.....	211
173 Aplicación de estos principios hecha por la Corte de Bruselas.....	211
174 Del término cierto y del incierto. Cuándo forma el término incierto una condición en las obligaciones?.....	212
175 Quid si la cláusula dice que el deudor pagará cuando pueda.....	213

	Págs.
176 Cuál es el sentido de la cláusula que permite al deudor pagar cuando quiera? .....	214
177 Del término de derecho y del término de gracia .....	214
178 Del término expreso y del término tácito .....	215
179 Del término resolutorio .....	216

## § II. Efectos del término.

### Núm. 1. ¿En favor de quién puede estipularse?

180 Por qué la ley presume que el término se estipule en favor del deudor? Puede estipularse en favor de las dos partes ó del acreedor solamente? .....	217
181 Pueden el deudor y el acreedor renunciar al beneficio del término .....	218
182 Quid si el término se estipuló en favor de las dos partes .....	219

### Núm. 2. Efecto del término antes de su vencimiento.

183 El término no modifica nada los efectos del contrato, solamente retarda su cumplimiento .....	221
184 La deuda á término no es exigible; por consiguiente no puede servir de compensación .....	221
185 Quid si el deudor paga anticipadamente puede repetir si lo hizo por error? .....	222
186 Puede repetir el descuento? .....	224
187 El acreedor no puede hacer ningún acto de ejecución .....	226
188 Puede hacer actos de conservación. Qué actos son estos? .....	226
189 Puede el acreedor obrar en comprobación de escritura? .....	227

### Núm. 3. Efectos del término después de su vencimiento.

190 La deuda se hace pura y simple, es decir exigible .....	229
191 A partir de qué momento? ¿Se cuenta en el plazo el <i>diez ad quem</i> y el <i>diez ó quo</i> ? .....	229
192 Cómo se cuentan los días, meses y años? .....	230
193 El acreedor debe obrar al vencimiento del término? .....	230

## § III. Vencimiento del término.

### Número 1. Causas de vencimiento.

#### I. Quiebra.

194 Se le vence al deudor el beneficio del término cuando un fallo declara su quiebra .....	231
195 También al deudor se le vence el término cuando está en estado de quiebra? .....	232

	Págs.
196 Basta con que se suspendan los pagos para que haya quiebra .....	234
197 Jurisprudencia .....	235
198 Es aplicable el art. 1,188 cuando el término es ilimitado? .....	237
199 Pueden los acreedores hipotecarios invocar el art. 1,188? .....	237
200 Están sometidos á la ley comercial en lo que concierne á la nulidad de las inscripciones hipotecarias? .....	239

## II. Disminución de las seguridades convencionales.

201 Por qué y bajo cuales condiciones se le vence el término al deudor cuando disminuye las seguridades del acreedor? .....	240
202 Es preciso que las seguridades sean estipulables. Quid del privilegio. Quid del derecho de prenda que el acreedor tiene sobre los bienes de su deudor .....	240
203 Es preciso que, por su hecho, haya disminuido el deudor las seguridades. Quid si la disminución resulta de un caso fortuito .....	242

### Núm. 2. Aplicación del principio.

204 Quid si el deudor no proporciona las seguridades que prometió por el contrato .....	243
205 La concesión de un derecho real sobre el inmueble hipotecado disminuye las seguridades del acreedor en el sentido del art. 1,188? .....	244
206 La enagenación del inmueble hipotecado es una disminución de seguridad? .....	245
207 Quid si la enagenación es parcial .....	247
208 Quid si la hipoteca hecha sobre un inmueble indivisible se extingue á consecuencia de la adjudicación sobre remate en provecho del copropietario del deudor .....	250
209 Se le vence al deudor el término en el caso previsto por el art. 124 del Código de procedimientos? .....	251

### Núm. 3. Efectos del vencimiento.

210 El acreedor puede obrar y embargar los bienes de su deudor sin que haya un fallo que declare vencido el término para el deudor .....	252
211 Puede el deudor demandar que el acreedor deduzca el descuento? .....	253
212 Cuando la deuda se hace pura y simple, se vuelve comper-sable? .....	253
213 Puede ser perseguido el fiador cuando se le vence el término al deudor principal? .....	254

	Págs.
214 Quid del codeador solidario.....	255
215 Puede el acreedor obrar contra el tercero detentador cuando se le vence al deudor el beneficio del término? .....	256

#### SECCION IV.—De las obligaciones alternativas.

##### § I. Nociones generales.

###### Núm. 1. Definición y caracteres.

216 En qué consiste la obligación alternativa? Debe comprender al menos dos cosas bajo una alternativa, y puede comprender más de dos.....	257
217 En qué sentido son comprendidos las dos cosas en la obligación?.....	259
218 Quid si una de las cosas no puede comprenderse en la obligación?.....	260
219 Quid si una de las cosas comprendidas en la obligación se pierde?.....	260
220 Cómo debe el acreedor formular su demanda?.....	262
221 Translada la propiedad el convenio alternativo, ó no puede trasladarse la propiedad sino cuando la cosa es determinada por la elección del deudor ó del acreedor?.....	263
222 Consecuencias que resultan de la translación ó de la no translación de la propiedad con respecto á terceros y entre las partes.....	266
223 Quién soporta los riesgos, el deudor ó el acreedor?.....	267

###### Núm. 2. Obligaciones alternativas y obligaciones conjuntivas.

224 Cuándo es conjuntiva la obligación, y cuáles son los caracteres de esta obligación?.....	269
225 Qué diferencias hay entre la obligación conjuntiva y la obligación alternativa?.....	270

###### Núm. 3. Obligaciones facultativas y alternativas

226 Cuál es la obligación facultativa y qué diferencia existe entre ésta y la obligación alternativa?.....	271
227 Cambia la obligación facultativa si la cosa ofrecida no puede ser objeto de la obligación, ó si se pierde?.....	272
228 Puede el acreedor demandar en la obligación facultativa? Cuál es la naturaleza de la obligación?.....	272

#### Núm. 4. Obligaciones penales, condicionales y alternativas.

229 Qué diferencia hay entre la obligación condicional y la obligación alternativa?.....	273
230 Qué diferencia hay entre la obligación penal y la obligación alternativa?.....	274

