

CCION

DERECHO

DROIT CIVIL FRANCE

28

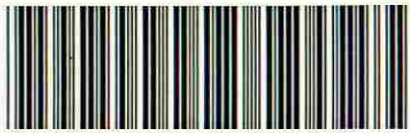
KM19

.F8

L3

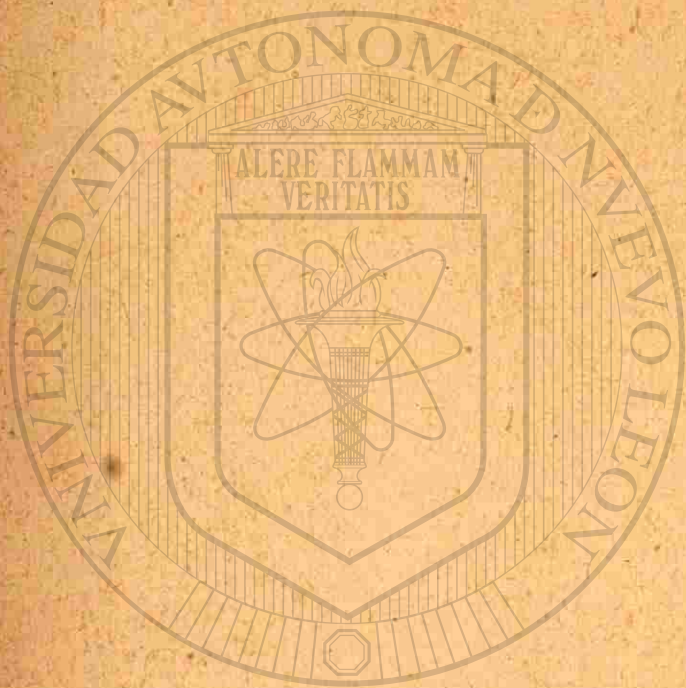
V.28

c.1



1080043431

lo#3 lo#70



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 POLITICAS.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

TOMO XXVIII



Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

PUEBLA.—1900.

54153

BARROSO, HERMANO Y COMP. (SUCESORES), EDITORES
1ª de la Soledad 9.—Apartado de correo núm. 4.

23417

12217
158
43
v. 28



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON



Biblioteca Universitaria
Cuerpo Académico

12217



TÍTULO XIV.

(TÍTULO XIII DEL CÓDIGO CIVIL.)

DEL MANDATO.

(CONCLUYE).

CAPITULO VI.

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATO.

§ I.—¿QUIÉN ES MANDANTE?

1. En principio es el que da el poder; es deudor personal, ya sea en virtud de un mandato si el contrato le impone una obligación, ya por un hecho posterior al mandato si de este hecho le resulta una obligación. Esto supone que el mandante habla en su nombre y, que por consecuencia, se obliga; pero él mismo puede ser el representante de un incapaz ó de un cuerpo moral ó de lo que llamamos una persona civil; en este caso no es él quien habla en el contrato en el sentido de que no se obliga personalmente, obliga á la persona que representa. El tutor que confía un mandato no se obliga personalmente, obliga á su pupilo; el mandatario no tiene, pues, acción contra el tutor por tanto tiempo como sea representante del menor; cuando deja de serlo

ninguna acción se le puede oponer, la acción se debe formular contra el que lo sucede en la administración de los bienes del menor, sea otro tutor, sea el menor llegado á mayor. Sucede lo mismo con todo representante legal de una persona privada ó de una persona civil. (1)

2. La jurisprudencia está en este sentido. Un abogado fué encargado por el alcalde de un municipio de presentarse en su nombre en cuatro instancias en la que era parte. El abogado demandó al alcalde personalmente para hacerle condenar al pago del monto de sus desembolsos. El primer juez acogió esta demanda en razón de que el alcalde era mandante y que estaba además interesado en el mandato como miembro de la municipalidad en cuyo nombre promovía. Esta decisión fué casada, como debía serlo. ¿Cuál es el papel del alcalde en el mandato que da al abogado? Representa á la comunidad en justicia, ya pidiendo, ya defendiendo; luego no promovía en su nombre mismo, no era parte ni en el proceso ni en el momento; es la comunidad la que promueve y que contrata por su intermediario; ella era la que soportaba los gastos, la que fué condenada, y es contra la misma contra quien debe promover el abogado, de igual modo que todos lo que tratan con el alcalde como representante de la comunidad; es contra ella contra la que se ejecutan todas las condenas. En cuanto al interés que los habitantes del municipio y, por consecuencia, el alcalde, como tal, tienen en el proceso no tiene por consecuencia obligación personal que imponerles, lo mismo que no les da un derecho personal. Es el municipio como persona civil el que es la causa, no son sus habitantes. (2)

Esto es elemental. Pero la mala redacción de las actas da en muchas ocasiones lugar á procesos. En 1795 debien-

¹ Pont. t. I. p. 567, núm. 1082. Aubry y Rau, t. IV, p. 647, nota 1, párrafo 4.^o

² Casación, 17 de Julio de 1838 (Daloz, en la palabra *Mandato*, número 303).

do la ciudad de Hal satisfacer las requisiciones del ejército francés se convocó á los habitantes á una asamblea general; nombró cuatro delegados encargados de hacer un empréstito bajo forma de renta. Los mandatarios estaban autorizados á obligar al municipio del mismo modo que á las personas y sus bienes. La regencia aprobó el empréstito. En 1815 los herederos del prestamista ó acreedor rentista demandaron á los cuatro delegados que figuraron en el acto para que pagaran dieciocho anualidades con intereses y reembolsaran el capital. La demanda estaba fundada en los términos del acta, por la cual los representantes de los habitantes *obligaban solidariamente sus personas y sus bienes*. Esta es una de esas cláusulas banales que los redactores insertan en toda acta de préstamo por rutina, sin distinguir si los que figuran hablan en su nombre propio ó como representantes. Uno de nuestros antiguos autores ha previsto la dificultad, sin duda porque era usual; Huberus sienta en principio que las cláusulas accesorias de un contrato, aunque concebidas en términos claros al que en él figura, deben interpretarse, mejor dicho, modificarse según la calidad en que se ha contraído la obligación principal. (1) Semejante cláusula está reputada como de uso y agregada indebidamente. Si, pues, en la convención los mandantes figuran como representantes del municipio se debe admitir que no entienden obligarse personalmente. La Corte de Bruselas se pronunció en este sentido. (2)

Esto no quiere decir que los que figuran en un mandato como representantes legales no puedan comprometerse personalmente. Pero esto es efectivamente una rara excepción; se necesitaría, pues, una cláusula terminante y demás circunstancias que explicaran la obligación personal contraí-

¹ Huberi *Prolectiones*, lib. XXVI, tit. VII, núm. 14 (*De administratione et periculo tutelae*).

² Bruselas, 24 de Junio de 1819 [Pasicrisia, 1819, p. 410].

da por los que en la convención no figuran como deudores personales. En la especie juzgada por la Corte de Bruselas la cláusula estaba muy clara, pero no era más que una cláusula banal; es cierto que los que habían contratado como delegados del municipio no habían entendido obligarse como deudores personales. En estas circunstancias no podía tener ningún efecto la cláusula.

3. Un diligenciario hizo varias persecuciones contra los contribuyentes á la requisición del recaudador del registro. Formuló una acción contra el recaudador como deudor personal en razón del mandato de que estaba encargado. La Corte de Agén desechó la demanda. Recurso de casación y sentencia de denegada. En tanto que el recaudador estaba en sus funciones, dice la Corte, el diligenciario podía accionar como representante de la administración en cuyo nombre había promovido; pero el recaudador, cuando la acción formulada contra, él no estaba ya en ese ejercicio; desde luego no podía ser accionado por los mandatos que había dado en razón de funciones que había dejado de ejercer. El diligenciario debía promover contra la administración, pero estaba en falta en este punto; notificado á producir sus títulos en un plazo determinado, bajo pena de decaimiento, no había producido ninguno; debe, dice la Corte, imputar á su negligencia el perjuicio que sufrió. (1)

4. Es inútil continuar la exposición de la jurisprudencia. Los principios no dejan ninguna duda aunque algunas veces los tribunales se equivoquen en la aplicación que debían hacer. Por esto hay sentencias en sentido diverso acerca de la cuestión de saber si los síndicos de una quiebra están personalmente obligados por los mandatos que hacen; no tienen ningún motivo para obligarse personalmente; ciertamente que no es esta su intención; representantes de la ma-

1 Denegada, 24 de Marzo de 1825 (Dallez, en la palabra *Mandato*, número 303 2.º)

sa promueven en su nombre, es contra ella como debe promover el mandatario, salvo la exigencia personal de los síndicos, si la han consentido. En una palabra, se deben aplicar á los síndicos los principios que acabamos de exponer. Sucede lo mismo con los directores de una sociedad de comercio: es la sociedad la que contrató por su intermediario, el administrador no se obliga personalmente (1)

§ II.—DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR AL MANDATARIO.

Núm. I. Principios.

5. «El mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos y gastos que ha hecho éste en la ejecución del mandato, y pagarle su salario cuando se lo ha prometido» (artículo 1999). ¿Estas obligaciones impuestas al mandante hacen sinalagmático el mandato? Se debe distinguir la obligación de reembolsar los anticipos y la obligación de pagar el salario convenido. En el último caso el contrato se hace bilateral, en nuestro concepto. (2) No sucede lo mismo en el primer caso. Pothier hace la observación. Para que un contrato sea bilateral se necesita que cada una de las partes esté obligada en virtud de la convención de modo que cada una tenga una acción principal contra otra para obligarla á cumplir el compromiso contraído (art. 1102). Y no es tal la obligación de reembolsar los adelantos hechos por el mandatario. Esta es una obligación incidental á la que dan entrada, después del contrato, los adelantos hechos por el mandatario. Estos anticipos no son esenciales del contrato de mandato, puesto que hay mandatos que se pueden ejecutar sin que el mandatario desembolse nada; luego el mandatario no tiene acción en este punto contra el mandante en virtud del contrato, no puede promover contra él más

1 Véanse las autoridades citadas por Pont, t. I, p. 568, núm. 1082.

2 Véase el tomo XXVII de estos *Principios*, núm. 340.

que cuando haya hecho desembolsos. Por tanto, el mandato no es un contrato sinalagmático. Esta es una convención de esas que la doctrina llama bilaterales imperfectas. (1) Nos trasladamos en la cuestión de la clasificación de los contratos, á lo dicho en el título *De las Obligaciones*.

6. El mandante debe reembolsar los *anticipos y gastos*; es decir, lo que realmente ha desembolsado el mandatario, pues el mandante no puede estar obligado á lo que no ha sido gastado por el mandatario. La Corte de Casación ha aplicado este principio elemental en una especie notable. Se trataba de los derechos de aduanaje que el mandatario había pagado en una colonia española. Había pagado y efectuado el pago con documentos al portador de un empréstito. Estos valores eran muy despreciados cuando el pago; sin embargo, la administración, en virtud de la ley, los había recibido por su monto nominal. ¿Qué es lo que en realidad había desembolsado el mandatario, el valor nominal de los documentos ó el valor real? Pretendió que el mandante debía reembolsarle el valor real, puesto que había servido para pagar una deuda del mandante. La Corte de Casación responde que el mandante no puede estar obligado á devolver lo que el mandatario ha desembolsado; ¿y qué había desembolsado en la especie? Títulos despreciados; era este valor el que dió de su patrimonio por anticipo que había hecho, es el que debió volver á él mediante reembolso. (2)

7. ¿Debe el mandante reembolsar los anticipos y gastos cuando el negocio no ha tenido éxito? El art. 1999, segundo inciso, contesta á la pregunta: «Si no hay ninguna falta imputable al mandatario el mandante no puede librarse de hacer estos reembolsos y pagos aunque el negocio no ha-

¹ Pothier, *Del mandato*, núm. 68.

² Denegada, 15 de Marzo de 1854 [Dalloz, 1854, 1, 363] Pont, t. I, p. 569, núm. 1086.

ya tenido éxito. La razón es muy sencilla: el mandatario no se obliga á dar éxito al negocio de que se ha encargado se obliga al objeto del mandato, y si ha llenado esta obligación como un buen padre de familia, haciendo lo que el mandante mismo hubiera hecho éste, por su parte, debe cumplir con las obligaciones que la ley le impone. La equidad está de acuerdo con el derecho: como lo dice muy bien Tarrible, Relator del Tribunal, es para el mandante y por su solo provecho por lo que ha ventilado el negocio; le toca, pues, soportar la mala suerte á la que están expuestas más ó menos todas las transacciones. (1)

8. ¿Qué se debe entender en el art. 1999 por las palabras: si no hay ninguna *falta imputable al mandatario*? ¿Esto quiere decir que el mandatario no tiene el derecho de reclamar sus gastos y anticipos desde que hay una falta cualquiera que reprocharle? Nó, puesto que todo lo que resulta de las faltas cometidas por el mandatario es que es responsable y, por consecuencia, debe los daños y perjuicios que resultan. No impidiendo esto que, por su parte, el mandante deba ejecutar la obligación que tiene de reembolsar los gastos que el mandatario ha hecho. Lo que no puede suceder más que si el gasto ha sido hecho precisamente por la falta que es imputable al mandatario. Por ejemplo, el mandante había fijado el monto de los gastos que el mandatario había autorizado hacer; si pasa de esta cifra sin que haya una causa imprevista de gastos el mandante no le debe el excedente, pues que por este excedente el mandatario está en falta; sería, pues, prevalecerse de esta falta reclamar los gastos que debería haber hecho, lo que no permiten ni los principios ni la equidad. (2)

¹ Tarrible, Informe núm. 18 (Loché, t. VII, p. 382).

² Denegada, 15 de Marzo de 1821 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 330.)

La Corte de Casación ha hecho una aplicación del artículo 1999 en la especie siguiente. Se decía en el poder que el mandatario debía pagar á un tercero detentor los fondos. Descuidó reclamar el pago á este tercero, que se hizo después insolvente. La falta recafa directamente en los anticipos; había costado al mandante, dice la sentencia de denegada, el monto de los gastos reclamados por el mandatario; en la especie el mandatario estaba obligado á reembolsar al mandante la cantidad que le había hecho perder por su negligencia; no podía, pues, reclamar como crédito lo que era una deuda. (1)

9. El art. 1999 agrega que «el mandante no puede reducir el monto de los gastos y anticipos bajo el pretexto de que pueden ser menores;» siempre en la suposición de que no hay ninguna falta imputable al mandatario. ¿Quiere decir esto que los gastos y anticipos no sufren ninguna reducción, como lo dice el Relator del Tribunal? Esto es muy absoluto, y la ley no está concebida en términos generales; el texto implica, al contrario, que puede haber lugar á reducir los gastos que el mandante está obligado á reembolsar. En efecto, el art. 1999 supone que la demanda de reducción está mal fundada en el sentido de que el exceso de que se queja el mandante no es más que un *pretexto*; la ley no dice que es un *motivo* reconocido legítimo. La razón es que si el mandatario ha hecho gastos excesivos hay falta de su parte. Un buen padre de familia no hace gastos innecesarios; y el mandatario debe obrar como buen padre de familia (artículo 1992), salvo aplicarle la ley con indulgencia cuando el mandato es gratuito. Pero si no hay ninguna falta que reprobar al mandatario el mandante no puede hacerle creer que los gastos pudieran haber sido menores: aquí hay una diferencia entre lo que es necesario y lo que es exagerado, que en teoría no se puede precisar, pero que el juez

1 Durantón, t. XVIII, p. 269, núm. 266. Pont, t. I, p. 570, núm. 1087.

debe tener en cuenta para ser fiel al espíritu de la ley. (1) Es en este sentido en el que se debe entender el principio tal como Pothier lo formula: «Cuando por su *culpa* el mandatario ha desembolsado mucho pudiendo ejecutar el mandato con menores gastos no debe ser reembolsado sino de lo que bastaba desembolsar.» (2) Se podría creer, según esto, que hay culpa sólo porque los gastos podían sea menores; no es tal, creemos, el pensamiento de Pothier, pues que sería un rigor muy grande en un contrato que en el derecho antiguo se suponía gratuito por su esencia. En todo caso no es este el espíritu de la ley, puesto que el art. 1999 supone que el mandante debe reembolsar los gastos aun cuando pretendiera que pudieran haber sido menores.

10. La jurisprudencia autoriza la reducción de los gastos y anticipos en todos los casos en que hay culpa de parte del mandatario. Un notario encargado de radicar las inscripciones que gravaban los bienes del mandante paga al registrador de hipotecas un derecho más grande que el que la ley señala para operar la radicación; se juzgó que el notario no podía repetir más que el derecho legal. Hay culpa, y grande, en pagar un derecho no debido; y pagar lo que no se debe es pagar más de lo debido. (3) Un notario encargado de la liquidación de una sucesión lleva en cuenta una cantidad de 1468 francos 15 céntimos por suplementos de intereses ó derechos de comisión que ha pagado para obtener un empréstito hecho en interés del mandante. Esta cantidad no le fué entregada porque el empréstito que había contratado excedía los límites de un mandato general; se hubiera necesitado para tomar en préstamo, y sobre todo para hacerlo en condiciones onerosas, un poder especial.