##### § II. De la elección.

###### Núm. 1. De la elección perteneciente al deudor.

231 Cuándo tiene elección el deudor? Extraña sentencia de la Corte de Rom.....	275
232 Como hace el deudor su elección, es preciso el consentimiento del acreedor?.....	276
233 Puede el deudor pagar mitad de una cosa y mitad de la otra?.....	277
234 Quid si el deudor paga las dos cosas por error ¿qué puede repetir?.....	277

###### Núm. 2. De la elección hecha por el acreedor.

235 Cuándo tiene elección el acreedor?.....	277
236 Puede el acreedor demandar parte de una cosa y parte de otra?.....	278
237 Cómo hace el acreedor su elección?.....	278

###### Núm. 3. De la elección de los herederos.

238 Pasa el derecho de elegir á los herederos del deudor ó del acreedor?.....	279
239 Quid si no se entienden los herederos del acreedor ó del deudor?.....	279

###### Núm. 4. Efecto de la elección.

240 La elección retrotrae al día del contrato?.....	280
241 Crítica de las consecuencias que se deducen del principio de la retroactividad.....	280
242 El deudor y el acreedor pueden cambiar su elección?.....	281
243 Quid si la elección se hace por error?.....	283
244 Quid si se trata de entregas sucesivas y periódicas.....	283

##### §. III. De la pérdida de las cosas comprendidas en la obligación.

245 Si las dos cosas se pierden por caso fortuito, se extingue la deuda.....	284
--	-----

	Págs.
Núm. 1. Cuando pertenece al deudor la elección.	
246 Quid si una de las cosas se pierde, sea por caso fortuito ó por culpa del deudor.....	284
247 Quid si se pierden las dos cosas y la primera fué por caso fortuito.....	285
248 Quid si la primera se pierde por culpa del deudor y la segunda por caso fortuito ó por culpa del deudor.....	286
Núm. 2. Cuando pertenece la elección al acreedor.	
249 Quid si una de las cosas se pierde por caso fortuito ó por culpa del deudor.....	288
250 Quid si las dos cosas se pierden siendo el deudor responsable de una ó de las dos. Crítica del Código.....	288
<i>SECCION V.—De las obligaciones solidarias.</i>	
<i>Artículo I. De la solidaridad entre coacreedores.</i>	
§ I. Definición y caracteres.	
251 Cuando hay varios acreedores, se divide el crédito entre ellos según el número de personas. Cuál es el motivo de esta division?.....	289
252 Consecuencias que resultan de la division de los créditos entre los acreedores.....	290
253 Qué es eso de la solidaridad entre coacreedores?.....	291
254 De dónde dimana la solidaridad y cuáles son sus ventajas?.....	292
255 Qué condiciones se requieren para que haya solidaridad?..	293
256 Cuando dos personas venden ó arriendan solidariamente serán acreedores solidarios así como deudores solidarios?..	294
§ II. Derechos de los coacreedores solidarios.	
Núm. 1. Principio.	
257 Principio romano. Era seguido en el antiguo derecho francés?.....	295
258 Cuál es el principio del Código Napoleón?.....	296
Núm. 2. Lo que pueden hacer los acreedores.	
259 Cada acreedor puede demandar el pago del total de la deuda. El deudor puede pagar á quien quiera?.....	298
260 Puede el deudor oponer la excepción de división?.....	299
261 Quid si uno de los acreedores muere dejando varios herederos?.....	300

	Págs.
262 La demanda hecha por uno de los acreedores hace correr intereses con respecto á otros?.....	300
263 Quid de la interrupción de la prescripción por uno de los acreedores solidarios.....	300
264 La suspensión de la prescripción en provecho de uno de los acreedores puede invocarse por los otros?.....	301
Núm. 3. Lo que no pueden hacer los acreedores.	
265 No puede uno de los acreedores hacer la remisión total de la deuda.....	304
266 No puede uno de los acreedores delatar al deudor por el juramento decisorio de toda la deuda.....	305
267 Se aplica el nuevo principio á los otros actos que pueden perjudicar á los coacreedores?.....	306
268 El nuevo principio se aplica á la compensación?.....	306
269 Quid de la innovación y de la transacción. Pueden los coacreedores alegar la innovación y la transacción?.....	309
270 Extingue la confusión todo ó parte del crédito?.....	310
271 El fallo que el deudor obtiene contra uno de los acreedores solidarios puede oponerse á los otros?.....	311
§ III. Obligaciones de los acreedores.	
272 El beneficio de la obligación se divide entre los acreedores salvo convenio contrario.....	312
<i>Artículo II. De la solidaridad entre codeudores.</i>	
§ I. Nociones generales.	
Núm. 1. Definiciones y caracteres.	
273 Cuál es el efecto de la obligación contraída por varias personas?.....	313
274 Hay tantas deudas como deudores. Consecuencias que resultan de este principio.....	313
275 El principio tiene excepción en caso de solidaridad. Definición de la solidaridad.....	314
276 La solidaridad puede resultar del convenio de la ley ó de un testamento.....	315
Núm. 2. De la solidaridad convencional.	
277 Qué se necesita para que haya solidaridad?.....	316
278 Es preciso que los codeudores se obliguen á la misma cosa.	316
279 Es preciso que se obliguen por la misma escritura y á un mismo tiempo?.....	316

	Págs.
280 La solidaridad debe estipularse "expresamente." Por qué?	317
281 Cuándo hay estipulación "expresa?"	318
282 Los codeudores de una cosa indivisible no son responsables solidariamente, aun cuando los compradores lo sean entre sí.	319
283 Los copropietarios de un inmueble indivisible que tratan con obreros para hacer reparaciones, son responsables solidariamente?	319
284 Hay una solidaridad que resulta de la intención de las partes, de la naturaleza de las cosas ó de un deber común? Crítica de la jurisprudencia.	320
285 Tiene alguna excepción el principio del art. 1,202 en materia comercial?	322
286 Los codeudores pueden obligarse indistintamente?	322

### Núm. 3. De la solidaridad legal.

287 Cuándo hay solidaridad legal? Se necesita una disposición expresa?	323
288 Los casos de solidaridad legal son de estricta interpretación. Aplicación de este principio á la administración de negocios.	325
289 Cuáles son los casos de solidaridad legal en materia civil?	325
290 De los casos de solidaridad legal en materia de comercio.	326
291 De los casos de solidaridad legal en materia penal.	326
292 Pueden las partes interesadas derogar la solidaridad legal?	327
293 Hay solidaridad legal para los delitos civiles y los cuasidelitos y cuál es el efecto?	328