1 Durantón, t. XVIII, p. 269, núm. 266.

2 Pothier, *Del mandato*, núm. 78.

3 Amiéns, 21 de Noviembre de 1823 [Daloz, en la palabra *Mandato*, número 327].

Teniendo culpa el notario de haber hecho gastos no podía pedir el reembolso. (1)

En el negocio Damas se presentó una dificultad análoga. Encargado de explotar un terreno y una maquinaria el regidor había recurrido á un Banco para procurarse los fondos necesarios. Además del 6 p. $\frac{3}{4}$ de interés anual pagaba el $\frac{1}{2}$ p. $\frac{3}{4}$ por trimestre sobre el adeudo y comisión de sueldos. Como había un movimiento considerable de fondos resultaban beneficios excesivos para el Banco; la Corte de Dijón hizo constar que estas operaciones continuadas durante algunos años habrían acabado por comprometer gravemente la fortuna del Marqués de Damas y que podían arruinarlo. Además, los otros bancos tenían con sus clientes condiciones mucho menos onerosas; el Banco mismo que ministraba los fondos al regidor trataba más favorablemente á otros herreros con los que tenía cuenta corriente. En fin, el regidor era también administrador del Banco y á esta título le beneficiaban los crecidos gastos que pagaba como mandatario. Teniendo en cuenta estos hechos la Corte de Dijón condenó al regidor á una restitución de 100,000 francos. Hubo recurso de casación en este punto. El demandado se quejaba, y con una apariencia de razón, de que la sentencia atacada había fijado arbitrariamente una suma de 100,000 francos en lugar de examinar y rectificar, si había lugar, los distintos asientos de la cuenta. La Corte de Casación responde que la Corte de Dijón, condeuando al mandatario infiel por causa de culpa y de dolo, no tenía que discutir en *detall* los diversos elementos del daño, como debería hacerlo si se tratase de una restitución propiamente dicha. (2)

11. «El interés de los anticipos hechos por el mandatario los debe el mandante desde el día en que fueron compro-

1 París, 18 de Abril de 1836 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 306).

2 Casación, 25 de Noviembre de 1873 (Daloz, 1874, 1, 67).

bados» (art. 2001). Esta es una excepción á la regla establecida por el art. 1153, según el cual los intereses corren en general, á partir de la demanda; hemos ya dicho que la ley hace excepción á la misma regla en favor del mandante (art. 1996). Los motivos son análogos: que no se trata en el mandato de la obligación de pagar una cantidad de dinero, ni el retardo del deudor para pagar; se trata de una obligación de hacer, y en lo que se refiere al mandatario el derecho y la equidad piden que no sufra ningún perjuicio en razón de su gerencia. Y perdería si se hiciese adelantos sin tener derecho á los intereses, puesto que perdería el goce de la cantidad anticipada. Esto no quiere decir que el mandatario deba justificar una pérdida; por ejemplo que ha pagado él mismo los intereses de una cantidad que ha gastado ó que hubiera colocado esa suma. Cuando se trata de intereses la ley no entra en consideraciones; los concede, ya sea por una demanda, sea de derecho pleno, porque los intereses representan el goce ordinario que el acreedor saca de su capital. (1)

12. ¿Desde qué momento el mandatario tiene derecho á los intereses? El art. 2001 responde que el interés se debe desde el día en que los anticipos son *comprobados*. ¿Qué quiere decir la palabra *comprobados*? En principio el mandatario tiene derecho á los intereses desde que hay adelantos, luego desde este instante está privado del goce de la suma que saca de su patrimonio para provecho del mandante. ¿Pero cuál es el momento en que hace los anticipos? Es un punto de hecho que debe ser probado: en este sentido la ley dice que los adelantos deben ser *comprobados*. Se ha pretendido que esto significa que los intereses no corrían sino desde cuando la prueba se hace en justicia. Así entendida la ley sería absurda. Puede ser que la prueba no se haga sino algún tiempo después de que la cantidad ha sido antici-

1 Pont, t. I, p. 572, núm. 1091. Durantón, t. XVIII, p. 274, núm. 270.

pada; el mandatario perdería, pues, el goce de su dinero durante todo este tiempo, lo que está en oposición con el motivo en el que está fundada la disposición del art. 2001. Creemos inútil insistir. (1)

12 bis. ¿Qué se entiende por anticipos? En el lenguaje ordinario se entiende por anticipos una suma gastada por una persona en interés de otra. En derecho puede haber anticipo sin que dé dinero de su patrimonio el que esté obligado á hacerlo. Basta con que el mandatario esté privado del goce de su dinero en interés del mandante para que pueda reclamar los intereses y pueda estar privado del goce cuando todavía esté en posición de la suma. El mandatario está encargado de pagar los créditos del mandante á medida que estos son exigibles. Desde que un crédito llega á ser exigible el mandatario tiene derecho á los intereses de la suma que tiene que pagar, aun cuando el acreedor no reclamara su pago hasta después. En efecto, desde este momento el mandatario debe tener los fondos á la disposición de los acreedores, que de un momento á otro pueden reclamar lo que se les debe; no puede servirse más tiempo de los fondos; en este sentido son anticipos para el servicio del mandante, lo que obliga á éste á pagar los intereses. En efecto, el mandante habría debido tener los fondos á la disposición de los acreedores; gana, pues, el goce que el mandatario pierde; por tanto, debe tenerlo en cuenta. (2)

13. El interés es el legal de 5 p. $\frac{\text{S}}{100}$ en materia civil y de 6 p. $\frac{\text{S}}{100}$ en materia de comercio. Se pregunta si el mandante debe pagar el interés de 6 p. $\frac{\text{S}}{100}$ aunque no sea comerciante si el mandato es comercial. La afirmativa no es dudosa, puesto que el interés se debe no en razón de la profesión del mandante sino en razón de la naturaleza del acto. Esto se ha juzgado así en un un proceso al que el nombre del

1 Pont, t. I, p. 574, núm. 1092.

2 Denegada, 31 de Diciembre de 1845 [Dalloz, 1847, 4, 307].

mandante ha dado alguna celebridad. En 1804 Godoi, Príncipe de la Paz, comisionó á una señora de París confeccionarle un reloj conforme á un modelo que le ministró. La ejecución de este trabajo debía costar 80,000 francos, de los que el mandante entregó 40,000 francos al mandatario. Sobrevino la revolución á consecuencia de la cual el Príncipe de la Paz fué obligado á refugiarse en los Estados romanos. El mandatario quiso entregar el reloj y pidió los 40,000 francos que le restaban. El Príncipe desoyó todos los reclamos. En 1830 vino á habitar en París; los herederos de la mandatario demandaron al deudor en pago de los 40,000 francos con intereses. El primer juez condenó al Príncipe al pago de intereses al 6 p. $\frac{\text{S}}{100}$ á contar del día en que se habían hecho los anticipos. En apelación el Príncipe no contestó más que la fijación de intereses al 6 p. $\frac{\text{S}}{100}$. La decisión se mantuvo por motivo de que el mandato era comercial; la mandatario se entregaba de costumbre á operaciones de esta naturaleza. En el recurso de casación recayó una sentencia de denegada. (1)

Núm. 2. Aplicación del art. 2001.

14. Estos principios han dado lugar á numerosas dificultades, sobre todo en lo relativo al art. 2001. Si se atiende uno al texto no hay duda. La disposición del art. 2001, aunque deroga el art. 1153, está concebida en términos más generales; todo mandante está obligado á los intereses de los anticipos hechos por el mandatario. Basta, pues, que haya mandato para que la ley deba recibir su aplicación, á menos que tenga la ley misma una excepción á la regla del art. 2001.

15. La Corte de Casación ha juzgado que la mujer que paga una deuda de su marido tiene derecho al reembolso

1 Denegada, 18 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Préstamo á interés*, núm. 136).

con intereses desde el día de este pago. El art. 2011, dice la Corte, comprende no solamente el pago de las sumas debidas en capital sino también las que el mandatario hace accesorias de este capital, los gastos é intereses. En derecho esto es cierto, puesto que respecto á la mujer que paga la deuda de su marido los intereses son una suma capital; tiene, pues, derecho á los intereses, aunque en general los intereses no producen intereses sino en virtud de una demanda ó de una convención y á condición de que se trate de intereses debidos por año. En equidad la decisión de la Corte es del todo evidente. La ley quiere que el mandatario sea completamente indemnizado, y la mujer no lo sería si no pudiera reclamar el interés de lo que ha pagado por su marido. (1)

16. ¿Tiene el abogado derecho á intereses de las cantidades que anticipa para su cliente? A primera vista la afirmativa parece evidente. El abogado es mandatario; ¿por qué no podría invocar el beneficio de una disposición que se aplica á todo mandato? En algunas ocasiones la jurisprudencia es contraria. La Corte de Casación distingue los costos del procedimiento en la instrucción del proceso de que se encargan los abogados, no se les impone el interés por derecho pleno; el abogado debe pedir estas costas en justicia si quiere obtener los intereses. En cuanto á los anticipos hechos como *negotiorum gestor* en interés de su cliente, tales como el pago de daños y perjuicios á los que el cliente ha sido condenado, há lugar á aplicar el art. 2001. ¿Cuál es la razón de esta distinción? Se la buscaría en vano en la sentencia de la Corte de Casación; se limita á decir que los costos del procedimiento entran en la clase de obligaciones enunciadas en el art. 1153, mientras que los otros anticipos caen bajo la aplicación del art. 2011. (2) Esto es afir-

1 Casación, 26 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 481).
2 Casación, 23 de Marzo de 1819 (Dalloz, en la palabra *Abogado*, núm. 125)

mar ó, como se dice, decidir la cuestión con la cuestión. ¿Se distingue el art. 2001 entre las diversas especies de anticipos? Nó, pues desde que hay anticipo hecho por un mandatario se debe aplicar la ley.

Hay sentencias que van más lejos y que niegan al abogado el interés de los anticipos extraños al procedimiento, y esto por el singular motivo de que el abogado no estaba obligado á hacerlos y que si los ha hecho espontáneamente es en vista de los honorarios que debía recibir por el negocio que se le había encargado. (1) ¡Qué motivos tan extraños! Si se tomaran seriamente los mandatarios jamás tendrían derecho á los intereses. En efecto, no está precisamente obligados á hacer los gastos, pueden pedir fondos al mandante si quieren, y si los mandatarios asalariados adelantan los costos se puede también decir de ellos que hacen estos anticipos en vista de su salario. Todas estas consideraciones son ajenas á la cuestión; el art. 2001 no distingue cuáles son los adelantos que hace el mandatario, no distingue si son espontáneos ó no, tampoco distingue para qué fueron hechos. Y los intérpretes debían recordar que donde la ley no distingue no les está permitido distinguir.

17. ¡Cosa singular! La jurisprudencia contesta á los abogados el derecho que tienen por el texto de la ley y reconoce este mismo derecho á los notarios aunque actúen como tales; es decir, cuando no son mandatarios. Si el mandato consiste esencialmente en representar á las partes es bien cierto que los notarios no son mandatarios cuando llevan sus funciones ministeriales. (2) Luego no pueden prevalecerse del art. 2001, el que supone la existencia del mandato. Pero los notarios pueden ser mandatarios y lo son muy

1 Rennes, 28 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 16). Compárese Nancy, 8 de Enero de 1852 (Dalloz, *ibid.*), y Douai, 29 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 5, 297).

2 Véase el tomo XXVII de estos *Principios*, núms. 334 y 335.

amenudo; en este caso está fuera de duda que tienen derecho á los intereses de sus adelantos; están bajo el imperio de la ley común. (1)

Hay una cuestión de aplicación que está muy controvertida aunque, en nuestro concepto, sea muy sencilla. Los notarios, conforme á la ley de 22 Frimario, año VII, deben adelantar las costas de registro. ¿Pueden reclamar los intereses de estas costas en virtud del art. 2001? Si se admite, como lo hemos enseñado, que el notario obre como tal no es mandatario, es cierto que se debe apartar el art. 2001. (2) Queda por saber si pueden reclamar los intereses en virtud de otro título. Se ha sostenido que estando los notarios obligados á adelantar las costas éstas deben ser consideradas como cauciones solidarias del deudor; y conforme al art. 2028 la caución da derecho desde el día del pago al interés de las sumas pagadas por el deudor principal. (3) La argumentación nos parece poco sólida. La ley de Frimario no dice que el notario es deudor solidario, ni que lo es el caucionante; sólo la muerte da al fisco una acción contra el notario, salvo que éste haga reembolso de este adelanto. Es, pues, un adelanto que hace como estando obligado á hacerlo por la ley, pero como no es mandatario no le está permitido invocar el art. 2001.

La jurisprudencia en esta materia es de una inconsecuencia patente, en nuestro concepto. (4) Considerando al notario como mandatario le niega el beneficio del artículo 2001 porque esta disposición no se hizo para los notarios, ¿y el motivo? Porque no paga como mandatario sino como deudor personal, y es deudor personal en virtud de la ley

1 Véanse los testimonios en Pont, t. I, p. 576, núm. 1096, y Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 357.

2 Abry y Rau, t. IV, p. 648, nota 3. pfo. 414.

3 Pont, t. I, ps. 577 y siguientes, núm. 1096, y *Revista crítica*, t. III, ps. 259 y siguientes.

4 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 5097 y siguientes.

de Frimario. Suponiendo que el notario sea mandatario puede prevalecerse de la disposición general al art. 2001; se hizo para los notarios lo mismo que para todo mandatario, á menos que haya excepción por una ley especial (núm. 14). ¿Resulta la excepción de la ley de Frimario? ¿Dice esta ley que el notario no es mandatario cuando paga los derechos de registro? La ley sobre registro es una ley fiscal que nada tiene de común con el derecho civil que no hace más que aplicar; todo lo que dice acerca de nuestra cuestión es que el notario está obligado á pagar los derechos; los paga sin devolverlos. ¿Es éste como caucionante? La ley no dice esto. Luego el notario no se puede reputar caucionante. ¿Qué queda? Un adelanto obligatorio. Y cualquiera que sea el carácter de los adelantos desde que los hace un mandatario tiene derecho á los intereses.

18. ¿Tiene el agente de negocios derecho á los intereses de sus adelantos? Nó, en nuestro concepto. La solución de la cuestión depende del carácter del art. 2001. ¿Es la aplicación de un principio general ó es una excepción á un principio general? Todos están de acuerdo acerca de este punto. El art. 2001 hace correr los intereses de pleno derecho por una deuda de dinero, un crédito de dinero que da lugar á un reembolso: lo que deroga el art. 1153. Esta disposición está concebida en términos muy restrictivos: los intereses se deben desde el día de la demanda. Así formulado el principio, y es la opinión general, deja una duda. El art. 1153 no dice precisamente lo que se le hace decir: no habla de los *intereses* en general, habla de los daños y perjuicios debidos por el *retardo* en que está el deudor en la ejecución de sus compromisos; luego de los intereses *moratorios*, y es muy cierto que los intereses del art. 2001 no son moratorios. Pero hay otra disposición que generaliza la del art. 1153. El Código tiene un capítulo para el inte-

rés. Comienza por decir que se permite estipular el interés para el préstamo (art. 1905). Luego dice que el interés es legal ó convencional; el art. 1907 no habla ya del préstamo, habla de todos los casos en que los intereses se pueden deber. ¿Cuándo se deben los intereses? Se necesita ó una ley ó una convención, consecuencia no hay en la especie; luego se necesitaría una ley para que el agente de negocios tuviese derecho á los intereses, y no hay ley. Esto nos parece decisivo.

Sin embargo, se puede objetar que la ley que concede los intereses al mandatario puede y debe aplicarse por analogía al agente de negocios. La analogía es incontestable, pero ¿basta para extender el derecho de los intereses legales? Nos parece segura la negativa. Todo derecho concedido por la ley es de estricta interpretación; así sucede con la subrogación legal y la hipoteca legal; debe, pues, suceder lo mismo con los intereses legales. La razón es sencilla; extender derechos legales aunque sea por analogía es hacer la ley: sólo al legislador toca decidir si le conviene extender los derechos que concede á los casos que no prevee de un modo especial. Lo que prueba que tal es el carácter de los intereses legales concedidos al mandatario es que el Código los niega al tutor aunque sea mandatario legal, y seguramente este es uno de los más favorables mandatarios, puesto que su gerencia es gratuita, aunque sea muy onerosa (art. 474). (1) Nuestra conclusión es que el gerente no tiene derecho á los intereses de sus anticipos porque la ley no se los concede.

19. La Corte de Casación lo decidió así en los motivos de una sentencia; se lee en ella: «Los intereses concedidos por las leyes romanas al *negotiorum gestor* por razón de sus anticipos desde el día en que los hizo han dejado de correr

¹ La advertencia es de la Corte de Lyon, 13 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 3, 218).

de plano desde la promulgación del Código.» (1) Troplong ataca vivamente esta decisión ó, más bien, este considerando. «Tales sentencias, dice, son un motivo de sorpresa; trastornan la jurisprudencia y perturban el sistema mejor sentado.» Bajo el punto de vista legal, que es el nuestro, se podría dirigir con justicia el reproche á Troplong. Decimos bajo el punto de vista legal. En teoría la crítica es justa: teniendo derecho el mandatario á los intereses de sus anticipos aunque esté asalariado con más razón el gerente de negocios cuya administración es gratuita y que por amistad viene en auxilio de un ausente debiera gozar del mismo favor, favor que es de justicia. Esto es verdad, pero la cuestión está en saber no lo que la ley hubiera debido hacer sino lo que ha hecho. Y la ley no concede los intereses al gerente de negocios, y el silencio de la ley es decisivo en una materia que sólo la ley puede fijar, puesto que se trata de un derecho legal. Troplong contesta «que hay que remontar al principio de equidad y de buena fe de que deriva el art. 2001, y si el principio es el mismo en el caso de gerencia de negocio no debe titubear en sacar la consecuencia que la ley saca de él para el caso del mandato: si no se sirve uno del Código sin inteligencia.» El argumento equivale á decir que se debe aplicar la disposición del artículo 2001 por analogía. Ya hemos contestado de antemano. Lo que Troplong agrega para justificar la aplicación analógica es muy contestable. Pretende que el art. 1375 autoriza al juez para conceder los intereses al gerente de negocios. Contestamos desde luego que esta no es nuestra cuestión; no se trata de saber si el juez puede conceder los intereses al gerente, se trata de saber si la ley se los concede de plano. ¿Es verdad además que el juez puede concederlos? El art. 1375 dice que el dueño debe reembolsar al gerente todos los *gastos* útiles y necesarios que hizo. ¿No son

¹ Denegada, 7 de Noviembre de 1825 (Sirey, 1826, 1, 187).

gastos los intereses? dice Troplong. Esta es una interpretación de los textos que pudiera calificarse de no inteligente. El art. 1999 dice también que el mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos y gastos que éste ha hecho para la ejecución del mandato. Esto se refiere al capital, pero es extraño á los intereses: fué necesaria una descripción especial, la del art. 2001, para que el mandatario tuviera derecho á los intereses, y se necesitaría también una disposición especial para que el juez estuviera autorizado á concedérselos al gerente de negocios. (1)

La identidad que Troplong establece entre la gerencia de negocios y el mandato en lo relativo á los intereses puede también ser contestada. Se trata de un amigo que toma la iniciativa para girar los intereses de su amigo ausente. La gerencia de negocios equivale al mandato cuando desde el principio hace lo que el dueño mismo hubiera hecho si estuviese presente; por lo que el gerente tiene contra el dueño el mismo derecho que el mandatario tiene contra el mandante. Hé aquí la analogía, pero se debe añadir que el derecho del gerente es más comprometedor para el dueño que el derecho del mandatario. Este no hace más que ejecutar la voluntad del mandante, es éste mismo el que obra, no puede nunca quejarse de lo que el mandatario ha hecho en los límites de su mandato. No sucede lo mismo con el gerente. Su gestión es útil si hace un negocio que el dueño hubiera hecho, pero puede gastar en el curso de su gerencia lo que el dueño no hubiera gastado; tendrá, sin embargo, derecho al reembolso de los gastos que tal vez el dueño no hubiera querido hacer no porque no sean útiles sino porque el dueño no hubiera hecho el gasto. Ya es demasiado duro para el dueño el deber de reembolsar el capital, lo sería más obligarlo á pagar los intereses.