## § II. Efectos de la solidaridad entre el acreedor y los deudores.

### Núm. 1. Derechos del acreedor.

294 Cuál es el principio? Es la teoría de la sociedad y del mandato?	328
--	-----

#### I. Derecho de demanda.

295 Puede el acreedor demandar por el todo á todos y cada uno de los deudores.	330
296 Puede el deudor perseguido demandar la constitución en mora de sus codeudores con el fin de dividir la condena?	331
297 Puede demandar la puesta en mora con el fin de hacer constar el recurso que tiene contra sus codeudores?	332
298 Tiene el deudor el derecho de pagar el total? El acreedor puede demandar el pago dividido?	333
299 Qué excepciones puede oponer el deudor demandado por	

el acreedor? Quid si el deudor que tiene una excepción personal hace anular la obligación. Podrá el codeudor oponer la nulidad por la parte del deudor que tenía esta excepción?	334
300 Quid si el acreedor obra contra el codeudor de aquel que tiene una excepción personal? Podrá el demandado oponer la excepción por la parte del deudor á quien pertenece?	337
301 Se aplican estos principios á todas las excepciones personales, ó solo á las "puramente personales?"	338
302 Los contratos de espera y las prórogas, constituyen excepciones personales?	340
303 Puede el acreedor expropiar todos los inmuebles de uno de sus deudores, en caso de que la hipoteca convenida por él no sea suficiente, aunque haya inmuebles interesados especialmente por los otros deudores á su crédito?	341

## II. Interrupción de la prescripción.

304 Por qué los perseguimientos hechos contra uno de los deudores interrumpe la prescripción con respecto á todos?	342
305 Aplicación del principio á los perseguimientos judiciales.	343
306 Quid si uno de los deudores muere dejando varios herederos?	343
307 El reconocimiento hecho por uno de los deudores, interrumpe la prescripción en cuanto á los herederos de un codeudor?	344
308 Quid del reconocimiento hecho por uno de los deudores después de cumplida la prescripción.	345
309 El reconocimiento de una deuda sometida á una corta prescripción, cambia la duración de la prescripción con respecto á los codeudores.	345

## III. Constitución en mora.

310 En principio, no pueden los codeudores, por su hecho, aumentar la obligación. El Código deroga el principio para la demanda de intereses.	346
311 Aplicación del principio de la demora. Explicación y crítica del art. 1,207.	347
312 Se aplica el principio á la cláusula penal?	349

### Núm. 2. De la solidaridad imperfecta.

#### I. ¿Hay solidaridad imperfecta?

313 Hay dos solidaridades, una perfecta y otra imperfecta? Importancia de la cuestión.	349
314 Exposición de la doctrina de Mourlón.	350
315 Crítica de esta doctrina.	351

	Págs.
316 Sistema de los Srs. Aubry y Rau.....	353
317 Crítica de esta doctrina. Cuál es la autoridad del derecho romano para la interpretación del Código Civil?.....	355

## II. ¿Hay solidaridad en materia de delitos civiles?

318 Hay solidaridad en el caso previsto por el art. 1,382?....	357
319 Hay solidaridad legal?.....	358
320 Hay solidaridad virtual?.....	359
321 Es solidaria la responsabilidad aunque no haya solidaridad? Crítica de la opinión que admite una obligación <i>in solidum</i> sin ley.....	361
322 Jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia. Crítica	364
323 Jurisprudencia de las Cortes de Bélgica.....	368
324 Los deudores son responsables solidariamente de los daños y perjuicios en materia de cuasicontratos y en materia de obligaciones convencionales?.....	369
325 Quid de los gastos en materia civil.....	371

## Núm. 3. De la extinción total ó parcial de la obligación solidaria.

### I. Principio.

326 El efecto de la extinción de la deuda sobre la solidaridad, difiere según que la extinción sea total ó parcial.....	371
327 Qué efecto resulta sobre la solidaridad por la muerte de un deudor solidario?.....	372
328 Consecuencias que resultan en cuarto á la interrupción de la prescripción, la constitución en mora y los intereses moratorios.....	373
328 bis. Pueden las partes derogar la división de la deuda solidaria entre los herederos?.....	374

## II. De los casos en que se extingue la obligación por el total.

329 El pago extingue la deuda de todos.....	274
330 Lo mismo la novación. ¿Cuándo será solidaria la nueva deuda?	375
331 Quid de la pérdida fortuita de la cosa que se debe.....	376
332 Cuándo se hace motivo de extinción la nulidad de la obligación solidaria con respecto á todos los deudores?.....	376
333 Quid de la condición resolutoria.....	376
334 Quid de la prescripción. Aplicación controvertida.....	376
335 Quid si la prescripción se suspende en provecho de uno de los deudores.....	377

## III. De los casos en que la obligación se extingue parcialmente.

### 1. De la confusión.

336 La confusión solo extingue la deuda para la parte que debe soportar personalmente aquél de la persona en quien se obra.	379
337 Quid si el acreedor ó el deudor es heredero por parte....	380

### 2. De la compensación.

338 Por qué no extingue de pleno derecho la compensación la deuda solidaria?.....	381
339 El codeudor puede oponer al acreedor por la parte que debe soportar en la deuda el deudor que se hace acreedor....	382

### 3. Remisión de la deuda.

340 Cuál es el efecto del convenio por el cual el acreedor hace remisión de la deuda á uno de los deudores solidarios?....	383
341 Quid si se reserva sus derechos contra los codeudores del deudor descargado, cuál es la parte que debe deducir de su crédito, la parte real ó la parte igual?.....	384
342 Pueden los codeudores solidarios invocar el beneficio que el art. 2,037 concede al fiador?.....	385
343 Hay casos en que los codeudores solidarios pueden invocar este beneficio?.....	387

## Núm. 4. De la remisión de la solidaridad.

344 La renuncia puede ser absoluta ó relativa, expresa ó tácita?	389
--	-----

### I. De la renuncia expresa.

345 Cuándo hay renuncia expresa?.....	380
346 Cuáles son los efectos de la remisión?.....	389
347 Explicación del art. 1,210.....	392