1 Troplong, *Del mandato*, núms. 680 y 681, seguido por Pont, t. I, p. 579, núm. 1098.

20. Nos queda por comprobar el estado actual de la jurisprudencia. La cuestión se ha presentado dos veces ante la Corte de Casación; cada vez concedió los intereses al gerente de negocios, pero lo ha hecho por motivo de que la pretendida gerencia era en realidad un mandato tácito. En la primera sentencia la Corte sienta en principio que las reglas del mandato son generalmente aplicables á la gestión de negocios de otro cuando ha sido aprobada y ratificada. Esto es, en otros términos, el antiguo adagio de que la ratificación equivale al mandato. Desde luego ya no estamos en el caso de la gerencia propiamente dicha. En la especie la sentencia atacada comprobaba de hecho que la gerencia, en consecuencia, de la que el gerente había hecho los adelantos era el resultado de un acuerdo con el dueño y habiendo además sido ratificada por este último. Esto no es tampoco una gerencia ratificada, es un verdadero mandato tácito si el acuerdo fué tácito. Luego el art. 2001 era aplicable. (1)

En la segunda sentencia la Corte de Casación se aleja expresamente de nuestra cuestión. «Sin que sea necesario, dice, examinar si en tesis general el art. 2001 es aplicable á los adelantos hechos por el gerente.» En la especie se declaró, en efecto, tanto por el juez de primera instancia como por la sentencia atacada, que las construcciones hechas por el gerente lo habían sido con el pleno consentimiento del dueño y aprobadas por él; además, estaba comprobado que se habían hecho en ejecución y como consecuencia de un trato formal. La Corte concluyó que en estas circunstancias había mandato tácito ó, cuando menos, la ratificación formal de la gerencia de negocios: desde luego la sentencia atacada debía aplicar el art. 2001. (2) Se puede reprochar á la decisión de la Corte de Casación no ser precisa; no dice si el hecho que dió lugar al proceso era un

1 Denegada, 7 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 165).

2 Denegada, 6 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 251).

mandato expreso ó tácito. Pero poco importa, no era una gestión de negocios, la Corte lo declara. Luego no se puede decir que la jurisprudencia de la Corte de Casación sea contraria á nuestra opinión. (1)

21. El modo de calcular los intereses ha dado lugar á una dificultad que se llevó ante la Corte de Casación. No siempre es necesario que el mandatario reclame los intereses por vía de acción; puede imputar las sumas que recibió para el mandante á los intereses de los adelantos antes de cargarlos al capital. Se ha contestado la legalidad de este modo de imputación ó de pago. La Corte de Casación se ha pronunciado por la legalidad. En la especie los adelantos eran efectivamente liquidados y los intereses se debían en virtud de la ley á partir del día igualmente cierto en que habían tenido lugar. El mandatario compensó los intereses de sus adelantos con las sumas que recibía para el mandante á medida que las cobraba. La sentencia atacada, y en el recurso la Corte de Casación, decidieron que el mandatario estaba en su derecho. Sin duda, dice la Corte de Metz, hubiera sido más ventajoso al mandante que la imputación se hiciera en el capital de los adelantos dejando debidos los intereses vencidos, los cuales no producían intereses; pero el mandante no puede obligar al mandatario á proceder así; tiene derecho á los intereses desde que cobra; puede, pues, abonar las sumas que recibe á los intereses. Solamente procediendo así puede evitar el anatocisma que la ley prohíbe; debe, pues, tener cuidado, si el abono no basta para saldar los intereses vencidos, de llevar en una columna especial los intereses parciales de los que no ha dado recibo para que no produzcan intereses. (2)

1 Hay sentencias recientes de cortes de apelación en sentido contrario, pero sin motivos. Pav, 30 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1874, 5, 284); Lieja, 21 de Octubre de 1873 (Pasieris. 1874, 2, 16).

2 Metz, 12 de Febrero de 1867, y denegada, 23 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 131).

§ III.—PAGO DEL SALARIO.

22. Según el art. 1999 el mandante debe pagar al mandatario sus salarios si le fueron ofrecidos. La ley pone el salario en la misma línea que los anticipos y los gastos; sin embargo, el art. 2001 establece una diferencia importante entre estos dos créditos: los anticipos producen intereses de plano, mientras que los salarios permanecen bajo el imperio del derecho común; no producen, pues, intereses sino desde el día de la demanda. El motivo por el que la ley concede los intereses al mandatario por los anticipos que hace no recibe aplicación al salario. No quiere la ley que el mandatario pierda; cuando, pues, se le quita el goce de la suma que anticipa por el mandante es justo que éste se lo pague. Esto supone que la suma se toma del patrimonio del mandatario; y no sucede así con el salario, éste es una utilidad del mandatario, sólo está privado de esta utilidad cuando lo reclama; se debe, pues, aplicar al salario la regla general que rige los intereses: sólo se deben á partir de la demanda.

La jurisprudencia aplica este principio al notario, que considera como un mandatario aunque sólo desempeñe las funciones de notario. Le concede, en consecuencia, el interés de los anticipos (núm. 17), pero no le da el interés de sus honorarios. (1) En nuestra opinión el notario, como tal, no es un mandatario. Esto importa poco para la decisión de nuestra cuestión; permanece en todo caso bajo el imperio del derecho común en lo relativo á los intereses de sus honorarios; no se le deben como funcionario, puesto que la ley no se los concede y se los niega aunque fuera mandatario (art. 2001).

23. La doctrina y la jurisprudencia admiten también otra diferencia entre el salario y los anticipos. Hemos di-

1 Riom, 8 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Mandato*, número 374, 2.º)

cho ya que, en la opinión general, el salario estipulado por el mandatario puede ser reducido si los tribunales lo encuentran excesivo. Mientras que el mandante no puede, en lo general, hacer que reduzcan el monto de los gastos y anticipos: el art. 1999 lo dice. Esta disposición ha ministrado un argumento á la opinión general relativa á la reducción del salario. La ley en su primer inciso obliga al mandante á reembolsar los anticipos y á pagar el salario; en su segundo inciso declara que los anticipos no pueden ser reducidos; no dice que el salario no lo puede ser; lo que indica la intención del legislador en permitir la reducción del salario. (1) El argumento es de extremada debilidad, como todos los racionios que se fundan en el silencio de la ley. En realidad no hay diferencia, bajo el punto de vista de la opinión general, entre los anticipos y el salario; en efecto, los gastos pueden también ser reducidos cuando son excesivos. En la opinión que hemos enseñado hay una diferencia entre los anticipos y los adelantos; éstos pueden ser reducidos cuando son excesivos, mientras que el salario no lo puede ser por causa de exceso. Esta diferencia se explica muy fácilmente. El salario se debe en virtud de una convención, y las convenciones son la ley de las partes y de los jueces; lo que excluye toda modificación y, por consiguiente, toda reducción del salario convenido. No sucede lo mismo con los anticipos; se supone que las partes no han hecho ninguna convención relativa á los gastos; desde luego quedan sometidas al derecho común, según el cual el mandatario no puede reclamar gastos que se deben por su culpa, y la tiene cuando hace gastos excesivos.

24. Según el art. 1999 el salario debe pagarse cuando ha sido ofrecido. Esto es la ley del contrato y debe recibir su aplicación. Se ha contestado el principio en el caso siguiente. Un mandatario fué encargado de vender una fin-

1 Pont, t. I, p. 583, núm. 1108.

ca, el mandante le ofrece una suma de 1200 francos por honorarios en el caso en que tenga lugar la venta. Más tarde se modificó la convención en el sentido de que el mandante ofreció una suma de 2500 francos si el mandatario llegaba á cambiar la finca por un castillo vecino. El agente consiguió su propósito: el cambio tuvo lugar; no obstante, el mandante se negó á pagar los honorarios ofrecidos por motivo de que el mandatario había sido encargado por la otra parte también de negociar el cambio y que por este punto se le había ofrecido una suma de 2500 francos. Recibiendo por el mismo negocio un salario de ambas partes, cuyos intereses eran necesariamente opuestos, ¿no resultaba que debía perjudicar á una ó á otra, y quizá á ambas? Tal era la pretensión del primer mandante; no fué acogida. Si, dijo la Corte de Lyon, el mandatario hubiera tenido poder para consumir el cambio sin la intervención de los mandantes se hubiera podido decir que había descuidado los intereses de uno y de otro, y aun así el mandante hubiera tenido que probar el perjuicio que sufría por culpa del mandatario; si esta prueba hubiera sido dada hubiera podido pedir la aplicación del art. 1999, segundo inciso, que prevee el caso de culpa. En el caso el mandante fundaba su demanda sólo en la existencia de dos mandatos; pero estos dos mandatos y el negocio que se había verificado no ligaban á los mandantes; estaban libres de no cambiar ó modificar el proyecto de cambio; esto es lo que hicieron. Esto excluía todo perjuicio, luego toda culpa, y, por tanto, la convención relativa al salario debía ejecutarse. (1)

25. El art. 1999, segundo inciso, dice: «Si no hay ninguna culpa imputable al mandatario el mandante no puede dispensarse de pagar el salario aunque el negocio no hubiera surtido.» Hemos ya explicado esta disposición en la aplicación que la ley hace de ella á los anticipos (núm. 8). En

1 Lyon, 9 de Agosto de 1843 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 333).

lo relativo al salario la aplicación no sufre ninguna dificultad. Hay culpa por parte del mandatario cuando no hace lo que debía hacer ó cuando lo hace mal, y ¿puede reclamar un salario que le fué concedido para hacer una cosa cuando no la hizo? Esto sería reclamar un salario sin causa, puesto que la causa del salario es el compromiso contraído por el mandatario. Lo mismo sería si el mandatario hubiera cumplido mal su mandato. Aquí hay, sin embargo, diferencias, un más y un menos. Cada parte tiene su obligación: el mandatario debe girar el negocio y el mandante debe pagar el salario. Si el mandato es ejecutado, pero mal, el mandatario tiene que pagar daños y perjuicios por su culpa; estos daños y perjuicios vendrán reduciendo su salario, pueden aún ser mayores que éste; en este caso se entiende que el derecho al salario se vuelve ineficaz.

Citaremos un ejemplo tomado en la jurisprudencia. Un antiguo emigrado encargó á un mandatario de cobrar la indemnización á la que tenía derecho en virtud de la ley de 1825; la convención estipulaba un salario de 5 p. S sobre el monto de la indemnización. Esta fué fijada en 70,025 francos. El mandante se negó á pagar los honorarios convenidos porque el mandatario nada había hecho por la liquidación de su crédito, todas las gestiones habían sido hechas por su yerno. Esta defensa fue acogida por la Corte de París y, en el recurso, por la de Casación. La Cámara de Requisiciones dijo muy bien que en derecho el mandatario que no hizo nada para el cumplimiento de su mandato no sólo no tiene acción á reclamar su salario sino que responde por los daños y perjuicios que pudieran reclamar por la inejecución. Y la sentencia atacada declaraba que el mandatario no había justificado la menor gestión ni ningún anticipo para la ejecución del mandato que había aceptado; de modo que el mandante había sido obligado á escoger un nuevo mandatario para obtener la liquidación de su indemnización. ¿Qué

contestaba el mandatario? Que el salario se le debía por sólo estar terminada la liquidación. Contestación derisoria. El salario está convenido no para hacer nada sino para hacer; es, pues, necesario que la cosa se haga por el mandatario; si se hace sin él y por gestiones de otra persona hay inejecución del mandato, y no es por la inejecución por la que se ofreció un salario. (1)

26. Con más razón el mandatario no puede reclamar su salario cuando es culpable de dolo. Hemos relatado más arriba el escandaloso negocio en el que tres mandatarios en complicidad habían engañado á personas llamadas á una sucesión, haciéndolas creer que había dificultades cuando no las había. Los mandatarios se atrevieron, sin embargo, á reclamar su salario, como si pudiera haber salario de dolo. La Corte de Casación contesta que el poder mismo que habían sorprendido por dolo estaba viciado y nulo, la convención del salario caía con el mandato, y que sólo quedaba para con los pretendidos mandatarios el hecho de haberse inmiscuido en negocios ajenos, hecho cumplido no en interés de los mandantes sino en provecho personal de los demandantes, lo que excluye absolutamente toda idea de salario y honorarios. (2)

27. ¿Qué debe decidirse si el mandato no pudo ser cumplido por un hecho independiente de la voluntad del mandatario, un caso fortuito, una enfermedad? Suponemos un mandato propiamente dicho; es decir, un negocio en el que el mandatario representa al mandante. Deben, pues, apartarse los ejemplos que Troplong toma en el derecho romano de un profesor ó de un abogado; (3) esto no es un mandato, es un arrendamiento de obra. (4) Transladamos la solución

1 Denegada, 4 de Noviembre de 1834 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 341, 1.º) Compárese Burdeos, 19 de Noviembre de 1826 (Dalloz, *ibid.*, núm. 341, 2.º)

2 Denegada, 7 de Agosto de 1837 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 75].

3 Troplong, *Del mandato*, núms. 641-651.

4 Véase el tomo XXVII de estos *Principios*, núm. 333.

de estas cuestiones al título *De los Arrendamientos*. Esta opinión lastima prejuicios tradicionales; creemos haberlos contestado, y es inútil renovar este debate.

En cuanto al mandato verdadero, tal como el de un abogado, la cuestión de saber cuál es el derecho del abogado cuando un caso fortuito ó de fuerza mayor le impide cumplir su mandato debe resolverse con distinciones. Si el abogado no hizo nada todavía en el momento en que surge el impedimento queda librado de su obligación y no puede reclamar ningún salario; esto es evidente. Si, como es de uso, el cliente había consignado sumas destinadas á cubrir los gastos, anticipos ú honorarios, ¿podrá repetir lo que pagó? La afirmativa nos parece segura, por más que digan los jurisconsultos romanos, y con ellos Troplong. Ya no estamos regidos por el Digesto, estamos bajo el imperio del Código Civil. Y ¿qué dice el Código? Que aquel que no debe puede repetir lo que pagó indebidamente (art. 1235.) Y el cliente que consigna una suma en manos del abogado lo hace en vista del negocio en el que el abogado debe representarlo, es un pago anticipado; y no hay pago sin deuda, dice la ley, y no puede haber deuda de un mandato cuando el mandatario estuvo en la imposibilidad de cumplir dicho mandato.

Si el impedimento surge durante el mandato y cuando ya existe un principio de ejecución ¿Podrá el mandatario reclamar todo el salario? Es seguro que el abogado no podría reclamar más que los anticipos que hubiera hecho; y si el cliente había consignado una suma superior podría repetir lo que excede el gasto real, pues el excedente es un pago indebido. ¿No debe decirse otro tanto del salario? En nuestro concepto sí. La ley pone el salario del mandatario en la misma línea que los anticipos, excepto que el salario no produce intereses de pleno derecho. Y no hay ninguna razón para conceder al mandatario el salario completo

cuando no cumplió el mandato más que en parte; es para el cumplimiento total por lo que el salario fué estipulado. Agregamos que si el salario hubiera sido consignado de antemano el mandante podría repetirlo en parte. Se pretende que esta repetición sería poco favorablemente acogida. (1) ¿Preguntamos con qué derecho desearía un juez una demanda que tiene en su favor el texto y el espíritu de la ley?

Hay más de un motivo de duda en lo se refiere al derecho del mandatario á una parte de su salario. En el ejemplo que hemos escogido el derecho del mandatario no es muy dudoso, puesto que la ejecución parcial del mandato aprovecha al mandante. Pero si se tratara de un hecho indivisible cuya prestación debe ser completa para que haya ejecución, y del que la prestación parcial ni siquiera se concibe, creemos que el mandatario no tendría derecho á ningún salario. Esto es la aplicación del derecho común. Traducimos á lo dicho en el título de las *Obligaciones*, en el capítulo de la extinción de las obligaciones por efecto del caso fortuito (t. XVIII, núm. 509.)

28. La revocación del mandato asalariado ¿da también lugar á alguna dificultad. Si la revocación tiene lugar por causa de negligencia es seguro que el mandatario no puede reclamar salario; este caso entra, en realidad, en la aplicación del art. 1999; en caso de culpa el mandatario no puede reclamar salario; y, en el caso, la culpa consta por el hecho de la revocación del mandato. La Corte de Agén lo sentenció así en términos bastante poco jurídicos; no insistiremos en los vicios de redacción, siendo muy antigua la sentencia, en el fondo; la Corte sentenció bien. El mandatario estaba encargado, mediante una indemnización de 1500 francos, de perseguir un proceso. La Corte no hace mal en mancillar la falta de delicadeza de un hombre revestido de un carácter público que estipulaba un salario con la cláusula

1 Pont, t. I, p. 582, núm. 1106, según Troplong.

sula de que tendría derecho á la indemnización aunque no hiciera diligencia alguna. Esto no sería ya un mandato, sería una liberalidad; y la intención de los mandantes no era gratificar al mandatario; la convención era, pues, nula á este respecto. De hecho el mandatario nada hizo sino dos citaciones de que podía repetir los gastos; por lo demás, ninguna diligencia; no podía, pues, reclamar nada á título de mandatario, ni siquiera intentar presentar el mandato como una liberalidad. (1)

Ha sucedido que un mandatario revocado continúe su gerencia después de la revocación. ¿Tiene derecho por este punto á una indemnización? La Corte de Bruselas decidió la cuestión negativamente, y con razón. Ya no hay mandato, puesto que está revocado; no hay gestión de negocio, puesto que el dueño ha manifestado su voluntad de que cese de girarlo el mandatario. Sólo podía haber una acción *de in rem verso*, acción fundada en este principio de equidad: que nadie puede enriquecerse á expensas ajenas; y en el caso el mandante no se había enriquecido á expensas del gerente, puesto que en el momento en que revocaba los poderes del primer mandatario constituía un segundo igualmente asalariado; por tanto, la gerencia del mandatario revocado no le aprovechaba en nada. (2)

29. ¿Puede el mandante retener el salario hasta que el mandatario dé cuenta entera? Fué sentenciado que no tenía este derecho. (3) En efecto, ambas obligaciones no dependen una de otra. ¿Cuándo se da cuenta? Cuando la gerencia está terminada, y desde que lo está el mandatario tiene derecho al salario. ¿Podría, en este caso, el mandante exigir una caución? Así se enseña. (4) Esto nos parece

1 Agén, 20 de Noviembre de 1811 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 347].

2 Bruselas, 24 de Febrero de 1810 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 445, 1.º)

3 Rennes, 9 de Abril de 1827 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 72].

4 Pont, t. I, p. 589, núm. 1119.

dudoso; no hay más caución que la que estipulan las partes y la que ordena la ley; y en el caso no había caución estipulada ni caución legal; lo que nos parece ser decisivo.

30. ¿Cuál es la duración de la acción del mandatario por pago de su salario? De derecho común dura treinta años. Hay excepciones. La acción de los abogados contra sus clientes está limitada á dos daños (art. 2273). La de los diligenciaros sólo dura un año para el salario de las actas que notifican y de las comisiones que ejecutan. La disposición del art. 2272 no deroga el derecho común en lo que se refiere al salario, pues les es debido en su calidad de oficiales ministeriales, y con este título no son mandatarios. No se puede decir que representan á las partes; obran como oficiales públicos, y con esta calidad no son mandatarios. (1)

§ IV.—DE LA INDEMNIZACION POR PERDIDAS.

31. «El mandante debe también indemnizar al mandatario por las pérdidas que éste sufrió á ocasión de su gerencia, sin que le sea imputable una imprudencia» (art. 2000). Se concibe que el mandatario tenga una acción de indemnización por las pérdidas que le proporciona la ejecución del mandato, pues es de principio que no puede perder en un negocio que sólo interesa al mandante. Pero la aplicación del principio hace nacer una dificultad que los autores del Código han decidido contrariamente á la doctrina de Pothier. Según este autor habría que distinguir: si el mandato es la *causa* de la pérdida que sufre el mandatario tiene derecho á una indemnización, pero no puede pedir que le indemnicen de las pérdidas que sufre á *ocasión* del mandato. Esta es la aplicación de las reglas generales que la ley sigue en materia de daños y perjuicios; el deudor, aun

1 Pont, t. I, p. 590, núm. 1120.

de mala fe, no está obligado á los daños y perjuicios ocasionados por razón de no serle imputables; ¿por qué la ley obliga al mandante á reparar una pérdida sufrida por el mandatario cuando esta pérdida no se debe á ninguna culpa y que ni siquiera procede del mandato? Se dice que el servicio que el mandatario presta al mandante no debe serle perjudicial. Este motivo se aplicaría cuando más al mandato gratuito, y el art. 2001 recibe también su aplicación al mandato asalariado, puesto que no distingue. Y aunque el mandato sea gratuito es difícil justificar la ley. Pothier, que se inclinaba tanto á la equidad, no admitía que el mandatario tuviera acción por un daño ocasionado. (1)

El legislador ha seguido en este punto á Domat, del que transcribimos sus palabras: «Si un apoderado constituido, dice, sufre alguna pérdida ó algun perjuicio ocasionado en el negocio de que está encargado se juzgará por las circunstancias si la pena deberá recaer en él ó en el que representa, lo que dependerá de la calidad de la orden que debía ejecutar, del peligro si lo hubiere, de la naturaleza del acontecimiento que ha causado la pérdida, de la liga de este acontecimiento con la orden que ejecutaba, de la relación de la cosa perdida ó del daño sufrido en el negocio que fué la ocasión, y de otras circunstancias que pueden cargar ó descargar á uno ó á otro. Con qué se debe balancear la consideración de equidad y los sentimientos humanitarios que debe tener aquel cuyo interés ha sido una *causa* ó una *ocasión* de pérdida para otro.» (2) Se ve que Domat es menos absoluto que el Código; hace muchas reservas y restricciones al principio que establece y en definitiva abandona la solución al arbitrio del juez, puesto que todo depende de las circunstancias de la causa que el juez aprecia soberanamen-

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 76. Durantón, t. XVIII, p. 273, núm. 297. Pont, t. I, p. 579, núm. 1113, p. 588, núm. 1116.

2 Domat, *Leyes civiles*, lib. I, tit. XV, sección II, núm. VI.

te. Los autores del Código habían pensado que sería mejor dejar á un lado todas estas reservas y decidir en principio que el mandante está obligado á los daños y perjuicios ocasionales.

32. Tomamos una aplicación de la jurisprudencia. Un empleado de una compañía ferrocarrilera, queriendo sentar á los obreros que tenía á su vigilancia y que estaban parados en los vagones llenos de arena, contra el reglamento, cayó en la vía y fué gravemente herido. Reclamó los daños y perjuicios. El Tribunal del Sena desechó la demanda; aunque digna de elogio, dice la sentencia, que hubiese sido la conducta de este empleado no podría haber lugar á responsabilidad por parte de la compañía demandada. El demandante había invocado el art. 1384 y esta decisión no era aplicable al caso. En apelación cambió de sistema y se prevaleció del art. 2000; la Corte falló en su favor. La sentencia comienza por hacer constar los hechos: el empleado había sido víctima del generoso impulso que le hizo afrontar un gran peligro para resguardar á los obreros que tenía bajo su dirección y á quienes tenía cargo de cuidar. La Corte conviene que el art. 1384 no podía recibir aplicación al caso, puesto que el daño causado al empleado no había sido causado por los empleados ú obreros de la compañía en el desempeño de las funciones que ésta les marcara. Pero el art. 2000 era aplicable. En efecto, el empleado promovía contra la compañía como mandatario de ésta; había sufrido un perjuicio en el ejercicio de su mandato y debía indemnizársele si ninguna imprudencia le era imputable. Acerca de este último punto había una duda; la Corte estableció por el examen de los hechos que el empleado no había cometido ninguna imprudencia; en consecuencia, condenó á la compañía á pagarle como indemnización una renta vitalicia de 800 francos. (1)

1 París, 14 de Agosto de 1852 (Daloz, 1853, 2, 76).

§ V.—DE LA SOLIDARIDAD DE LOS COMANDANTES.

33. «Cuando el mandatario ha sido constituido por varias personas para un negocio común cada una de éstas está solidariamente obligada hacia él por todos los efectos del mandato» (art. 2002). Esta disposición fué tomada del derecho antiguo. (1) Quizá los autores del Código no reflexionaron que en el antiguo derecho el mandato era esencialmente gratuito; este carácter del mandato debía tener como consecuencia el poner al mandatario al abrigo de todo perjuicio dándole una acción solidaria contra cada mandante, á reserva de que éstos repartieran entre sí el adeudo de su cargo; pero según el Código Civil el mandato puede ser asalariado, y, de hecho, el mandatario recibe ordinariamente una remuneración, por pequeña importancia que tenga el mandato. Y cuando éste es asalariado no se ve ya razón para que haya diferencia entre este contrato y los demás contratos á título oneroso. ¿Por qué están los mandatarios solidariamente obligados más bien que los covendedores ó los coarrendatarios? (2) La disposición del art. 202 es, pues, excepcional bajo todo concepto. Es excepcional en este sentido: que la solidaridad está establecida por la ley; y la solidaridad legal es de estricta interpretación, no se la puede extender, aunque fuese por vía de analogía. El art. 2002 tiene todavía un carácter excepcional en el sentido de que aplica al mandato asalariado lo que el derecho antiguo tenía establecido en favor del mandato gratuito, deroga el derecho común que rige los contratos á título oneroso; es un nuevo motivo para limitar su aplicación al caso previsto por la ley.

34. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que el mandatario tenga una acción solidaria contra los mandan-

1 Véanse los testimonios en Pont, t. I, p. 591, núm. 1123.

2 Durantón, t. XVIII, p. 275, núm. 271.

tes? No basta que haya varios mandantes, es necesario que exista un lazo entre ellos. De esto se sigue que se deben aplicar los principios generales que rigen las obligaciones solidarias. Traducimos en cuanto á los principios al título *De las Obligaciones*. Por aplicación de estos principios se debe decir que los diversos mandantes tienen que obligarse en la misma acta para que haya solidaridad entre ellos; si se obligan por actas diferentes la variedad del tiempo en que hayan tratado tendrá por efecto que existirán tantos mandatos cuantos mandantes; la solidaridad no podría existir entre ellos más que en virtud de una convención; pero ésta no existe en virtud de la ley, puesto que la ley supone unos comandantes; es decir, un lazo entre los mandantes; por tanto, una sola y misma convención en virtud de la cual dos ó más personas dan mandato á otra para hacer algo en sus nombres. (1)

35. El art. 2002 consagra una consecuencia de los mismos principios; es menester que el mandato haya sido dado para un negocio común á los varios mandantes; si, pues, el mandato ha sido dado en una misma acta, por las mismas personas y á un solo mandatario, pero que entre los mandantes haya habido algunos que tuviesen intereses diversos opuestos no habría solidaridad entre los mandantes, puesto que no habría lazo entre ellos. El caso se presentó ante la Corte de Casación. Una sucesión tenía que partirse; uno de los herederos, demandante de partición, dió á este efecto mandato á una persona, quien estaba igualmente encargada de defender los intereses de los demás herederos. Había un *negocio común*. La partición, es verdad, constituye un interés común á todos los herederos; pero esto no impide, cuando hay acción de partición, que existan intereses diver-

1 Pont, t. I, p. 592, núm. 1125. Compárese denegada, 11 de Febrero de 1834 [Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 157, 3.º], que parece contrario: la cuestión no fué suscitada en el caso.

sos y hasta opuestos; si no los hubiera los herederos hubieran procedido á una partición voluntaria de hecho; la Corte comprueba que había oposición de intereses; desde luego el negocio no era común y, por tanto, no había solidaridad. (1)

36. El art. 2002 se aplica al abogado encargado por varias personas para que las represente en un proceso que les es común. La Corte de Casación lo sentenció así en un caso en el que veintidós tenedores habían nombrado un síndico declarando querer promover en un proceso para el que se habían unido conjunta é individualmente, visto la comunidad de sus intereses. El acta no estipulaba solidaridad. El abogado intentó una acción contra el síndico y los veintidós tenedores para que los condenaran solidariamente al pago de los gastos que se le debían. La Corte le concedió estas conclusiones en una sentencia singularmente motivada. Comenzó por invocar el art. 1222 que rige los efectos de la obligación indivisible. ¿Había indivisión en la especie? Un interés común no es suficiente para engendrar la indivisión.

El demandado invocaba el art. 2002 y la aplicación de este artículo no era dudosa; la Corte lo dice; desde luego era inútil recurrir á los principios de indivisión. (2)

37. La jurisprudencia aplica también el art. 2002 al notario encargado por varias personas de la redacción de una acta que les es común. Es de jurisprudencia, dice la Corte de Riom, que las partes que se presentan ante un notario para que redacte sus convenciones le dan por esto mismo mandato de estipular sus intereses y se obligan, por consecuencia, á pagarle solidariamente los adelantos que pueda

1 Denegada, 12 de Marzo de 1833 (Daloz en la palabra *Mandato*, número 379). Compárese denegada, 11 de Febrero de 1834 [Daloz, *ibid.*, núm. 157, 3.º] y 7 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 259).

2 Grenoble, 23 de Marzo de 1829 (Daloz, en la palabra *Mandato*, número 374, 1.º) Aubry y Rau, t. IV, p. 649, nota 12, pfo. 414.

hacer y los honorarios que le correspondan. (1) Hemos dicho ya en varias ocasiones que el notario que promueve como funcionario público encargado de dar autenticidad á las actas que recibe no es un mandatario; lo que es evidente si se admite que el mandato implica una representación del mandante por el mandatario. Esto es lo que M. Pont establece perfectamente. Pero á la vez que enseña que los notarios no son mandatarios cree que tienen una acción solidaria contra las partes por las que instrumentan. La razón es, dice, que el contrato que forman el notario y las partes si no es un mandato propiamente dicho es, al menos, una convención que tiene más de mandato que de arrendamiento de obraje; luego es conveniente aplicar principios semejantes á los del mandato. (2) Esto nos parece del todo inadmisibile. Desde que no hay mandato el art. 2002 no puede recibir aplicación. Extenderlo á otra convención bajo pretexto de analogía es extender una disposición excepcional; lo que no está permitido al intérprete. Decimos bajo pretexto de analogía porque la analogía no existe una vez que se admite que la representación del mandante por el mandatario es de esencia del mandato. Se debe uno atener, pues, á la ley estrictamente: sin mandato no podría haber una responsabilidad solidaria que tiene su fundamento en el mandato.

38. ¿El art. 2002 se aplica á árbitros? Hay una sentencia muy bien motivada de la Corte de Montpellier que decide que los árbitros *forzosos*, es decir, los que son nombrados en virtud del antiguo Código de Comercio para juzgar las diferencias de los asociados, son los jueces; que su ministerio es gratuito; que, por consiguiente, no há lugar á aplicar el art. 2002. En el recurso la Corte de Casación decidió que los árbitros nombrados en ejecución del art. 51 del

1 Riom, 8 de Diciembre de 1833 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 374, 2.º) Compárense las sentencias citadas por Pont, t. I, p. 593, nota 8.

2 Pont, t. I, p. 593, núm. 1126. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, p. 649, nota 12, pfo. 414.

Código de Comercio participaban del carácter de jueces y que ninguna ley los autoriza á exigir á las partes un salario en razón de estas funciones. Pero la Corte admite que los árbitros forzosos son mandatarios cuando hacen adelantos por las partes que en su calidad de asociados están solidariamente obligados á las deudas. (1) La Corte declara, pues, al art. 2002 aplicable á los árbitros que hacen funciones de jueces. Nos parece que los dos principios consagrados por la Corte de Casación son contradictorios. Si los árbitros son los jueces llenan un misterio social; desde luego es imposible que sean mandatarios de las partes; están, en nuestro orden constitucional, investidos de uno de los grandes poderes á título de la soberanía nacional. La contradicción es aún más patente si se admite que el mandato implica la representación del mandante por el mandatario; ¿se concibe que los mandantes juzguen sus diferencias por intermedio de los mandatarios? Esto no tiene sentido.

Si se admite con la Corte de Casación que los árbitros forzosos son los mandatarios de las partes en el sentido del art. 2002 se debe admitir con mayor razón que los árbitros nombrados por un compromiso de las partes son los mandatarios y que, por consiguiente, pueden invocar el beneficio de la solidaridad que la ley concede al mandatario. Tales, en efecto, la jurisprudencia. (2) En la opinión que hemos enseñado acerca de la naturaleza del mandato los árbitros voluntarios no pueden considerarse como mandatarios de los que juzgan las diferencias más bien que los árbitros forzosos; voluntarios ó forzosos los árbitros se convierten en jueces, y no comprendemos cómo los jueces puedan representar á las partes quejas.

39. ¿Pueden los peritos invocar el beneficio del art. 2002?

1 Montpellier, 30 de Junio de 1827, y cassación, 17 de Noviembre de 1830 (Dalloz, en la palabra *Arbitraje*, núm. 1351.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Arbitraje*, núm. 1354.

La doctrina y la jurisprudencia se pronuncian en general por la afirmativa. Hay una sentencia antigua de la Corte de Grenoble en sentido contrario. (1) Esta es, en nuestro concepto, la buena opinión. La solidaridad de los mandatarios es una excepción á los principios generales de derecho; se la debe, pues, limitar al caso previsto por la ley. Y la primera condición requerida para que haya solidaridad es que haya mandantes, ¿y se puede decir que las partes quejas sean mandantes cuando el juez nombra de oficio á los peritos? Aun cuando las partes los nombran no son sus mandatarios, pues que no se puede decir que los peritos representen á las partes. Hay otra razón para alejarse del artículo 2002; el mandato de que habla es de puro interés privado, mientras que el ministerio de los peritos se liga á la distribución de la justicia; y todos los oficios judiciales están establecidos en un interés general; nada de lo que se refiere á la distribución de justicia puede considerarse como un mandato que mana de las partes en causa. Lo que confirma nuestra opinión es que el Código de Procedimientos (artículo 319) da á los peritos un medio simple y expedito para obtener el pago de lo que se les debe; se les da ejecutoria de gastos tasados contra la parte que ha pedido la experticia.

Los motivos que se encuentran en las sentencias que consagran la opinión contraria atestiguan, en nuestro concepto, contra esta doctrina. Se dice que la pericia siempre es ordenada en interés de la justicia. Nada más verdadero; ¿pero es esta una razón decisiva para que no haya mandato? ¿es que la distribución de la justicia se hace en virtud de un mandato que dan las partes á los que concurren para ello? Se agrega que el trabajo del perito no es un arrendamiento de obraje porque está investido por la ley con la alta misión de conciliar á las partes. Después viene esta rara

1 Grenoble, 23 de Junio de 1810 (Dalloz, 1848, 4, 258).

conclusión: que semejante misión, que participa en algún modo del poder judicial, es un verdadero mandato. Después de haber dicho que es un verdadero mandato la Corte de Rennes agrega que todas las reglas del mandato ordinario no son aplicables á este mandato judicial. De este modo es un mandato que no es un mandato. ¿Cómo saber cuáles son las reglas del mandato que se aplicarán á esta especie de mandato y cuáles las que no se aplicarán? Se procederá por analogía, responde la Corte; luego se debe aplicar á las partes en causa la disposición del art. 2002 (1) nuestra conclusión, aun admitiendo el punto de partida, sería contraria. El art. 2002 es una disposición que no puede extenderse por analogía, puesto que es exorbitante del derecho común, 40. Los síndicos ó agentes de una quiebra, como los mandatarios, son nombrados por interés común. ¿Se debe concluir que pueden invocar el beneficio del art. 2002 contra los acreedores? La Corte de Casación se ha pronunciado por la negativa, y nos parece que con razón. Da como motivo que los síndicos no son nombrados por los acreedores considerados individualmente; los acreedores de una quiebra no tienen derecho individual, forman una masa que está representada por el síndico: no se puede decir que el síndico represente á los acreedores. La Corte de Tolosa, cuya sentencia confirmó la Corte de Casación, establece muy bien las diferencias que distinguen el mandato del síndico del mandato que un acreedor da á un apoderado. Este es libre, voluntario; es, pues, justo que si es dado por varios todos los mandantes estén sometidos á las obligaciones que resultan del mandato. No sucede así con los síndicos; los acreedores de un quebrado no tienen la libre gerencia de sus intereses; la ley los constituye en una masa que delibera y decide por mayoría, como lo determina la misma ley; las de-

1 Rennes, 25 de Enero de 1844 (Dalloz, 1844, 2, 158 y las autoridades citadas en la nota). Compárese Pont, t. I, p. 593, notas 6 y 7.