### II. De la renuncia tácita.

348 Condiciones requeridas para que haya remisión tácita en el primer caso previsto por el art. 1,211 1.ª y 2.ª partes.	393
349 Condiciones requeridas para que haya remisión tácita en el segundo caso previsto por el art. 1,211 3.ª parte.....	395
350 Condiciones requeridas para que haya remisión tácita en el tercer caso previsto por el art. 1,212.....	396
351 Condiciones requeridas para que haya remisión tácita en	

	Págs.
el cuarto caso previsto por el art. 1,212. Es preciso un pago parcial y repetido cada año durante el laps o de diez años? . . .	397
352 Cuál es el efecto de la remisión tácita de la solidaridad? . . .	398
353 Puede haber remisión tácita de la solidaridad fuera de los casos previstos por los arts. 1,211 y 1,212? . . . . .	399

### § III. Efectos de la solidaridad entre los codeudores solidarios.

#### Núm. 1. Principio general.

354 Cuál es el principio que rige las relaciones de los codeudores entre sí? Consecuencias que resultan. . . . .	399
355 La deuda solidaria se divide entre los codeudores. Por qué? . . .	401
356 El deudor que pagó el total de la deuda tiene un recurso contra sus codeudores. . . . .	401
357 Qué acción tiene contra sus codeudores? . . . . .	402
358 Por qué se divide el recurso? . . . . .	403
359 El recurso se divide aun cuando el deudor haya pagado toda la deuda sobre una demanda hipotecaria y aun cuando los codeudores sean detentadores de inmuebles hipotecados á deuda solidaria. . . . .	405
360 Quid si el deudor que paga se hace subrogar por convenio. . . . .	406
361 Qué objeto tiene el recurso? Puede el deudor reclamar el interés de sus abonos? . . . . .	407
362 Quid si uno de los codeudores es insolvente ¿quién soporta esta insolvencia? . . . . .	408
363 El deudor descargado de la solidaridad ¿soporta en parte en la pérdida que resulta de la insolvencia? . . . . .	408
364 Quid si la deuda solidaria no concierne mas que á uno de los deudores. . . . .	411
365 Puede uno de los deudores solidarios obrar contra los otros antes de haber pagado? . . . . .	411

### SECCION VI.—De las obligaciones divisibles é indivisibles.

#### § I. Nociones generales.

##### Núm. 1. Recursos.

366 Recursos del Código Civil. Autoridad de Pothier. . . . .	412
--	-----

##### Núm. 2. Definiciones.

367 Cuándo importa saber si una obligación es indivisible? . . .	413
368 Cuándo es divisible una obligación? . . . . .	415

	Págs.
369 Cuándo es indivisible la obligación? De la indivisibilidad absoluta. . . . .	416
370 De la indivisibilidad de la obligación . . . . .	418
371 De la indivisibilidad del pago . . . . .	420

#### Núm. 3. Aplicaciones.

##### I. Indivisibilidad absoluta.

372 Confusión que reina en la jurisprudencia en esta materia. La Corte de Casación confunde las diversas clases de indivisibilidad, así como las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. . . . .	420
373 La obligación contraída por un usufructuario, de suprimir días de tolerancia ¿constituye una obligación indivisible? . . . . .	422
374 La obligación de proporcionar una hipoteca ¿es indivisible? Quid de la obligación de proporcionar una hipoteca para seguridad de una renta ó de reembolsar el capital. ¿Hay indivisibilidad absoluta? ¿Puede haber indivisibilidad de obligación? . . . . .	423
375 La obligación de proporcionar una prenda ó una anticresis ¿es indivisible? Quid de la acción en nulidad de un contrato de venta ocultando una anticresis. . . . .	426
376 La determinación de la elevación de una vertiente ¿es un hecho indivisible de donde resultan derechos y obligaciones indivisibles? . . . . .	427

##### II. Indivisibilidad de obligación.

377 La indivisibilidad de la obligación es una cuestión de hecho. Consecuencia que resulta en cuanto á la autoridad doctrinal de las decisiones judiciales. . . . .	429
378 La adjudicación en bloc de inmuebles hechos en favor de un adjudicatario por un solo ó igual precio es indivisible? Decisiones afirmativas de la Corte de Limoges. . . . .	430
379 Decisión en sentido contrario de la Corte de Burdeos. . . . .	432
380 La obligación de dos copropietarios de inmuebles por los trabajos hechos á este inmueble es indivisible? . . . . .	433

#### § II. Efectos de las obligaciones divisibles é indivisibles.

##### Núm. 1. De las obligaciones divisibles.

381 Se dividen estas entre los herederos del deudor. Cual es la razón de esta divisibilidad? Contestación á las objeciones. . .	434
382 Las deudas se dividen también entre los sucesores universales no obstante la toma de posesión? Quid de los here-	

	Págs.
deros legítimos y de los sucesores no embargados. Cita al título "De las sucesiones".....	436
383 Quid si las deudas ó los créditos divididos son reunidos sobre la misma persona. La división cesará ó continuará produciendo los efectos?.....	436
Núm. 2. De la indivisibilidad absoluta y de obligación.	
I. Derechos de los acreedores.	
384 Por qué cada acreedor puede demandar la ejecución de la obligación por el total?.....	439
385 Si la obligación se convierte en daños y perjuicios la condenación no puede ser pronunciada por la parte del acreedor de la obligación.....	440
386 Jurisprudencia.....	441
387 Solo uno de los herederos puede hacer remisión de la deuda? Cuál es el efecto de la remisión que él hace?.....	442
388 Uno de los acreedores puede recibir el precio de la cosa?.....	443
II. Obligaciones de los deudores.	
389 Cada uno de los deudores tiene derecho de ejecutar la obligación por el total.....	443
390 Si el acreedor puede designar á todos los deudores, cómo será pronunciada la condenación?.....	444
391 Quid si entre los deudores señalados, uno declara que está dispuesto á llenar la obligación y los otros rehusan, ¿el primero será responsable de los daños y perjuicios?.....	445
392 Uno solo de los deudores designados, puede poner á los otros deudores en juicio? Con cuál objeto y con qué interés?.....	446
393 Caso en el cual el deudor no puede perseguir ni poner á los otros deudores en causa.....	448
394 Ejemplos dados por Pothier de la regla y de la excepción.....	449
395 Quid si la deuda no puede satisfacerse más que conjuntamente por todos los obligados.....	449
§ III. Efecto de la indivisibilidad en cuanto á la prescripción.	
396 Efecto de la interrupción de la prescripción y de la suspensión.....	449
397 Crítica de estas disposiciones.....	450
§ IV. Efecto de la indivisibilidad en cuanto á la cosa juzgada.	
398 Sentencia.....	451