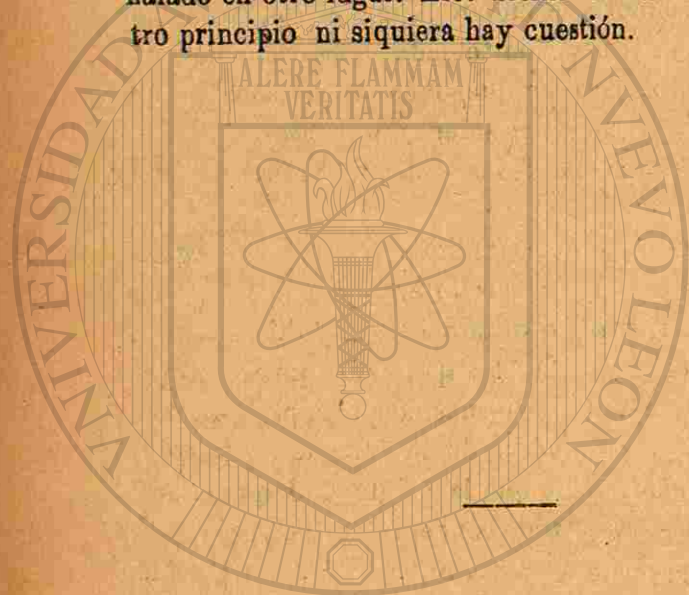
cisiones de la masa ligan á la minoría. Se puede agregar que el mandato de los síndicos tiene algo del mandato judicial, puesto que la quiebra está deliberada por una sentencia y que la administración está bajo la vigilancia de un juez comisario. No sería justo que unos acreedores que se encontraran en minoría se vieran obligados solidariamente en virtud de una deliberación tomada apesar de ellos; y el interés general que está en juego en la gerencia de una quiebra no permite que se considere á los acreedores como obrando por el intermedio de los síndicos nombrados por la masa. (1)

41. ¿El art. 2002 es aplicable á los mandatarios legales, tales como el tutor que gire los intereses comunes de varios pupilos? La negativa resulta del texto y del espíritu de la ley. Del texto: el art. 2002 supone que un mandatario está constituido por varias personas, lo que implica un mandato convencional. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Hemos dicho que la solidaridad que el artículo 2002 establece es en todo concepto excepcional (número 33), y las disposiciones exorbitantes del derecho común no se extienden, aunque haya analogía completa. Y esta identidad de motivos no existe siquiera cuando el mandato es legal. Los que, teniendo un interés común, constituyen un mandatario saben cuál será la consecuencia de su mandato; pueden, en caso preciso, derogar la ley y estipular que no serán obligados solidariamente. No sucede lo mismo con el mandato legal: es dado por la ley en favor de mandantes incapaces; es, pues, la ley, y solo ella, la que determina los derechos y las obligaciones de las partes; lo que equivale á decir que se puede aplicar el derecho común, á no ser que la ley especial que establece el mandato legal lo derogue. (2)

1 Tolosa, 11 de Enero de 1836, y denegada, 23 de Mayo de 1837 [Dalloz, en la palabra *Quiebra*, núm. 506]. En sentido contrario, Boulay-Paty, *De las quiebras*, núm. 33.

2 Pont, t. I, p. 595, núm. 1129.

42. ¿Qué debe decidirse de los gerentes de negocios? Si se admite nuestro principio de interpretación (núm. 33) la solución no es dudosa. La gerencia de negocio no es un mandato, apesar de la analogía que existe entre ambos hechos jurídicos. Hay diferencias importantes, las hemos señalado en otro lugar. Esto decide la cuestión; según nuestro principio ni siquiera hay cuestión.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



CAPITULO V.

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO Y DEL MANDANTE PARA CON LOS TERCEROS.

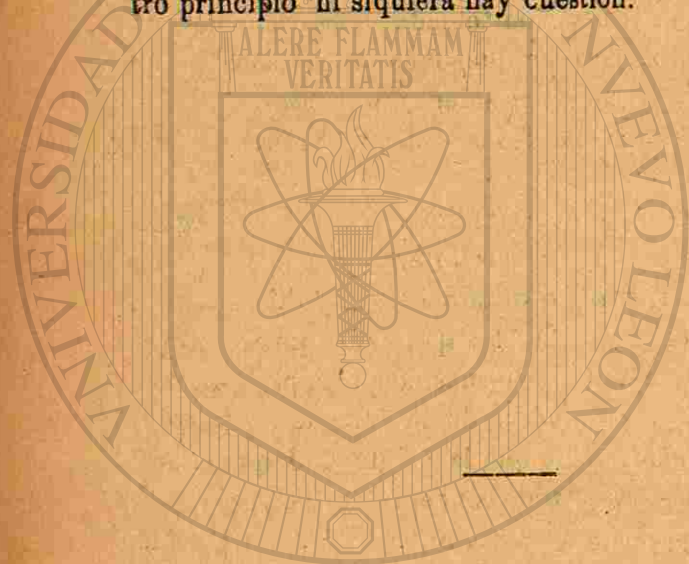
SECCION I.—De las obligaciones del mandatario.

43. Pothier dice que el mandatario no contrae ninguna obligación hacia las personas con las que trata en esta calidad porque no es él quien se considera tratar, sólo interpone su ministerio, por el que el mandante se considera tratar. Esto supone, como Pothier lo dice, que el mandatario obró con esta calidad y encerrándose en los límites de su mandato; si obra en nombre propio ya no es un mandatario el que trata; luego el mandante no está representado y, por consiguiente, no es él quien se considera que trata. Asimismo, si el mandatario sobrepasa los límites de su poder no representa ya al mandante, como si no fuera mandatario; luego el mandante está fuera de causa. (1) Queda por saber si en este caso el mandatario está obligado, para con los terceros; vamos á volver á este punto. Por ahora se trata del principio.

Pothier no habla más que de las obligaciones que contrae el mandatario en virtud de su mandato. El mismo principio se aplica á los derechos que nacen de los contratos en que figura el mandatario; estipula en nombre del

1 Pothier. *Del mandato*, núm. 87.

42. ¿Qué debe decidirse de los gerentes de negocios? Si se admite nuestro principio de interpretación (núm. 33) la solución no es dudosa. La gerencia de negocio no es un mandato, apesar de la analogía que existe entre ambos hechos jurídicos. Hay diferencias importantes, las hemos señalado en otro lugar. Esto decide la cuestión; según nuestro principio ni siquiera hay cuestión.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



CAPITULO V.

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO Y DEL MANDANTE PARA CON LOS TERCEROS.

SECCION I.—De las obligaciones del mandatario.

43. Pothier dice que el mandatario no contrae ninguna obligación hacia las personas con las que trata en esta calidad porque no es él quien se considera tratar, sólo interpone su ministerio, por el que el mandante se considera tratar. Esto supone, como Pothier lo dice, que el mandatario obró con esta calidad y encerrándose en los límites de su mandato; si obra en nombre propio ya no es un mandatario el que trata; luego el mandante no está representado y, por consiguiente, no es él quien se considera que trata. Asimismo, si el mandatario sobrepasa los límites de su poder no representa ya al mandante, como si no fuera mandatario; luego el mandante está fuera de causa. (1) Queda por saber si en este caso el mandatario está obligado, para con los terceros; vamos á volver á este punto. Por ahora se trata del principio.

Pothier no habla más que de las obligaciones que contrae el mandatario en virtud de su mandato. El mismo principio se aplica á los derechos que nacen de los contratos en que figura el mandatario; estipula en nombre del

1 Pothier. *Del mandato*, núm. 87.

mandante, y como intermedio no puede ejercer los derechos, así como no tiene que cumplir las obligaciones. Es el mandante quien estipula y se obliga; es él solo, pues, quien puede obrar, como solo puede ser demandado.

Estos principios son también los del Código Civil. La ley no habla en términos expresos más que de las obligaciones del mandante para con los terceros: está obligado, dice el art. 1998, á ejecutar los compromisos que fueron contraídos por el mandatario conforme con el poder que le dió. Esto es decir implícitamente que el mandatario no está obligado á estos compromisos, pues cuando un mandatario contrae no se obliga *con* el mandante, se obliga en su *nombre* y *por él* (art. 1984); sólo hay, pues, un sólo obligado, él es quien habla en el contrato, y es el mandante quien figura en él, no es el mandatario.

El art. 1997 conduce á la misma consecuencia; está concebida así: «El mandatario que dió á la parte con la que contrae en esta calidad suficiente conocimiento de sus poderes no está obligado á ninguna garantía por lo que ha hecho más allá si no se sometió á ello personalmente.» Así el mandatario ni siquiera está obligado para con los terceros cuando traspasa los límites de su mandato, siempre que los terceros conozcan estos límites. Esto es decir implícitamente que el mandatario, como tal, nunca está obligado para con los terceros; si no está obligado excede sus poderes; con más razón no lo es cuando permanece dentro de su mandato.

44. La jurisprudencia está en este sentido; es inútil citar sentencias, puesto que los principios son seguros y escritos en la ley. Referiremos una aplicación hecha en un caso en que se presentaba una duda pequeña. El mandato es amenudo comercial; en este caso puede ser dudoso si aquel que obró lo hizo como mandatario ó si trató en su nombre y para su provecho. El art. 220 prevee la dificul-

tad en lo que se refiere á la mujer casada; supone que el marido es comerciante; la mujer se obliga para el comercio de su marido; ¿estaba obligado el marido como mandante? Sí, cuando la mujer sólo pormenoriza, como factora, las mercancías del comercio de su marido. Pero si fuera comerciante ella misma sólo lo podría ser á título de socio de su marido, como lo hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio*; en este caso estaría personalmente obligada, pues obrando como comerciante y para el comercio de su marido no se la puede considerar como mandataria.

La misma dificultad se presenta en el caso en que el hijo de un comerciante contrata para el comercio de su padre: puede ser socio ó mandatario; si es mandatario es el padre quien estará obligado por los actos que el hijo haga; si es socio se obligará personalmente. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas que aplica estos principios. El padre, en el caso, era comerciante y sólo patentado como tal; en el contrato de matrimonio del hijo se estipuló que permanecería ligado al comercio de su padre; que contribuiría, por sus cuidados, á hacerlo prosperar, pero sin que de ningún modo fuera socio ni obligado á ninguna garantía, y que á título de indemnización recibiría una suma de 500 francos por año. Por esto el hijo tiene la costumbre de firmar los vales á la orden, agregando: *por mi padre*. Unos comerciantes demandaron al hijo por pago de mercancías que le habían entregado; el padre había quebrado. Fué sentenciado que el hijo, en sus compras y ventas de mercancías, sólo obraba en nombre y por cuenta de su padre, de quien era dependiente; esto decidía la cuestión; el mandatario no está obligado para con los terceros. (1)

45. Según el art. 1997 el mandatario está obligado para

1 Burdeos, 25 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 303, 4.º) Compárense las otras sentencias relatadas por Dalloz, núm. 303, 1.º, 5.º y 6.º

con los terceros con los que trataba por cuanto hace fuera de sus poderes si no les dió suficiente conocimiento de su mandato. En este caso el mandatario obra como tal, pero en realidad no tiene poder; de modo que los terceros que tratan con él no tendrán acción contra el mandante; si lo demandan les opondrá el art. 1998, en virtud del cual no está obligado á lo que pudo hacerse fuera del poder dado á su mandatario. Si demandaron al mandatario es porque éste no les dió conocimiento del mandato; si hubieran tenido conocimiento del mandato no hubieran tratado con el mandatario como tal; éste los indujo, pues, en error y este es un hecho perjudicial, del que responde. La responsabilidad consiste en estar personalmente obligado, lo que es muy lógico. Porque en realidad el mandatario no obró como tal, puesto que no tenía poder; contrató, pues, personalmente porque no basta decir que es mandatario para escapar de toda responsabilidad; habiendo contratado sin poder el pretendido mandatario pudo obligarse personalmente; no podía pretender lo contrario, más que confesando que se ha engañado al tercero con quien trató, lo que sería un dolo, y entonces sería responsable como culpable de un delito civil.

46. Si, al contrario, el mandatario puso su mandato en conocimiento del tercero con el que trató no quedaría obligado hacia él aunque hubiera traspasado los límites del mandato. La razón es que, en este caso, el mandatario no ha contratado en su nombre personal; obró como mandatario, pero, como tal, sin poder; la consecuencia será que el tercero no tendrá acción contra el mandatario, pues éste no está obligado en virtud de una convención ni en virtud de un delito ó un cuasidelito. ¿Podrá el tercero obrar como mandante? No, pues éste no está ligado por los actos que el mandatario hace sin poder. El tercero no tendrá, pues, ninguna acción; trató con la esperanza de que el mandante ratificaría; la prudencia le aconsejaba no tratar más que ba-

jo la condición de dicha ratificación; si se comprometió sin condición alguna trató, en realidad, á sus riesgos, y tiene que sufrir las consecuencias de su imprudencia. (1)

47. ¿Quién debe probar que el mandatario puso en conocimiento de la persona con quien trató la insuficiencia de sus poderes? La cuestión de saber si el tercero tenía ó no conocimiento del mandato es muy importante, como lo acabamos de decir (núms. 45 y 46). Cuando el mandatario ha traspasado los límites de su mandato el tercero que conocía la extensión de sus poderes no tiene ninguna acción contra el mandatario ni contra el mandante; mientras que la tiene contra el mandatario si éste no le dió á conocer suficientemente sus poderes. Y también es importante saber quién debe ministrar la prueba de este hecho, si el mandatario ó el tercero. En nuestro concepto hay que aplicar los principios generales que rigen la prueba, puesto que la ley no los deroga. Y toca á quien alega un hecho el probarlo. Según esto debe decirse con Delvincourt que la prueba está á cargo de del tercero que sostiene no haber tenido conocimiento suficiente del mandato. Este es, en efecto, el que obra, ya sea contra el mandante, ya contra el mandatario. Ordinariamente promoverá contra el mandante, puesto que es con éste con quien entendió tratar; el mandante, si no quiere ratificar el acto, se limitará á contestar que no está ligado, habiendo el mandatario excedido su poder. Establecido este hecho el tercero tendrá que promover contra el mandatario; pero sólo tendrá acción contra él con la condición de que el mandatario le haya dejado ignorar los límites de su mandato; este es el fundamento de la demanda del tercero contra el mandatario; luego tiene que probarla.

1 Tarrille, Informe núm 9 [Loché, t. VII, p. 379]. Casación, 21 de Agosto de 1843 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 305). Sentencia del Tribunal de Lieja, 23 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1851, 5, 351).

En principio el tercero no tiene acción contra el mandatario que trató como tal; sólo puede promover contra él cuando el mandatario traspasó su mandato sin advertir al tercero; luego toca al tercero probar que esta condición de su acción existe. Hay, además, otra consideración en favor de esta opinión. Se admite como principio que el que contrata con una persona debe informarse de su capacidad; por la misma razón el que trata con un mandatario debe informarse de la extensión de su poder, pues el tercero sabe que si el mandatario traspasa los límites de sus poderes no tendrá acción alguna; debe, pues, antes de tratar, pedir que el mandatario le enseñe su poder, y negarse á tratar mientras no tenga conocimiento de este documento. Si no lo hace comete una imprudencia, y aquel que comete una imprudencia sufre la pena. De ahí se sigue que es justo poner á cargo del tercero el cargo de la prueba.

Se puede objetar que el mandatario tiene culpa también en no enseñar su poder al tercero cuando traspasa los límites de su mandato, y que por sólo que trata como mandatario el tercero debe suponer que permanece dentro de sus poderes. Esto es verdad. Pero no hay que olvidar que el hecho alegado por el tercero es dudoso; el tercero pretende que no conocía el poder, el mandatario sostiene que lo conocía. Hay contestación: ¿quién debe probar el hecho litigioso? Esto no es ya una cuestión de culpa; puede haber culpa, imprudencia ó negligencia por una y otra parte. Es una cuestión de prueba; es, pues, necesario aplicar los principios que rigen las pruebas. Los autores dicen que la solución depende de las circunstancias. (1) Esto nos parece difícil de admitir. ¿No es confundir dos órdenes de ideas diferentes que en esta materia se presentan: la culpa imputable á las partes y la prueba? Puesto que se trata de una

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 651, nota 11, pfo. 415. Pont, t. I, p. 518, número 1057.

cuestión de prueba hay que concluir que las reglas acerca de la prueba deben prevalecer.

No conocemos sentencias que hayan decidido la cuestión de principio; los tribunales parecen sentenciar de hecho y según las circunstancias de la causa. La Corte de Douai puso la prueba á cargo del mandatario y lo condenó porque no justificaba haber dado conocimiento de sus poderes al tercero. (1) Pero la Corte no motiva esta decisión, y una sentencia no motivada no tiene ninguna autoridad.

48. Hay un segundo caso en el que el mandatario que traspasa sus poderes está obligado para con los terceros: es cuando se somete personalmente á la garantía por todo cuanto hace fuera de su mandato. Estos son los términos del art. 1997. Esto supone que el tercero sabe que los límites del mandato han sido traspasados; no quiere tratar, á no ser que el mandatario responda para el caso en que el mandante se negara á ratificar lo que aquel hace fuera de su mandato. El mandatario se hace fuerte por el mandante; es decir, que si el mandante no ratifica el mandatario se obliga á ejecutar lo pactado. Poco importa la forma en la que se obligue el mandatario siempre que quede establecido que se obligó personalmente. El mandatario encargado de un préstamo para su mandante declara en el recibo que da al prestamista que promete pagarle la suma prestada en tal época. Fué sentenciado que resultaba de estos términos que el mandatario estaba personalmente obligado con el tercero. El recurso contra esta decisión fué desechado por motivo de que la sentencia atacada había interpretado la intención de las partes según las expresiones del acta; y esta interpretación no puede nunca ser sometida á la censura de la Corte de Casación porque es pura cuestión de hecho. (2)

1 Denegada, 11 de Abril de 1831 (Dalloz, palabra *Mandato*, núm. 309, 2.º)

2 Douai, 12 de Noviembre de 1840 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 305, 1.º)

Estas cuestiones de hecho tienen sus dificultades, y los intérpretes sólo las aumentan maquinando presunciones que la ley ignora y que los jueces no pueden admitir más que en los casos en que la prueba testimonial es admisible. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* que, según Pothier, se debe presumir fácilmente que aquel que ofreció el hecho de un tercero no sólo entendió ofrecer el hecho ajeno sino que entendió hacerse responsable de lo que hará el tercero. La Corte de Limoges se prevaleció de esta doctrina muy contestable para inducir que el marido que había declarado obrar en su nombre personal tanto como en el de su mujer, de la que se decía mandatario, estaba obligado personalmente por esta declaración aunque sostuvo que no era mandatario y que no había respondido por su mujer. (1) En el caso no se trataba de un mandato que traspasase los límites de su poder, puesto que la existencia del mandato estaba contestada; se trataba, pues, de saber si el que promete el hecho de un tercero se presume fácilmente, como dice Pothier, haber respondido. En nuestro concepto hay que apartar las presunciones que imaginó la doctrina y decidir la cuestión según los documentos y conforme á los principios de la prueba. Trasladamos á lo dicho acerca del art. 1120 en el título *De las Obligaciones* (t. XXV, número 543). El art. 1997 supone que el mandatario se obliga en el caso en que exceda los límites de sus poderes. Esta es la hipótesis en la que el tercero está más interesado en que el mandatario se obligue con él, puesto que no tendrá acción contra el mandante si éste se niega á ratificar lo que el mandatario ha hecho fuera de su mandato. Pero nada impide al tercero estipular el compromiso personal del mandatario aun que éste no pase el límite de sus poderes. El tercero puede tener más confianza en el mandatario que en el mandante; y es obvio decir que puede estipular la

1 Limoges, 25 de Marzo de 1846 (Daloz, 1848, 2, 32).

garantía del mandatario; sea á título de caucionante, sea como dador, tiene entonces dos deudores y dos acciones principales: una contra el mandante, otra contra el mandatario. En este caso puede también presentarse una dificultad de hecho: ¿se ha comprometido el mandatario ó no se ha comprometido personalmente? El mandatario encargado de un negocio insiste que se haga á la voluntad del mandante; ¿indican estas premisas un compromiso? No decimos que se deba presumir que el mandatario no se compromete personalmente aun que esta presunción sea bastante natural por parte del mandatario, que generalmente habla en nombre del mandante. A nadie se puede presumir obligado; toca, pues, al tercero probar que el mandatario se obliga con él. La cuestión se ha presentado en un contrato de reemplazo hecho por el intermedio de un mandatario; se ha juzgado que el mandatario que había tomado la iniciativa de la negociación al comprometer al tercero á tratar había también prometido ejecutar los compromisos contraídos en nombre del mandante; esta última circunstancia era decisiva, puesto que la promesa de ejecutar implica un compromiso personal. (1)

49. Hay una garantía que no debe ser estipulada: la de la existencia del mandato. Si el mandatario obra como tal se obliga á dar acción al tercero contra el mandante, en nombre del que habla; garantiza, pues, que hay un mandante y, por consecuencia, un mandato. Esto es un compromiso personal que no hay necesidad de que se estipule expresamente. Se ha dicho que en este caso había cuasidelito y aun delito, más que una obligación convencional. (2) Es verdad que en apariencia no hay contrato, pero en realidad existe una convención tácita, como acabamos de decirlo; no se pue-

1 Denegada, 10 de Agosto de 1831 y 19 de Enero de 1832 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 309, 4.º)

2 Pont, t. I, p. 549, núm. 1058.

de estipular ó prometer como mandatario sin reconocer que hay un mandato. La jurisprudencia, como ya lo dijimos, amenudo confunde los cuasidelitos con las obligaciones convencionales. Esta confusión se encuentra también en nuestro asunto. Una persona vende un terreno en calidad de mandatario; quiere en seguida anular la venta por motivo de que no era ni mandatario ni propietario. El juez que anuló la venta reservó al adquirente la acción de indemnización que resultaba de la calidad falsa tomada en el contrato. La Corte de Grenoble, en la que se hizo la demanda, comenzó por sentar en principio que todo contratante debe la garantía de su calidad; esta garantía es esencia de la convención; por tanto, es un compromiso convencional. Después la Corte añade que el pretendido mandatario, al estipular como tal y al prometer la ejecución de la venta por él consentida, se había sometido á la reparación del daño que resultaba de lo que no se decía en el mandato como á la reparación de los daños y perjuicios causados por su hecho (1) no es el caso para aplicar el art. 1382, puesto que el cuasidelito supone la ausencia de todo compromiso contractual, y en la especie había un doble compromiso: la garantía de la calidad del mandatario y la promesa de ejecutar la venta. Desde luego se debía dejar á un lado al art. 1382. No es una disputa de palabras; nos trasladamos en cuanto á los principios á lo dicho en el título que trata *de los compromisos que se forman sin convención*.

SECCION II.—De las obligaciones del mandante con relación al tercero.

50. En los términos del art. 1998 «el mandante está obligado á ejecutar los compromisos contraídos por el mandatario conforme al poder que se le haya dado.» El Relator de

1 Grenoble, 1.º de Marzo de 1845 (Daloz, 1848, 2, 32). Compárese Brusel, 26 de Enero de 1870 (Pasicrisia, 1870, 2, 46).

Tribunado dice muy bien que el mandatario no hace más que representar al mandante cuando contrata en su nombre, concluyendo que la convención liga al mandante de un modo tan completo como si hubiese asistido en persona á la redacción del contrato. (1) Es preciso decir más: es realmente el mandante el que habla en el contrato, es él quien promete y estipula; el art. 1998 se expresa incorrectamente al decir que el mandante está obligado á ejecutar los compromisos contraídos por el mandatario; éste no contrae ningún compromiso, es el mandante el que se obliga por su intermediario; ejecuta, pues, su propio compromiso al ejecutar los contratos en los que el mandatario ha figurado en su nombre. Esta es la consecuencia del principio que domina esta materia: el mandatario es el representante del mandante. (2)

Para que el mandante esté obligado con los compromisos contraídos por el mandatario se necesita, dice, el artículo 1998, que el mandatario haya obrado conforme al poder que se le haya dado. Esto implica dos condiciones. Primera: que el mandatario haya obrado como tal, después que lo haya hecho en el límite de su mandato. Se necesita que el mandatario haya obrado en esta calidad. Si no ha hecho conocer su calidad de mandatario, si ha tratado en su nombre personal, estará obligado personalmente y, por contra, el mandante no lo estará. La razón es que este último no ha contratado en este caso, pues que no ha sido en su nombre en el que se hizo el contrato; no ha consentido, pues, y nadie está obligado sin haber consentido; el contrato le es ajeno, no está ligado con relación al tercero que trató con el mandatario, y el tercero no está ligado con él. Se necesita, en segundo lugar, que el mandatario haya obrado en el límite de sus derechos; si se excede en su poder deja de

1 Terrible, Informe núm. 17 (Loché, t. VII, p. 382).

2 Véase el tomo XXVII de estos Principios, núm. 6.

de estipular ó prometer como mandatario sin reconocer que hay un mandato. La jurisprudencia, como ya lo dijimos, amenudo confunde los cuasidelitos con las obligaciones convencionales. Esta confusión se encuentra también en nuestro asunto. Una persona vende un terreno en calidad de mandatario; quiere en seguida anular la venta por motivo de que no era ni mandatario ni propietario. El juez que anuló la venta reservó al adquirente la acción de indemnización que resultaba de la calidad falsa tomada en el contrato. La Corte de Grenoble, en la que se hizo la demanda, comenzó por sentar en principio que todo contratante debe la garantía de su calidad; esta garantía es esencia de la convención; por tanto, es un compromiso convencional. Después la Corte añade que el pretendido mandatario, al estipular como tal y al prometer la ejecución de la venta por él consentida, se había sometido á la reparación del daño que resultaba de lo que no se decía en el mandato como á la reparación de los daños y perjuicios causados por su hecho (1) no es el caso para aplicar el art. 1382, puesto que el cuasidelito supone la ausencia de todo compromiso contractual, y en la especie había un doble compromiso: la garantía de la calidad del mandatario y la promesa de ejecutar la venta. Desde luego se debía dejar á un lado al art. 1382. No es una disputa de palabras; nos trasladamos en cuanto á los principios á lo dicho en el título que trata *de los compromisos que se forman sin convención*.

SECCION II.—De las obligaciones del mandante con relación al tercero.

50. En los términos del art. 1998 «el mandante está obligado á ejecutar los compromisos contraídos por el mandatario conforme al poder que se le haya dado.» El Relator de

1 Grenoble, 1.º de Marzo de 1845 (Daloz, 1848, 2, 32). Compárese Brusel, 26 de Enero de 1870 (Pasicrisia, 1870, 2, 46).

Tribunado dice muy bien que el mandatario no hace más que representar al mandante cuando contrata en su nombre, concluyendo que la convención liga al mandante de un modo tan completo como si hubiese asistido en persona á la redacción del contrato. (1) Es preciso decir más: es realmente el mandante el que habla en el contrato, es él quien promete y estipula; el art. 1998 se expresa incorrectamente al decir que el mandante está obligado á ejecutar los compromisos contraídos por el mandatario; éste no contrae ningún compromiso, es el mandante el que se obliga por su intermediario; ejecuta, pues, su propio compromiso al ejecutar los contratos en los que el mandatario ha figurado en su nombre. Esta es la consecuencia del principio que domina esta materia: el mandatario es el representante del mandante. (2)

Para que el mandante esté obligado con los compromisos contraídos por el mandatario se necesita, dice, el artículo 1998, que el mandatario haya obrado conforme al poder que se le haya dado. Esto implica dos condiciones. Primera: que el mandatario haya obrado como tal, después que lo haya hecho en el límite de su mandato. Se necesita que el mandatario haya obrado en esta calidad. Si no ha hecho conocer su calidad de mandatario, si ha tratado en su nombre personal, estará obligado personalmente y, por contra, el mandante no lo estará. La razón es que este último no ha contratado en este caso, pues que no ha sido en su nombre en el que se hizo el contrato; no ha consentido, pues, y nadie está obligado sin haber consentido; el contrato le es ajeno, no está ligado con relación al tercero que trató con el mandatario, y el tercero no está ligado con él. Se necesita, en segundo lugar, que el mandatario haya obrado en el límite de sus derechos; si se excede en su poder deja de

1 Terrible, Informe núm. 17 (Loché, t. VII, p. 382).

2 Véase el tomo XXVII de estos Principios, núm. 6.

ser mandatario; no puede tratarse de representar al mandante en un negocio que éste no ha encargado al mandatario; el mandante no ha consentido en ser representado, luego no lo es. Pero puede aprobar lo que el mandatario ha hecho en su nombre, aunque sin poder. Y se dice que la ratificación equivale al mandato, es un consentimiento dado después que el mandatario ha hecho sin poder; la ratificación hace de poder.

I. De los actos hechos por el mandatario en el límite de sus poderes.

Núm. 1. Cuando el mandatario trata en nombre del mandante.

51. La regla es ésta: el mandatario trata en esta calidad. Es su deber. El mandante lo ha encargado de hacer una cosa para él y en su nombre (art. 1894); ha aceptado este encargo; está, pues, obligado á ejecutarlo. Es de su interés pues si no habla en nombre del mandante si no trata en su nombre propio estará obligado y no fues esta su intención; para ser fiel á su compromiso no puede ni aun tener esta intención, pues que falta á la obligación que ha contraído al tratar en su nombre en vez de en el de su mandante; si fiel á su mandato trata en nombre del mandante esto está considerado como si tratara y trata realmente por medio del mandatario; él es el que estipula ó promete. Luego está directamente obligado con lo que hace el mandatario: el hecho de esto es el del mandante. La jurisprudencia consagra este principio (1) y se admira uno de que la jurisprudencia haya sido llamada á consagrarlo, puesto que la ley lo dice (art. 1998) y esto es de esencia del mandato. Nos limitaremos á citar un ejemplo. El notario recibe como mandatario el precio de una venta; libera al deudor. El vende-

1 Denegada 6 de Febrero de 1822 Dalloz, en la palabra *Prescripciones* número 1040, 2.º)

dor promueve contra el comprador; se le oponen los actos del mandatario que comprueban la liberación al adquirente. En vano, dice la Corte de Lieja, el vendedor protestaba contra la fuerza probante y el efecto de las actas liberatorias; desde que procedían del mandatario, y esto estaba comprobado, podían oponerse al mandante. (1) Esta es la aplicación de nuestro principio: el hecho del mandatario es el del mandante.

52. De aquí resulta una consecuencia muy importante: que el mandatario no es un tercero en el sentido del artículo 1328. Las actas que tienen fecha cierta con relación al mandatario tienen por esto mismo fecha cierta respecto al mandante, puesto que el mandatario es el mandante y los actos del primero son los del segundo. Bien entendido que la fecha del acta se refiere á una época en que aún existía el mandato, pues el mandatario no puede ya representar al mandante si deja de ser mandatario. (2) Tomaremos un ejemplo de la jurisprudencia. Todas las disposiciones relativas á la prueba dan lugar á contestaciones. En la especie no hay ninguna duda, lo que no impide que haya numerosas sentencias acerca de la materia.

Unos hijos dan poder á su madre, coheredera con ellos, para administrar los bienes de la sucesión de su padre y especialmente para arrendar los inmuebles. El mandato dado en 1826 fué revocado el 22 de Octubre de 1832 por dos de los hijos, provocando la partición. La casa habitada por la viuda y en la que explotaba un comercio de abarrote fué licitada y adjudicada á los dos hijos que habían revocado el mandato. Pretendieron entrar inmediatamente en goce, conforme al cuaderno de cargos, cuando se presentó un adquirente del fondo del comercio, portador de un contrato

1 Lieja, 31 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2. 223).

2 Corte de Casación de Bélgica. 16 de Marzo de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 1. 79).

de arrendamiento privado de la cosa licitada. El acta estaba fechada el 24 de Septiembre de 1832, pero no había sido registrada sino el 17 de Diciembre del mismo año, vispera de la licitación. Los adjudicatarios sostuvieron que el arrendamiento era nulo, como consentido posteriormente á la revocación del mandato. Declarado nulo por el primer juez fué mantenido por bueno y válido por la Corte de Rennes. Había una primera dificultad: ¿había la viuda consentido el arrendamiento como heredera ó como mandataria? La Corte decidió que como mandataria. Quedaba por saber si el arrendamiento consentido antes de la revocación del mandato, pero en acta privada, que no adquirió fecha cierta sino hasta después de la revocación, podía ser opuesta á los mandantes que habían revocado el mandato. La Corte juzgó que el mandatario estaba obligado con todos los actos de su mandatario; que, por consiguiente, la fecha cierta respecto al mandatario era también cierta con respecto al mandante. Recurso de casación por violación del art. 1328. La Corte de Casación decidió que el mandatario no era un tercero respecto del mandante. (1) Esta es la jurisprudencia. La Corte de Bourges dice muy bien que el mandante y el mandatario no son legalmente más que una persona, de modo que las actas privadas subscriptas por el mandatario hacen fe respecto al mandante como si éste las hubiera subscripto, y realmente las ha firmado, puesto que habla y escribe en el contrato por intermedio del mandatario. (2)

53. Aun hay otra disposición en la que la palabra *terceros* da lugar á una dificultad. En los términos del art. 1321 las contraletas, válidas entre las partes contratantes, no tienen efecto contra los terceros. El mandatario suscribe

1 Denegada, 19 de Noviembre de 1854 (Daloz, en la palabra *Mandato*, número 402, 3.º)

2 Bourges, 25 de Enero de 1843 [Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 240. 2.º) Compárense las otras sentencias que Daloz relata en el núm. 402.

una contraletra: ¿puede oponerse al mandante? Si se admite el principio como lo acabamos de formular conforme al texto del Código la afirmativa es cierta. El mandante está considerado como si subscribiera la contraletra si el mandatario tenía el derecho de subscribirla. Esto decide y aun evita la cuestión. La Corte de Burdeos lo juzgó así en la siguiente especie. El mandante entregó al mandatario una obligación subscripta en su favor con comisión de hacer el cobro; el poder se dió bajo forma de cesión y, por consiguiente, el mandatario, considerado como cesionario respecto á los terceros, tenía pleno poder como propietario del crédito de disponer de él. Este es el caso del mandatario prestanombre, del que trataremos. El mandatario percibió el crédito por el valor nominal de 65,000 francos y dió recibo de esta cantidad, pero una contraletra redactada el mismo día comprobaba que por forma de transacción no se había pagado más que la cantidad de 40,000 francos. El mandante sostuvo que la contraletra no se le podía oponer, lo que significaba que era un tercero respecto del mandatario; pretensión insostenible que la Corte condenó por motivo de que el mandante estipulaba y consentía por medio del mandatario; era, pues, parte en la contraletra y no tercero. (1)

54. ¿El principio de que los actos del mandatario lo son del mandante se aplica á las faltas que comete el mandatario en la ejecución de su mandato? Hablamos de las faltas convencionales, comprendiendo el dolo. En cuanto á la falta llamada *aquiliana* se aplica el art. 1384, en virtud del cual el comitente está obligado al daño causado por el dependiente en las funciones en las que ha sido empleado. Esta materia se trató en el capítulo *De los compromisos que se forman sin convención*. En cuanto á las faltas que el mandatario comete en la ejecución del mandato se debe mantener

1 Burdeos, 25 de Julio de 1826 (Daloz, en la palabra *Mandato*, número 402, 4.º)

el principio de que el mandante se identifica con el mandatario; es él quien se considera como culpable de la falta y aun del dolo de que es autor el mandatario. Al primer golpe de vista choca la consecuencia: ¿es que el mandante da poder de faltar á sus compromisos y practicar maniobras fraudulentas? La objeción no toma en cuenta la situación de las partes que están comprometidas en el debate. Hay terceros en causa; la cuestión es saber quién debe cargar la responsabilidad de las faltas y del dolo de que es culpable el mandatario: ¿son los terceros con los que ha tratado ó el mandante que ha dado el poder de tratar? En derecho la respuesta no es dudosa, y la equidad está de acuerdo con el derecho. A los terceros víctimas de la falta y del dolo no se les puede hacer ningún reproche; han tratado con el mandatario á consecuencia de la confianza que les inspiraba el mandante; es éste el que les dijo que podían tratar con seguridad con el hombre que habían elegido; si el mandatario traiciona esta confianza los terceros no deben cargar con la consecuencia, no hay un ápice de razón para ello. Al único á quien se puede imputar una falta es al mandante; hizo una mala elección é indujo á los terceros á tratar con un hombre que no merecía su confianza. Esta es la razón por la que el art. 1384 declara al comitente responsable del daño que éste causó en el ejercicio de su ministerio. Hay igual razón para declararlo responsable del daño que causa en la ejecución de su mandato.

La jurisprudencia está en este sentido. Citaremos una sentencia de la Corte de Casación que responde á una objeción de texto que puede hacerse á nuestra opinión. Los liquidadores de una sociedad piden contra cuatro compañías de seguros una suma de 106,662 francos como indemnización de pérdidas sufridas por dicha sociedad en un incendio. Los primeros jueces comprobaron de hecho que dichos liquidadores habían hecho unas declaraciones fraudu-

lentas exagerando á ciencia el monto del siniestro y suponiendo destruidos por el fuego objetos que no se encontraban en las construcciones incendiadas y aun mercancías que habían sido vendidas antes ó después del incendio. Según los estatutos de las compañías estos fraudes arrastraban la pérdida de la indemnización á que tenían derecho los asegurados. Nació entonces la cuestión de saber si la sociedad estaba obligada por el dolo de los liquidadores. Estos eran verdaderos mandatarios y la afirmativa era, pues, segura, si se admite el principio que acabamos de establecer. Tal fué también la decisión de la Corte de París y en el recurso la la Camara de Requisiciones pronunció una sentencia de denegada. El recurso fué sostenido por un hábil abogado, Pablo Fabre, cuyo talento lo elevó á las altas funciones de Procurador General en la Corte de Casación. Sostuvo que al declarar al mandante responsable del dolo del mandatario la sentencia atacada había violado el art. 1998. No se debe confundir, dice, al liquidador con el gerente de una sociedad. El gerente representa á la sociedad de un modo absoluto; la sociedad responde hasta de su dolo, pues los terceros que contratan con él tratan con la sociedad que se identifica con su gerente; mientras la sociedad existe los terceros sólo conocen al gerente; todo cuanto hace es, pues, obra de la sociedad. No puede decirse otro tanto del liquidador; este sólo es un simple mandatario, al que debe aplicarse el art. 1998, según el cual el mandante no está obligado por lo que el mandatario hizo fuera de su mandato, y el liquidador que hace declaraciones falsas sobrepasa su mandato, pues la asamblea general que lo nombró no le dió seguramente mandato para hacerlas. Estas declaraciones mentirosas son, por el contrario, una infracción al mandato; luego el mandatario obró fuera de su mandato y, por tanto, el mandante no está obligado. La Corte responde que el mandante es responsable de la elección que hizo; no

puede desechar las consecuencias del dolo y de la mala fe de su mandatario en los terceros de buena fe víctimas de sus maquinaciones. (1) Esto es en substancia lo que hemos dicho para justificar la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado.