	Págs.
§ V. Indivisibilidad y solidaridad.	
399 La solidaridad no produce indivisibilidad y la indivisibilidad no produce solidaridad.....	452
400 En qué difiere la solidaridad de la indivisibilidad?.....	453
401 La deuda solidaria queda, lo mismo cuando se convierte en daños y perjuicios: la deuda indivisible queda divisible cuando se convierte en daños y perjuicios.....	454
402 La pérdida de la cosa deja subsistir la obligación de los deudores solidarios, cuando es ocasionada por la culpa durante la demora de uno de los dos. Ella libra, al contrario, á los deudores de una deuda indivisible.....	455
403 Lo mismo es con la demora.....	455
404 Diferencia entre las obligaciones solidarias y las obligaciones indivisibles en lo que concierne á la interrupción y á la suspensión de la prescripción.....	455
405 Las deudas solidarias se dividen con respecto á los herederos: las deudas indivisibles quedan iguales con respecto á los herederos del deudor.....	456
406 La jurisprudencia confunde la solidaridad y la indivisibilidad.....	456
Núm. 3. De la indivisibilidad del pago.	
I. Casos en los cuales hay indivisibilidad de pago.	
1. De las deudas hipotecarias.	
407 El núm. 1 del art. 1,221 consagra una verdadera excepción al principio de la división de las deudas entre los herederos del deudor de una deuda hipotecaria.....	458
408 Crítica de la explicación dada por MM. Aubry y Rau.....	459
2. Deuda de un cuerpo cierto.	
409 Por qué esta deuda es indivisible en cuanto al pago?.....	460
410 El acreedor conserva su acción dividida.....	461
411 El art. 1,221, núm. 2, se aplica así á la restitución de una cosa prestada ó depositada.....	462
412 El artículo se aplica al caso en que la partición se haga?.....	462
3. Deuda alternativa.	
413 Explicación literal del art. 1,221, núm. 3.....	463
414 Explicación dada por el orador del Gobierno.....	464
415 En qué sentido las obligaciones alternativas son indivisibles con relación al pago.....	465

	Págs.
4. Casos en que uno de los herederos está encargado del cumplimiento de la obligación.	
416 Cuál es el caso previsto por el art. 1,221, núm. 4?.....	565
417 El convenio podrá cargar á cada heredero el pago total de la deuda?.....	466
5. De los casos previstos por el art. 1,221, núm. 5.	
418 Cuales son estos casos? Ejemplos dados por Pothier.....	467
419 Hay contradicción entre el art. 1,218 y el art. 1,221, núm. 5? Cómo puede distinguirse la indivisibilidad de la obligación del art. 1,218, de la indivisibilidad del pago del art. 1,221, núm. 5?.....	469

#### § II. Efecto de la indivisibilidad del pago.

420 El Código deroga el antiguo derecho. ¿Cuál es el principio que resulta del art. 1,221?.....	470
421 ¿Pueden los herederos perseguidos, poner en juicio á sus coherederos con el fin de dividir la condenación?.....	471
422 ¿La indivisibilidad del pago tiene efecto, respecto á los herederos del acreedor?.....	472
423 ¿La indivisibilidad del pago tiene efecto en materia de prescripción?.....	473

### SECCION VII.—De las obligaciones con cláusulas penales.

#### § I. Nociones generales.

##### Núm. 1. Cómo se establecen las penas.

424 De la pena convencional. ¿Cómo puede ser estipulada?....	474
425 ¿El juez puede pronunciar una pena á título de daños y perjuicios? ¿Puede fijar una pena por cada día, por cada contravención? ¿Puede á título de sanción ó de penalidad? Crítica de la jurisprudencia.....	475

##### Núm. 2. Naturaleza de la cláusula penal.

426 Fin de la cláusula penal.....	479
427 La cláusula penal es accesoria de una obligación principal.	480
428 Consecuencias que resultan de este principio.....	480
429 Casos en los cuales la cláusula penal hace válida la obligación principal.....	482
430 Cuando la obligación principal aunque nula, dá lugar á daños y perjuicios la cláusula penal es válida.....	483

#### Núm. 3. Diferencia entre la obligación penal y las obligaciones condicionales, alternativas y facultativas.

431 Diferencia entre la cláusula penal y la obligación condicional.....	484
432 Diferencia entre la cláusula penal y la obligación alternativa.....	485
433 Diferencia entre la obligación penal y la obligación facultativa.....	486

#### § II. ¿Cuándo se incurre en la pena?

434 Explicación del texto del art. 1,230.....	487
435 La demora hace incurrir en la pena.....	487
436 ¿Cuándo hay demora? Derogación del derecho común.....	488
437 Jurisprudencia. Hay casos en los cuales el tribunal puede derogar el art. 1,230?.....	489
438 ¿Hay casos en los cuales la pena no se debe aunque se haya incurrido después de la escritura del contrato? Exámen de la Jurisprudencia.....	490
439 El caso fortuito que sobreviene después que se ha incurrido en la pena ¿impide que esta siga creciendo? Crítica de una sentencia de la Corte de Casación.....	491
440 ¿El deudor puede invocar la fuerza mayor que le impide cumplir sus obligaciones?.....	492
441 La anulación del convenio, por el consentimiento de las partes, deroga la cláusula penal.....	493
442 El acreedor puede renunciar al beneficio de la cláusula penal, en todo ó en parte.....	494

#### § III. Derechos del acreedor.

##### Núm. 1. Principio.

443 La pena incurrida deja al acreedor todos los derechos que tiene de su contrato.....	495
444 Puede demandar la ejecución del contrato, á menos que haya novación.....	495
445 Hay excepción cuando las partes que estipulan una pena han querido hacer novación.....	496
446 El puede también demandar la resolución del contrato, si hay lugar.....	497
447 El acreedor no puede reclamar que la pena sea estipulada. En qué sentido es de estricta interpretación esta estipulación.....	498
448 Jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia y de Bélgica.....	499

- Págs.
- 449 El juez debe valuar el daño no previsto según la cláusula penal que previene otra causa de daños?..... 501
- 450 El juez puede aprobar los daños y perjuicios fuera de los casos previstos por el contrato?..... 502

Núm. 2. Daños y perjuicios.

I. ¿La pena puede ser modificada por el juez?

- 451 La pena puede ser aumentada ó disminuída por el juez?.. 503
- 452 Jurisprudencia. El art. 1,152 se aplica lo mismo á las penas calificadas de multas..... 505
- 453 La ley del 3 de Septiembre de 1807 hace excepción al artículo 1,152. Esta excepción no existe más que en el derecho de Bélgica..... 506
- 454 Quid si la obligación está cumplida en parte, el juez debe en este caso disminuir la pena? Y debe disminuirla con proporción al cumplimiento?..... 506
- 455 Ejemplo dado por los autores..... 508
- 456 Las partes pueden derogar el art. 1,231..... 508
- 457 Quid si el autor del daño ha firmado no pagaré, el juez puede reducir el monto?..... 509

II. ¿El acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación y la pena?

- 458 El acreedor puede demandar la pena y el principal?..... 510
- 459 Quid si la pena es estipulada por el retardo..... 511
- 460 Quid si la pena es estipulada por el retardo y si el contrato es reuelto..... 511
- 461 Las partes contratantes pueden derogar el principio del art. 1,229..... 512

§ IV Influencia de la indivisibilidad sobre la cláusula penal.

- 462 Si el deudor incurre en la pena, serán sus herederos responsables?..... 513
- 463 Cuando uno de los herederos incurre en la pena, tanto el que contraviene como el que no contraviene, serán responsables si la obligación principal es indivisible?..... 514
- 464 Crítica de un decreto de la Corte de Bruselas..... 515
- 465 Quid si la obligación es indivisible y si uno de los herederos contraviene..... 516
- 466 Quid si en este caso es indivisible el pago..... 516

Núm. 2. Con respecto á los herederos del acreedor.

- 467 Si la obligación principal es divisible y el deudor contraviene con respecto de uno de los herederos del acreedor... 517
- 468 Si la obligación principal es indivisible y el heredero contraviene con respecto de uno de los herederos del acreedor. 518

CAPITULO VII.— De la extinción de las obligaciones.

- 469 Cuales son los modos de extinción? La prescripción extingue el crédito?..... 519
- 470 La muerte de las partes contratantes extingue la obligación? 520
- 471 El cambio de circunstancias ó la imposibilidad de la ejecución extingue la obligación. Crítica de la doctrina..... 520
- 472-474 Crítica de la jurisprudencia sobre esta cuestión 521-524
- 475 Consecuencia que resulta del art. 1,234..... 525

SECCION I.—Del pago.

ARTICULO 1.—Del pago en general.

§ I. De las condiciones que se requieren para la validez del pago.

Núm. 1. Existencia de una deuda.

- 476 Qué se entiende por pago?..... 526
- 477 Quid si se paga á quien no se debe nada. Quid si la deuda es natural..... 526

Núm. 2. ¿Por qué el pago debe ó puede ser hecho?

- 478 El deudor debe pagar y tiene derecho de hacerlo apesar del acreedor..... 527
- 479 El pago puede ser hecho por toda persona que tenga interés? Cuáles son las personas interesadas, y cuál es el efecto del pago que hacen?..... 527
- 480 Por qué un tercero no interesado puede pagar?..... 528
- 481 De los casos en que el tercero paga como mandatario, como interventor del negocio ó como donatario..... 529
- 482 El acreedor está obligado á recibir lo que el tercero le ofrece? Quid si es un interés legítimo rehusarlo?..... 530
- 483 El acreedor puede rehusar el pago si el deudor no tiene ningún interés en que esto se haga?..... 531
- 484 El tercero interesado, puede pagar en su nombre..... 532
- 485 Puede él pagar no obstante la oposición del deudor?..... 533
- 486 El tercero que paga puede hacer ofertas reales al acreedor? 535
- 487 Puede exigir que el acreedor le subrogue sus derechos? ... 536

	Págs.	
488	Cuál es la acción del tercero que paga contra el deudor?....	538
489	Tiene acción cuando paga apesar del deudor?.....	540
490	Quid si el pago es hecho en espíritu de liberalidad?.....	541
491	Quid si un pago es hecho por escrito, habrá pago extintivo de la obligación, ó pago con subrogación ó cesión?.....	542
492	Las obligaciones de hacer pueden ser reemplazadas por un tercero interesado ó no interesado?.....	543

### Núm. 3. Capacidad del deudor.

493	En cuál sentido y en qué caso el deudor debe ser propietario y capaz de enajenar para que el pago sea válido?.....	544
-----	--	-----

#### I. Del pago hecho por uno que no es propietario.

494	Este pago es nulo. Quién puede demandar la nulidad?..	546
-----	---	-----

##### 1. Derecho del acreedor.

495	El acreedor puede demandar la nulidad del pago?.....	547
496	Puede usucapir la cosa que está dada en pago?.....	547
497	Quid si la cosa pagada perece por caso fortuito?.....	549
498	Quid si el acreedor ha consumido la cosa?.....	549

##### 2. Derecho del deudor.

499	El deudor puede demandar la nulidad del pago?.....	550
500	El derecho de repetición limitado al caso ó la cosa pagada es destructible? Crítica de la doctrina de M. Demolombe..	552
501	Quid si las cosas se consumen?.....	553
502	Cuándo puede decirse que se consume el dinero?.....	554

##### 3. Derecho del propietario.

503	El propietario puede reivindicar. Cuándo lo puede, cuando la cosa pagada es mueble?.....	554
504	Crítica de la doctrina contraria de M. Demolombe.....	556

#### II. Del pago hecho por un incapaz.

505	Cuando el pago se hace por el incapaz de enajenar, la cosa es nula?.....	558
506	Quién puede demandar la nulidad?.....	559
507	Consecuencia que resulta en cuanto á los riesgos?.....	560
508	Qué interés tiene el deudor incapaz de demandar la nulidad?.....	560
509	Cuándo cesa el derecho de obrar en nulidad?.....	561
510	Quid si el pago no tiene por objeto la translación de la propiedad?.....	562

#### Núm. 4. ¿A quién debe ó puede hacerse el pago?

511	El pago debe hacerse al acreedor ó al que tiene poder de él para recibirlo?.....	563
-----	--	-----

#### I. Del pago hecho al acreedor.

512	El pago debe hacerse al acreedor?.....	563
513	Ó á sus herederos, á cada uno en proporción de su derecho hereditario. Quid si la sucesión se divide. Crítica del Repertorio de Dalloz?.....	563
514	Del cesionario del crédito?.....	565
515	El acreedor debe ser capaz de recibir. Quiénes son los incapaces?.....	565