55. Hay otra consecuencia del mismo principio. El mandatario representa al mandante en justicia; suponemos que tiene este derecho. ¿Se pregunta si la sentencia liga al mandante y si la condena pronunciada contra el mandatario puede ser ejecutada contra el mandante? La afirmativa está admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. (2) No es el mandatario que está condenado, es el mandante representado por el mandatario. Esto es decisivo.

56. El art. 1998 dice que el mandante está obligado á los compromisos que el mandatario ha contraído conforme al poder que le fué dado; no lo está por lo que hizo más allá de su mandato. Ya hemos tratado la cuestión de principio. (3) Da lugar á numerosas dificultades. Pothier establece una regla de interpretación que puede ayudar al juez para decidir: «Para que el mandatario obligue al mandante para con aquel con quien contrató basta que el contrato que hizo con él esté encerrado en el poder que produjo, aunque el mandatario, por razones desconocidas del tercero, haya excedido su poder.» Pothier da un ejemplo que toma de la vida real. Se trataba del apoderado de una corporación religiosa encargado de pedir prestada una suma que Pothier supone de 300 libras, pues no cita el hecho tal cual pasó. El mandatario, después de haber hecho un primer préstamo, hizo un segundo y luego un tercero, presentando siempre su poder. Contratava en virtud de un mandato aparen-

1 Denegada, 14 de Junio de 1847. [Dalloz, 1847, 1, 335]. En el mismo sentido, denegada, Cámara Civil, 13 de Abril de 1842 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 1059).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 650 y notas, pfo. 415.

3 Véase el tomo XXVII de estos *Principios*, núms. 406-444.

te que bastaba para validar, para con los terceros, los préstamos que hacía. (1) Se ve por la aplicación que Pothier da de su principio que es, en realidad, una consecuencia de la regla general que domina la materia: el mandante responde de la ejecución del mandato aunque esté manchado de dolo, pues en el caso había dolo. En el conflicto entre los terceros de buena fe, á los que no hay ninguna culpa que reprochar, y el mandante que dió su confianza á un mal hombre, el derecho y la equidad se pronuncian contra el mandante culpable de imprudencia.

57. Cuando el mandatario, provisto de un poder que le da un mandato aparente, trata con terceros en fraude del mandante, éste no deja por esto de quedar obligado para con los terceros. Esto supone que éstos son de buena fe, pues es por razón de su buena fe por lo que tienen acción contra el mandante. Si son de mala fe, es decir, si saben que el mandatario abusa de un poder aparente y que en realidad no lo tiene, ya no pueden tener acción, pues ésta se fundaría en un dolo. Fué sentenciado en este sentido que una venta hecha por el mandatario fuera de su mandato y de complicidad con el comprador puede ser anulada. La redacción de la sentencia deja que desear; en el fondo la decisión se justifica por los principios que acabamos de establecer. (2) Hay otra sentencia de la Corte de Casación que se separa de los verdaderos principios. Un mandatario encargado de comprar hace donación del inmueble á un tercero. Se juzgó que el mandante no tenía acción de reivindicación. Sin duda si el tercero donatario había sido de buena fe no podía haber sido vencido en juicio; pero en la especie parece que el tercero sabía que el mandatario abusaba de su mandato; validando la venta en interés de un

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 89, seguido por los autores modernos.

2 Denegada, 8 de Marzo de 1825 (Sirey, 1826, 1, 20). Pont, t. I, p. 555, número 1065.

tercero la Corte le hizo una excepción fundada en su dolo, lo que es contrario á todo principio. En el recurso la Cámara de Requisiciones pronunció una sentencia de denegada. (1)

58. Se debe ir más lejos y decidir que si el error de los terceros que han tratado de buena fe puede imputarse á su negligencia no tiene derecho á prevalecerse de ella contra el mandante. Se necesita que su buena fe sea completa para que tengan acción contra el mandante cuando realmente no hubo mandato. ¿Y puede decirse que el tercero es de buena fe si ha podido y debido saber que el mandatario sobrepasaba su poder? Pero aquí nace una cuestión muy delicada: ¿cuándo es imputable el error á los terceros? Citaremos una sentencia de la Corte de Orleans que nos deja alguna duda.

Una póliza de seguro estaba redactada en una hoja impresa que contenía los estatutos de la compañía que interesan á los asegurados, y el acta comenzaba con estas palabras: "Después de tener conocimiento de los estatutos de la *Providencia agrícola* y de las cláusulas impresas en las primeras dos páginas, declaro adherirme y pido ser admitido en el número de los miembros de dicha sociedad." Los asegurados pagaron su prima al agente; ocurrió un accidente y la acción de los asegurados fué desechada porque había contrariado los mismos estatutos, de los que, conforme al acta, tenían conocimiento. Si realmente habían tomado conocimiento de los estatutos hubiera habido mala fe en el sentido lato de la palabra, pues habían tratado con un mandatario que se excedía en sus poderes sabiendo que los excedía. (2) ¿Pero las primicias de la póliza de seguro no eran

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1839 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 249, 3.º]. Pont, t. I, p. 556, núm. 1065.

2 Orleans, 12 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 21). Pont (t. I, página 556, núm. 1066) aprueba la decisión.

una de esas cláusulas rutinarias que mencionan lo que el redactor debiera hacer más bien que lo que ha hecho? ¿No se hubiera debido admitir á los terceros á probar que en realidad no conocían los estatutos? ¿Quién es el asegurado que toma la precaución de leer los estatutos, amenudo muy enredados, de las compañías de seguros? Había, pues, error excusable y, por tanto, buena fe.

59. La correspondencia telegráfica ha dado lugar á una cuestión más difícil. Un telegrama decía que el mandatario podía vender á 139 francos; vende á 140; se encuentra que la minuta, mal interpretada, tenía la cifra de 165 francos. El mandante negó á cumplir el trato como tenía derecho á hacerlo; el mandatario no podía ser perseguido, puesto que el despacho teleográfico constituía el mandato en virtud del cual estaba autorizado á obrar. El tercero perjudicado habría debido tener una acción contra los telegrafistas, á los que se les podía imputar el error, y conforme al derecho común de los arts. 1382 y 1383 hubieran tenido una acción, pero por excepción á estos principios la administración del telégrafo no es responsable. De modo que en definitiva los terceros estaban sin acción. Se dice que esta solución es inadmisibles, puesto que resultaría que los terceros, aunque de buena fe, serían víctimas de un error que les era completamente ajeno; lo que es contrario á los mismos principios que acabamos de enseñar. (1) En nuestro concepto la decisión de la Corte de Amiéns es exacta; los terceros, aunque de buena fe, no pueden tener acción contra el mandante aunque éste pruebe que no ha dado poder al mandatario para tratar; en realidad no hay mandato, es la administración telegráfica la que por ignorancia ó imprudencia ha inducido á las partes al error; ella solamente debería ser res-

1 Amiéns, 11 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1859, 2, 147). Compárese Pont, t. I, p. 556, núm. 1066; Aubry y Rau aprueban la decisión (t. IV, p. 651 y nota 3, pfo. 415).

ponsable y no lo es. Resulta que todo trato hecho en virtud de un despacho telegráfico es condicional en el caso que el telegrama no fuese la reproducción exacta de la minuta; el trato depende de la ratificación del mandante. Es una mala solución bajo el punto de vista de los terceros, pues que éstos estarán á merced del mandante, el que ratificará ó no según que la mercancía baje ó suba. Los terceros pueden al menos estipular que tampoco estarán obligados si el despacho es inexacto.

Núm. 2. Cuando el mandatario trata en su nombre propio.

60. Se supone que el mandatario, á la vez que queda en los límites de su mandato, trata en su nombre propio con los terceros sin decir que obra como mandatario. ¿Cuál será el efecto de esta convención? Un primer punto es cierto; habiendo el mandatario hablado en su nombre estará ligado respecto al tercero con el que ha contratado como si no hubiese mandato; ha prometido; está, pues, obligado. La Corte de Bruselas lo juzgó así en una especie en que el mandatario encargado de comprar carbón hizo la compra sin dar al vendedor conocimiento de su calidad; la Corte lo condenó á pagar. Este es un caso bastante singular. La intención del mandatario era, en efecto, la de tratar en nombre del mandante; no tenía, pues, voluntad de obligarse y, sin embargo, estaba obligado. Esto es que de hecho estaba obligado personalmente respecto al tercero; éste tenía, pues, el derecho de atenerse al consentimiento aparente del comprador. (1)

61. Hay un segundo punto que es igualmente cierto: que el mandatario, aunque trata en su nombre, queda obligado con su mandante, á menos que renuncie al mandato. En tanto que el mandato subsiste el mandatario está obligado á

1 Bruselas, 23 de Mayo de 1827 (Pasicrisis, 1827, p. 188). Compárese dene-gada, Cámara Civil, 8 de Mayo de 1872 [Daloz, 1872, 1, 348].

ejecutarlo; luego cuando trata con un tercero, aunque en su nombre, está considerado como haber tratado en interés del mandante y haber hecho lo que estaba encargado. La Corte de Bruselas lo juzgó así en el caso siguiente. Queriendo unos comisionistas domiciliados en Francia establecerse en Bruselas encargaron á un mandatario que les alquilara una casa propia para su negocio. El mandatario arrendó una casa en su nombre; después dió aviso á sus mandantes del arrendamiento de la casa, agregando que se reservaba tres piezas en la casa arrendada. Cuatro años más tarde el mandatario, calificándose de locatario principal, dió aviso á los comisionistas de desocupación. Estos sostuvieron que eran los únicos y verdaderos arrendatarios. La correspondencia de las partes establecía el mandato y la ejecución que el mandatario le había dado. Poco importaba que el arrendamiento hubiese sido hecho en nombre del mandatario, éste no pudo alterar los derechos y obligaciones que nacen del mandato. Los comisionistas invocaban la autoridad de Pothier, quien enseña el principio como lo hemos formulado, aplicándolo al mandato de comprar. «Si, dice, encargué á alguien comprarme una casa el mandatario que aceptó el mandato y que compró y recibió tal casa debe entregármela aunque la hubiese comprado en su nombre.» La Corte de Bruselas acogió esta defensa que el primer juez había desechado. «Aunque, dice, el mandatario hubiera contratado en su nombre propio con el propietario de la casa está obligado hacia los mandantes á prestarles todos los derechos y acciones que adquirió en dicho contrato de arrendamiento; no puede, pues, sin contravenir á sus obligaciones, quitarle el goce de la cosa que se encargó arrendarle.» (1)

62. ¿Cuáles son en esta hipótesis las relaciones del man-

1 Bruselas, 28 de Enero de 1820 (Pasicrisis, 1820, p. 30). Pothier *Del mandato*, núm. 59.

dante en los terceros? No hay ninguna liga entre el mandante y los terceros, puesto que éstos no han tratado con él; éste, siendo extraño á la convención, no puede prevalecerse de ella contra los terceros, así como éstos no pueden prevalecerse de ella contra él. Sin embargo, el mandante tiene un medio de procurarse una acción contra los terceros; pueda promover contra el mandatario, el que está obligado á prestarle, como dice la Corte de Bruselas (núm. 61), todos los derechos y acciones que tiene contra los terceros. Lo puede, pues, obligar á cederle sus derechos y acciones ó á hacerse subrogar á los derechos del mandatario contra los terceros con los que éste ha tratado. (1) Esta cesión ó subrogación no debe ser confundida con el derecho que el art. 1166 da á todo acreedor para ejercer las acciones de su deudor. Siendo ejercitada la acción del art. 1166 en nombre del deudor el beneficio que resulta se divide entre todos los acreedores del deudor, mientras que el mandante tiene en virtud de la cesión ó de la subrogación el derecho que hubiera tenido si el mandatario hubiera tratado, como debía hacerlo, en nombre del mandante. Esto es muy justo, pues á consecuencia del mandato es como el mandatario adquirió los derechos y acciones contra los terceros; la equidad exige, pues, que el mandante lo aproveche con exclusión de los demás acreedores del mandatario.

La jurisprudencia está en este sentido; sin embargo, la redacción de las sentencias deja que desear. «Visto, en derecho, que si las actas hechas por un mandatario en el asunto de su mandante pueden obligar á éste aunque el mandatario haya obrado en su propio nombre esta regla no debe recibir su aplicación más que cuando la calidad de mandatario es segura.» (2) No es exacto decir que el mandante

1 Durantón. t. XVIII, p. 262, núms. 261 y 262. Aubry y Rau, t. IV, página 652, pfo. 415.

2 Denegada, 17 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 58).

está obligado por los actos que el mandatario hace en su nombre propio; enunciada en términos tan absolutos la proposición es una verdadera herejía jurídica. ¿Cómo podría el mandante estar obligado cuando no ha consentido y que nadie ha consentido en su nombre? Lo que sí es verdad es que el mandato está ejecutado entre el mandante y el mandatario; el mandante puede, en consecuencia, hacer que le cedan las acciones del mandatario contra el tercero con quien éste ha contratado. Se admite también que los terceros pueden hacerse ceder los derechos del mandatario contra el mandante y, por consiguiente, los acreedores del tercero pueden promover en virtud del art. 1166. Vamos á volver á este punto (núm. 63). Es con estas restricciones como puede decirse que el mandante está obligado aunque el mandatario obre en su propio nombre.

Hay una sentencia posterior de la Cámara de Requisiciones que dice precisamente lo contrario de lo que dice la sentencia que acabamos de citar. «Visto que si es verdad que el mandatario que trata en su nombre propio sin declarar los poderes en virtud de los que obró sólo se obliga y no da á los terceros con quienes ha tratado ninguna acción contra el mandante, es igualmente incontestable que la sentencia atacada no lastima este principio.» (1) Esto también es muy absoluto. En principio la Corte tiene razón; el tercero no tiene acción directa contra el mandante, pero la tiene indirecta, como lo acabamos de explicar.

63. Las relaciones indirectas que se establecían entre el mandante y los terceros cuando el mandatario ha obrado en nombre propio suscitan una cuestión más difícil. Se supone que el mandante aprovecha la convención que intervino entre el mandatario y los terceros, lo que sucede regularmente, puesto que el mandatario tiene que prestar al mandante las acciones y derechos que adquiere como tal. ¿En

1 Denegada, 4 de Noviembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 35).

este caso los terceros tendrían la acción llamada *de in rem verso*? La Corte de París ha sentenciado la afirmativa en un caso en que el mandatario había hecho ejecutar en su nombre propio trabajos que aprovechaban al mandante; condenó al mandante á pagarlos por motivo de que si no pagaba se enriquecía á expensas ajenas; este es el fundamento de la acción *de in rem verso*. (1) Esto nos parece dudoso. La acción *de in rem verso* supone una gerencia de negocios; es decir, una liga entre el gerente y el dueño de quien gira los intereses; pero falta uno y otro de los elementos requeridos para que haya un cuasicontrato de gerencia; en este caso se da al gerente una acción fundada en la equidad, acción en virtud de la cual puede pedir que el dueño lo indemnice hasta concurrencia de lo que se enriqueció. Y en el caso, no hay apariencia de una gestión de negocios. Un tercero trata con el mandatario, tiene contra éste una acción en virtud del contrato; además, puede hacer que el mandatario le dé la acción contra el mandante. Si se admite que tenga este derecho la acción *de in rem verso* se hace inútil. Pero se puede contestar sosteniendo que el mandatario sólo se obliga á una cosa: es á ejecutar lo que ha contratado; si por razón de este compromiso tiene una acción contra el mandante nada le obliga á ceder esta acción al tercero. En el rigor de los principios esto es verdad, pero de hecho el mandatario consentirá voluntariamente en ceder sus acciones contra el mandante, puesto que esto es un medio de librarse para con los terceros. Lo seguro es que la acción directa del tercero contra el mandante es imposible, pues no hay acción sin liga de obligación. El tercero tendría, en todo caso, contra el mandante la acción del artículo 1166; pero esta acción es poco favorable. Quizá sea esta la razón por la que la Corte de París dió al tercero la acción *de in rem verso*.

1 París, 6 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1854, 5, 433).

§ II.—DE LOS ACTOS DEL MANDATARIO QUE PASAN
LOS LIMITES DE SU MANDATO.

64. ¿Cuál es el efecto de estos actos respecto del mandato? Los autores están unánimes en responder que dichos actos no existen para él. Esta es la aplicación del principio elemental consagrado por el art. 1165: «Las convenciones no tienen efecto más que entre las partes contrayentes; no perjudican ni aprovechan á los terceros.» Y el mandante es un tercero en cuanto á las convenciones que el mandatario ha consentido fuera de su poder; no habla directamente y ni figura como representado por el mandatario, puesto que éste no tiene el derecho de representarlo fuera de su mandato. Se sigue que estas convenciones no tienen ningún efecto para con él, tanto como no tiene cualquiera, la de un tercero. El mandante no está obligado á pedir la nulidad de lo que el mandatario ha hecho sin poder; no se pide la nulidad de lo que no existe; y la convención ajena al mandato no existe respecto al mandante; puede rechazarla en cualquiera época en que se le oponga. (1)

Hay una sentencia en este sentido, pero levanta una dificultad. Un mandatario, que tenía poder para ceder los derechos de su mandante en la sucesión paterna, hizo cesión á otro además de sus derechos maternos; y la madre vivía aún; de modo que la decisión era inexistente por dos motivos: primero, como hecha sin poder; después, como pacto sucesorio. Se juzgó que el vicio que tenía una de las cesiones contagiaba á la otra, por razón de que eran indivisibles habiendo sido hechas por un mismo y solo precio. Esto no es exacto; la unidad de precio no arrastra la indivisión de dos ventas muy distintas; basta una ventilación para fijar el precio de las dos ventas, y en la especie era una muy fácil, puesto que una de las sucesiones, que estaba abierta,

1 Durantón, t. XVIII, p. 261, núm. 260, y todos los autores.

se podía inventariar ó establecer la consistencia para las demás pruebas legales. La Corte agrega que siendo nula la cesión de derechos paternos habría lugar á ver si la nulidad la cubría la prescripción de diez años. En el sistema de la Corte, que consideraba esta venta como nula, la decisión es exacta. Resultaba una diferencia entre la cesión de la herencia paterna y la materna; siendo ésta inexistente el vicio no se podía cubrir con ninguna confirmación; mientras que siendo la cesión de la herencia paterna solamente nula la confirmación era posible y, por consiguiente, el vicio se cubría con la prescripción de diez años, que es una confirmación tácita. (1)

65. La ley permite al mandante ratificar lo que el mandatario ha hecho fuera de su poder. ¿Qué cosa es esta ratificación y en qué difiere de la confirmación del art. 1338? Ratificar en el sentido del art. 1998, es consentir aprobando el acto que el mandatario ha hecho sin poder. El consentimiento dado después del acto equivale al poder dado antes del acto. En este sentido se dice que la ratificación equivale al mandato. Hay una diferencia esencial entre la ratificación y la confirmación, y también hay analogía, como lo diremos en lo de adelante. La confirmación supone una convención que está viciada; la parte contratante que tuvo el derecho de promover en nulidad en razón de este vicio renuncia y con esto tapa el vicio ó lo desvanece él; por consecuencia, la convención se vuelve plenamente válida, como si jamás hubiera existido el vicio. La ratificación no se hace por una de las partes contratantes, se hace por un tercero, el mandante; entre las partes y el mandatario y el tercero la convención es válida, pero es ajena al mandante, no le perjudica ni le aprovecha; sin embargo, puede ratificarla, aprobando lo que el mandatario ha hecho sin mandato. La ratificación supone, pues, la existencia de un

1 Corte de Apelación de Saboya, 8 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 242).

mandato que el mandatario ha extralimitado, suple lo que faltaba al poder del mandatario; el consentimiento dado después de hecho el acto por el mandatario está considerado como haber sido dado antes del acto que el mandatario ha hecho; este consentimiento todo lo vuelvo válido.