#### II. Del pago hecho al que tiene poder de recibir.

516	El pago puede y debe hacerse al que tiene poder del acreedor para recibirlo?.....	566
517	A quiénes autoriza la ley para recibir por el acreedor?....	566
518	En qué casos autoriza la justicia á recibir por el acreedor? De los administradores generales. Quid si su nombramiento es irregular?.....	567
519	La justicia puede también conceder un poder especial de recibir?.....	568
520	Del mandato dado por el acreedor. ¿El deudor puede exigir que el mandatario justifique sus poderes por una escritura auténtica?.....	569
521	<i>Des adjecti solutionis causa.</i> Cuál es el fin de este mandato, y en qué difiere del mandato dado por solo el acreedor?.....	569
522	Condiciones requeridas para que el mandato sea válido?...	511
523	Es suficiente el mandato general?.....	572
524	Quid si el mandato espira ó es revocado?.....	472
525	Quid si el mandato es falso?.....	572
526	Quid. Cuáles son los poderes del mandatario? ¿Puede recibir el pago de la deuda antes de su vencimiento? Puede recibir el reembolso del capital cuando tiene poder de disponer de los intereses?.....	573
527	Puede recibir el pago á título de agente de negocios?.....	574
528	Quid ¿en virtud de un mandato tácito?.....	575
529	En qué casos tiene mandato tácito de recibir el escribano?.....	575
530	Tiene mandato tácito de recibir el defensor?.....	577
531	El notario, en su calidad de tal, tiene mandato de recibir? Quid si la escritura dice que el pago se haga en su notaría ó si las partes eligen su casa como domicilio para el cumplimiento de la escritura?.....	577
532	Quid si es de uso que el notario reciba por el acreedor?.....	580
533	Para que el notario pueda recibir, se necesita que los hechos y las circunstancias de la causa prueben que el acreedor le dió poder para ello?.....	580

	Págs.
534 Cuál es el efecto de los pagos recibidos por el notario, teniendo ó nó, poder para recibirlos.....	582
535 Los pasantes son los mandatarios del notario? ¿Puede éste ser mandatario en sustitución de los pasantes mandatarios?	583
536 El mandato de vender ó de arrendar ¿dá poder para disponer del precio y de las rentas?.....	583
<b>III. Del efecto de los pagos hechos al que no tiene poder de recibir.</b>	
537 El pago hecho al que no tiene ninguna cualidad para recibir es nulo y el deudor tiene que pagar segunda vez.....	585
538 El pago hecho al que no tiene facultad de recibir por el acreedor puede ser ratificado. El pago hecho al acreedor incapaz puede ser confirmado. Diferencia entre la ratificación y la confirmación.....	587
539 Cómo se hace la ratificación, puede ser tácita?.....	589
540 El pago hecho al que no tiene facultad de recibir ó al acreedor incapaz es válido cuando el acreedor lo aprovecha.....	589
541 Quién debe probar que lo aprovechó el acreedor? Debe subsistir el provecho en el momento de la demanda?.....	590
542 El deudor que pagó á un incapaz, puede demandar que el pago sea confirmado, ó que la cosa pagada le sea restituida?	591
<b>IV. Del pago hecho al poseedor del crédito.</b>	
543 Cuál es el caso previsto por el art. 1,240?.....	592
544 Cuándo puede decirse que un individuo está en posesión del crédito? Basta con que sea detentador del título en que consta?.....	594
545 Es preciso que los herederos manifiestos que están en posesión de los créditos los posean en virtud de un título? Quid si no tienen ningún crédito.....	595
546 Aplicaciones del principio del art. 1,240 tomados de la jurisprudencia.....	597
547 El cesionario cuya cesión es anulada, es poseedor aparente? Quid si la escritura es falsa.....	598
548 El deudor debe ser de buena fe? Quid de aquél que recibe... ..	499
<b>V. ¿A quién debe pagar el deudor en caso de embargo?</b>	
549 Cuál es el embargo ó la oposición?.....	599
550 Cuál es el efecto del embargo con respecto al tercero embargado?.....	600
551 Cuál es el efecto del pago hecho por el tercero embargado á otro embargado?.....	601
552 Quid si los acreedores hacen oposición después que un fallo ha declarado válido el embargo.....	604
553 Crítica de la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia.....	606

	Págs.
554 Quid si el tercero embargado paga al primer embargante en perjuicio de los embargados posteriores.....	603
<b>Núm. 5. ¿Qué cosa debe pagar el deudor?</b>	
555 El deudor debe pagar la cosa que debe.....	609
556 Las partes pueden derogar el art. 1,243.....	610
557 Quid si la cosa se deteriora al tiempo del pago. En qué caso el deudor responde del deterioro.....	610
558 Cuál cosa debe librar el deudor cuando la obligación tiene por objeto una cosa indeterminada?.....	612
559 El pago de las deudas de dinero debe hacerse en metálico. El deudor no puede obligar al acreedor á recibir billetes de banco.....	613
560 Pueden los particulares derogar una ley que dá curso forzado á billetes de banco?.....	613
561 La remisión á orden de un título civil, es un pago? Consecuencias que resultan en cuanto al derecho de repetición..	614
562 En qué clase de moneda puede pagar el deudor?.....	616
563 Es preciso que sea en la moneda que corre en Bélgica. Pueden estipular las partes que se haga el pago en moneda extranjera?.....	617
564 Con arreglo á qué valor se cuenta el dinero? El art. 1,895 es aplicable á todos los convenios?.....	617
565 Las partes pueden derogar la regla de que el pago se haga según el valor nominal de la moneda?.....	619
<b>Núm. 6. ¿Cómo debe hacerse el pago?</b>	
<b>I. Principio general.</b>	
566 Por qué no puede el deudor hacer un pago dividido?.....	619
567 El principio de la indivisibilidad del pago no se aplica al caso en que haya varios deudores ó varios acreedores.....	621
568 Quid de los intereses y otras anualidades.....	621
569 De las excepciones que tiene el principio de la indivisibilidad del pago.....	623
<b>II. Del término de gracia.</b>	
570 Por cuáles motivos permite la ley al juez otorgar plazos al deudor á pesar del derecho del acreedor.....	624
571 Pueden las partes derogar la disposición del art. 1,244?..	626
572 Cuál debe ser la posición del deudor para que el juez le conceda plazo?.....	629
573 Debe tener en cuenta el juez la posición del acreedor?.....	631
574 Límite de los poderes del juez.....	631
575 Puede dividir el pago en varios términos?.....	632

	Págs
576 De los casos en que no puede el deudor obtener un plazo y se le ha vencido el plazo que tenía.....	633
577 El art. 1,224 se aplica en materia comercial?.....	635
578 El art. 1,244 es aplicable cuando el deudor demanda un plazo por la ejecución de un juicio?.....	636
579 Es aplicable cuando el deudor es perseguido en virtud de un acto de notario?.....	638
580 Crítica de la explicación dada al art. 2,212 por Mourlón y Colmet de Santerre.....	640
581 Crítica de la interpretación dada al art. 122 del Código de Procedimientos.....	642
582 ¿Cuál es el efecto de un plazo de gracia en cuanto al derecho de perseguir?.....	643
583 El acreedor puede hacer los actos conservatorios? Quid del embargo?.....	644
584 El término de gracia impide la compensación?.....	644
Núm. 7. ¿Cuándo debe ser hecho el pago?	
585 Es necesario distinguir si la deuda es á término ó sin él.....	645
586 Quid de las deudas condicionales.....	645
Núm. 8. ¿Dónde debe ser hecho el pago?	
587 El pago se hace en el lugar designado por el convenio. Esta designación puede resultar de un convenio tácito?.....	645
588 El uso ó el cumplimiento del contrato ¿derogan el convenio?.....	646
589 Quid si el contrato dice que el deudor pagará en el domicilio del acreedor y éste cambia de domicilio en seguida..	647
590 Quid si no hay convenio y se trata de un cuerpo cierto y determinado.....	647
591 ¿Cuándo se hace el pago en el domicilio del deudor?.....	648
592 ¿En el domicilio actual del deudor debe hacerse el pago?..	649
593 ¿Puede el deudor renunciar al derecho que le dá el artículo 1,247?.....	650
594 ¿Es responsable el deudor de los envíos que hace de dinero?.....	651
Núm. 9. De los gastos del pago.	
595 ¿Qué se entiende por gastos del pago, y por qué son cargados al deudor?.....	651
596 ¿Puede la caja de consignaciones exigir un recibo auténtico?.....	652
§ II. De los efectos del pago.	
597 ¿Puede el deudor exigir que el acreedor le remita el título	

	Págs.
del crédito? Quid si el acreedor tiene un interés legítimo en conservar el título.....	652
598 El deudor quebrado que no paga mas de una parte de su deuda en virtud de una transacción, ¿puede reclamar la restitución de los títulos?.....	654
599 ¿Cuáles son los efectos de un pago parcial por un deudor que tiene varias deudas, y cuáles los efectos del pago con subrogación?.....	654
Artículo 9 Del descuento de los pagos.	
§ I. ¿Cuándo hay lugar á descuentos?	
600 Para que haya lugar á descuento se necesita que haya varias deudas. La obligación que nace de la evicción ¿es una sola deuda, ó comprende otras tantas deudas diferentes cuantos distintos elementos constituyen el crédito del comprador contra el vendedor?.....	655
601 Es preciso que las cosas sean materiales y de la misma especie.....	656
602 Es preciso que el acreedor consienta en recibir el pago parcial cuando no debe extinguir la deuda sino en parte.....	657
§ II. Del descuento hecho por el deudor	
603 Por qué, en principio, el deudor es quien dicta el descuento?.....	657
604 ¿Es absoluto este derecho?.....	658
605 El art. 1,254 no es una excepción, es la aplicación de un principio general. Consecuencia que resulta.....	660
606 ¿Se aplica el artículo á los intereses moratorios?.....	660
607 Quid si los intereses no son líquidos ni exigibles.....	661
608 ¿Es aplicable el art. 1,254 cuando existen varias deudas producidas de intereses? ¿debe hacerse el descuento, en ese caso, sobre los intereses de todas esas deudas?.....	662
609 ¿Es aplicable el art. 1,254 en caso de quiebra?.....	663
610 ¿Puede el acreedor renunciar el beneficio del art. 1,254?..	663
§ III. Del descuento hecho por el acreedor.	
611 ¿Cuándo puede el acreedor hacer descuento?.....	666
612 ¿Bajo qué condición puede hacerlo? ¿Cuándo hay sorpresa?.....	666
613 El descuento hecho por las partes no puede modificarse en perjuicio de los derechos que resultan para los terceros... ..	668
§ IV. Del descuento legal.	
614 Cuándo hay descuento legal? Se puede alegar el descuento legal contra el convencional? Jurisprudencia.....	668

	Págs.
615 Sobre qué principio se fundan las reglas del art. 1,256, en interés exclusivo del deudor?.....	670
616 Primera regla: El descuento se hace sobre la deuda vencida.....	671
617 Segunda regla: El descuento se hace sobre la deuda más onerosa.....	671
618 Aplicación de la regla á las deudas hipotecarias.....	672
619 Aplicación de la regla á las deudas fiadas.....	672
620 Quid si el que paga es al mismo tiempo deudor principal de una deuda y fiador de otra.....	674
621 Debe considerarse como más onerosa la deuda que tiene más larga prescripción?.....	675
622 Tercera regla: El descuento se hace sobre la deuda más antigua.....	675
623 Cuarta regla: El descuento se hace proporcionalmente....	676
624 Pueden las partes interesadas derogar las reglas establecidas por el art. 1,256?.....	676
625 Son aplicables las reglas del descuento cuando el acreedor de una sociedad disuelta continúa los negocios con la nueva sociedad que reemplaza á la primera?.....	677
626 Hay lugar á descuento cuando el acreedor de una sociedad disuelta hace habilitaciones al liquidador, mandatario de los acreedores de la sociedad?.....	679
627 El art. 1,848 contiene una disposición especial sobre el descuento. Cita.....	680
628 Son aplicables las reglas del descuento en materia de compensación?.....	680
629 No son aplicables las reglas del descuento á una cuenta corriente.....	681
630 Son aplicables tratándose de quiebra?.....	681
631 La caja de consignaciones está sometida á esas reglas?....	682

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