Aun hay una diferencia entre la ratificación y la confirmación en lo relativo á la prueba literal de estos dos hechos jurídicos. El art. 1338 prescribe formalidades especiales que deben llenarse, bajo pena de nulidad, por las partes que redactan un escrito de la confirmación; si el acta no ha sido redactada en estas formas, es nula, no habrá prueba literal. ¿Las formas del art. 1338 deben ser observadas cuando las partes redactan una acta de ratificación? No, porque estas formas suponen la existencia de un vicio que debe ser desvanecido y una acción en nulidad á la que renuncia la parte interesada. Y en este caso de ratificación no hay ni vicio ni acción en nulidad. Es un simple consentimiento; basta, pues, con que el mandante declare en el acta que aprueba, que consiente, que ratifica, para que el acta de ratificación sea válida como prueba literal.

La jurisprudencia y los autores confunden muchas veces la confirmación y la ratificación, y, se debe decir, la culpa es del legislador; el art. 1338, que es el sitio de la materia, llama indiferentemente *ratificación y confirmación* lo que en realidad es las dos cosas, una confirmación. Traducamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, páginas 613-619). La Corte de Casación casó una sentencia que había aplicado á la ratificación del mandante las reglas que el art. 1338 establece para la validez de la confirmación (1) y la Corte de Casación de Bélgica se ha pronunciado en el

1 Casación, 26 de Diciembre de 1815 (Dalloz, en la palabra *Abogado*, número 405, 1.º) Compárese denegada, Cámara Civil, 3 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 148).

mismo sentido. (1) Pero la jurisprudencia olvida algunas veces los principios y la confusión aparece hasta en las decisiones de la Suprema Corte. Esto complica la materia, difícil por sí sola.

66. Hé aquí una especie en la que la Corte ha aplicado el art. 1998 cuando se trataba de una verdadera confirmación regida por el art. 1338. Una mujer dió á su marido poder por el que le confería hacer todos los préstamos, obligando á su mujer como deudora solidaria, con hipoteca de sus bienes. El marido tomó una suma de 10,000 francos con estipulación de solidaridad y subrogación en la hipoteca legal de su mujer. Después nuevo préstamo, siempre con subrogación. Habiéndose vendido los bienes del marido la mujer contestó en el orden que se abrió la colocación del primer prestamista, arguyendo la nulidad del poder en virtud del cual el préstamo se había contratado; el prestamista contestó que la mujer había tácitamente aprobado el préstamo y la subrogación. ¿Era este el caso del art. 1338 ó el del 1998? Había un mandato y el marido no había extralimitado este mandato; el préstamo se había tomado en ejecución del mandato y la hipoteca se había consentido en virtud del poder general que se había conferido al marido. Pero el préstamo era nulo. Así como las garantías hipotecarias (2) todos estos actos estaban viciados por la incapacidad de la mujer, que no se podía cubrir más que por una autorización especial judicial. La mujer podía, en verdad, confirmar los préstamos tomados por el marido, pero para esto se necesitaría autorización especial. En todo caso no era una ratificación hecha por un mandante cuando el mandatario se excede en sus poderes. Luego el art. 1998 estaba fuera de causa; la constitución debía ser decidida

1. Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 6 de Enero de 1857 [Pasicrisia, 1857, 1, 78].

2. Véase el tomo XXVII de estos Principios, núm. 413-416.

por los principios que rigen la confirmación. Se juzgó, al contrario, que el mandato de tomar prestado era nulo y que el poder no valía sino para la administración de los bienes: de aquí concluyó la Corte que había exceso de mandato. ¡Rara argumentación! El préstamo y la hipoteca no son actos de administración sino de disposición; no se trataba, pues, de un mandato de administración. El poder era nulo y los actos hechos en virtud del mandato estaban heridos de la misma nulidad. ¿Por qué? Porque la mujer es incapaz y que su incapacidad no puede cubrirse más que por una autorización especial. Luego se trataba de una acta variada, y, por tanto, para que pudiera llegar á ser válida el acta debería haber sido confirmada conforme á las reglas que expusimos en el título *De las Obligaciones*; el art. 1998 estaba fuera de causa. ¿Qué dice la Corte? «Los hechos de la causa hacen conocer que lejos de pedir la nulidad de los actos hechos en virtud del poder la mujer los ha ejecutado voluntariamente y con pleno conocimiento de causa; en esto se ha satisfecho á lo que pide el art. 1998.» (1) La Corte enreda y confunde todos los principios. Invoca el art. 1998 y ha comenzado por decir que la mujer había descuidado pedir la nulidad de los actos litigiosos. ¿Es que en el caso del art. 1998 el mandante pide la nulidad de los actos por los que el mandatario se ha excedido en sus poderes? La doctrina y la jurisprudencia contestan unánimemente (número 64); los actos del mandatario que pasan de su poder no existen respecto al mandante; no se puede pedir la nulidad. En realidad los actos eran nulos; la mujer podía promover en nulidad, podía también renunciar este derecho y confirmar los actos. Pero cuando se trata de confirmar no se debe citar el art. 1998 y decir que los actos, que pueden ser confirmados satisfagan lo que el art. 1998 exige para la validez de la confirmación esto es un contrasentido.

1. Angérs, 26 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 53).

67. Hay, sin embargo, una analogía entre la ratificación y la confirmación, lo que explica y excusa el error de los tribunales que las confunden. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya confirmación ó ratificación? Ya expusimos cuáles son las condiciones exigidas para la validez de la confirmación. Dos de estas condiciones son comunes á la ratificación. El que confirma debe conocer el vicio que tiene el acto y tiene la intención de reparar este vicio renunciando el derecho que tiene de pedir la nulidad. Sucede lo mismo con el que ratifica, salvo que no trate de cubrir un vicio que no hay, ni de renunciar á una acción en nulidad que no existe; el mandante debe siempre saber que el mandatario ha pasado sus poderes y en qué los ha sobrepasado, y se necesita que su intención sea aprobar lo que hizo de extralimitado. Si el mandante ignora que el mandatario se haya excedido en su poder no se puede tratar de ratificar, y el mandante puede también saber que el mandatario se ha extralimitado en su poder sin tener la intención de aprobar lo que ha hecho. Es la intención de aprobar lo que es la esencia de la ratificación, como es la intención de reparar el vicio la esencia de la confirmación.

La jurisprudencia está en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Gante: "Para poder deducir de un hecho cualquiera del mandante la prueba de que éste ha ratificado la gerencia de su mandatario se necesita que esté claramente establecida; que al sentar este hecho conozca la culpa ó imprudencia de su mandatario; en otros términos, que este hecho haya sido sentado con pleno conocimiento de causa y de este modo con la intención evidente de ratificar lo que ha sido hecho. A falta de esta prueba el mandante está considerado como no haber dado curso á los actos de su mandatario nada más que porque ignoraba los vicios y no puede, por consecuencia, presumirsele haber querido renunciar el derecho que le pertenecía de pedir la

reparación del daño que debía resultarle." (1) La sentencia formula bien el principio de la ratificación, pero la Corte está equivocada al hablar de los vicios; esta expresión supone una obligación *nula*; y cuando el mandatario se extralimita de su poder al contratar el contrato es más que nulo, no existe con respecto al mandante. No es exacto que el mandante, al ratificar, renuncie el derecho que tiene de promover en daños y perjuicios; hay un interés mayor: el de repudiar todo lo que el mandatario ha hecho más allá de sus poderes; es este derecho el que renuncia al ratificar. No había consentido y se decide á consentir.

La Corte de Casación de Francia también se expresó de una manera inexacta confirmando una sentencia que estaba mal redactada. Se trataba de una ratificación pretendida que se inducía del silencio que había guardado el mandante. La sentencia atacada dice que, para que hubiera *ratificación*, se necesitaría encontrar en la causa *todas las condiciones* del art. 1338, lo que es un error manifiesto. Lo que la Corte quería decir es que, en el caso, el mandante no tenía conocimiento de los actos irregulares hechos por el mandatario; esto bastaría para que la ratificación fuese imposible y era, por lo menos, inútil citar el art. 1338. Recurso de casación. La Corte se apropia el lenguaje inexacto de la sentencia atacada. Bastaba decir, como lo ha hecho, que para que hubiese ratificación se necesitaba que el mandante tuviese conocimiento de los actos hechos en su nombre por el mandatario; lo que implica que el mandante sepa que el mandatario se ha excedido en sus poderes. Era inútil agregar: como lo exige el art. 1338 para la ratificación de las obligaciones; (2) esto es más que inútil, es inexacto, pues el art. 1338 es completamente ajeno á la ratificación hecha

1 Gante, 14 de Junio de 1850 (Pasierisia, 1850, 2, 223).

2 Denegada, 17 de Julio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 460). Compárese denegada, 15 de Febrero de 1876 (Daloz, 1876, 1, 246).

por un mandante; no habla más que de la confirmación de los actos nulos.

68. La analogía que existe entre la ratificación y la confirmación da lugar á otra dificultad. Es de principio que no se pueden confirmar los actos inexistentes: no se puede confirmar la nada. ¿Sucede lo mismo con la ratificación? El acta que el mandante ratifica existe en el sentido de que reúne las condiciones requeridas por las convenciones entre el mandatario y el tercero; pero esta acta no existe con respecto al mandante porque no ha sido representado, puesto que se supone que el mandatario se ha extralimitado á su mandato. El mandante consiente después y es este consentimiento lo que hace valer el acto. Daremos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia.

Un diligenciario encargado de recibir el pago de una deuda consintió la subrogación en favor de un tercero que la pagó. Esto era sobrepasar su poder. El acreedor no le había dado poder para subrogar. Pero el acreedor recibió el dinero que había sido entregado por el tercero al mandatario con condición de subrogación; ratificó con esto lo que había sido hecho y, por consiguiente, la subrogación se hacía válida á su respecto. (1) La subrogación consentida por el diligenciario no era válida porque no tenía el poder de consentirla, pero no se puede decir que fuese inexistente, puesto que el diligenciario estaba obligado con el tercero en el caso previsto por el art. 1997. Hay, sin embargo, una hipótesis en la que el acta no produce ningún efecto: cuando el mandatario ha dado al tercero un conocimiento suficiente de su mandato; en este caso el mandatario no está obligado y el mandante tampoco; el acta está incompleta, falta el consentimiento y esta falta la hace inexistente entre las partes que han figurado en ella como también con respecto al mandante. Si el mandante no ratifica jamás ha

1 Denegada, Cámara Civil, 7 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 155).

habido convención; ésta tiene existencia sólo por la ratificación.

El mandatario de una sociedad recibe la subscripción de los accionistas; quiebra la sociedad; el subscriptor se niega á dar el monto de las acciones por motivo de que la subscripción es nula al no tener el mandatario poder suficiente. Esta defensa no fué admitida. Suponiendo, dice la Corte, que hubiese insuficiencia de poder sucede siempre que el trato ha sido aceptado y ratificado por el mandante; desde luego ha habido convención perfecta desde el momento en que ha sido consentida. (1)

69. En los ejemplos que acabamos de dar se trata de un mandatario que trató en nombre del mandante, pero excediendo el límite de sus poderes. Tal es también la hipótesis prevista por la ley. El art. 1998 supone que hay un mandato y que el mandatario ha obrado fuera de sus poderes obrando así no obliga á su mandante; éste no está obligado más que cuando ratifica lo que se le ha hecho fuera del mandato. ¿Qué se debe decir si no hay mandato? El que ha obrado en nombre de una persona no tenía ningún poder; ¿hay en este caso lugar á la ratificación? Nó; si se atiene uno al texto del Código la ratificación implica un mandato que se ha sobrepasado, y en la especie no hay mandato, no hay nada; esto es á la letra la nada. La convención no podrá formarse más que por un nuevo concurso de voluntades, mientras que la ratificación retrotrae al día del contrato.

El caso se ha presentado en la especie siguiente. Compra de tres fincas en favor de un propietario de Gante por una persona que no tenía ningún poder para comprar. Estaba estipulado que más tarde se formaría una acta de venta en toda forma. El comprador demandó al vendedor por haber sido condenado á redactar acta de venta ante el notario y

1 Denegada, 14 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 258).

que á falta de no haber redactado esta acta el demandante no dejaba de ser propietario de los bienes adquiridos en su nombre. El demandado contestó que no había venta por falta de consentimiento. Esta defensa, desechada por la primera instancia, fué acogida en apelación. El comprador no tenía poder de aquel por quien había declarado comprar; la venta no se había, pues, podido formar porque no había comprador; en efecto, el que figuraba en el acta de compra por su cuenta no consentía, pues, y aquel en cuyo nombre había comprado no había consentido; desde luego no había contrato ni entre las partes que figuraban en el acta, puesto que no querían contratar, ni entre el vendedor y el tercero, puesto que los terceros no consentían. Cuando el propietario dió su consentimiento promovido contra el vendedor éste se negó á consentir, y tenía el derecho porque no estaba ligado por ninguna convención ni por una promesa de vender, puesto que la promesa no había sido hecha al propietario sino á una persona sin poder. (1)

Queda una duda. Cuando hay un mandato y que el mandatario lo sobrepasa la ley admite la ratificación; sin embargo, en tanto que el mandatario sobrepasa los límites de su mandato no tiene el derecho de consentir, y si hace conocer sus poderes al tercero con el que trata no hay realmente ninguna convención por falta de consentimiento. Sin embargo, el art. 1998 admite la ratificación cuando el mandatario ha extralimitado su mandato sin distinguir si el mandatario está ligado con el tercero ó no lo está. Si la ratificación es posible cuando el mandatario no está ligado ¿por qué no lo será cuando el que trata no tiene ningún mandato? Ambas hipótesis parecen idénticas; en uno y en otro caso no hay mandato. La respuesta es que en el caso en que no hay ningún mandato no hay nada que ratificar porque no hay ni mandante ni mandatario; mientras que en

1 Gante, 30 de Enero de 1835 (Pasicrisia, 1835, 2, 38).

el caso previsto por el art. 1998 existe un mandato; el mandatario tenía el derecho de obrar en los límites de su poder, el mandante puede completar el poder que le ha dado ratificado.

Esta es la teoría de la ley que no nos parece jurídica. En nuestro concepto la ratificación propiamente dicha, igualmente que la confirmación, supone un acto existente, y en el caso en que el mandatario ha excedido su poder sin obligarse él mismo no hay ninguna convención por falta de consentimiento, lo mismo que si una persona trata con otra sin poder ninguno. En uno y en otro caso el contrato no está formado por falta de consentimiento, y no puede formarse sino por un nuevo consentimiento del tercero concurriendo con el consentimiento del que no dió el poder. La cuestión es de importancia en razón de los efectos de la ratificación. Es de principio que la ratificación retrotrae porque equivale al mandato, mientras que el consentimiento nuevo dado en ausencia de un mandato no retrotrae.

70. El art. 1998 dice que el mandante puede ratificar expresa ó tácitamente. Esta es la aplicación del derecho común. Ratificar es aprobar ó consentir y toda manifestación de voluntad puede ser expresa ó tácita. La ratificación expresa implica la existencia de un consentimiento dado de palabra, poco importa que sea verbal ó escrito; el escrito sirve de prueba, puesto que la ratificación no es un acto solemne, lo mismo que el mandato que reemplaza. La ratificación tácita resulta de un hecho que necesariamente supone la voluntad de consentir. Hemos dicho muchas veces que el consentimiento tácito no es un consentimiento presumido. Se necesita, pues, para que haya ratificación tácita que el hecho del mandante, del que se la pretende inducir, no pueda ser interpretado de otro modo que por la voluntad que tiene de ratificar lo que el mandatario ha hecho fuera de su poder.

Hé aquí un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Una viuda administra los bienes abandonados por su marido, con consentimiento tácito de sus hijos. Dió el terreno en arrendamiento por más de nueve años. Esto era extralimitar sus poderes de mandatario general. No podía hacer más que actos de administración; y los arrendamientos que pasan de nueve años no se consideran como actos de administración, la ley los coloca, al contrario, en la misma línea que los actos de disposición, prohibiendo á los que tienen la administración legal consentir arrendamientos por mucho tiempo. Después de la muerte de la viuda los arrendamientos fueron atacados por los hijos; los arrendatarios contestaron que los hijos habían ratificado los actos irregulares hechos por la madre. La madre había dejado á sus hijos los bienes que provenían de la sucesión de su marido; los hijos, por su parte, estaban obligados á pagar á su madre una renta vitalicia y la habían descargado de toda cuenta que debiera rendir de su gerencia. Resultaba claramente de esta convención, de su espíritu y de sus términos, dice la Corte de Gante, que los hijos habían entendido aprobar y ratificar todo lo que su madre había hecho durante su gerencia. El acta de partición que se hizo entre los hijos con concurso de su madre confirmaba plenamente esta interpretación; en efecto, el bien arrendado á largo plazo se puso, en lo que correspondía á uno de los hijos, con mención del arrendamiento litigioso y del término por el que había sido contratado. Era una ratificación tácita. (1)

71. El consentimiento tácito siempre da lugar á dificultades de hecho. Sucede lo mismo con la ratificación tácita. Se pregunta si el silencio del mandante, después que ha tomado conocimiento del acto irregular del mandatario, basta para que haya ratificación. Los autores no se conforman con el silencio simplemente; en efecto, guardar silencio no

1 Gante, 24 de Febrero de 1843 (Pasicrisia, 1843, 2, 193).

es decir ni sí ni nó. La doctrina exige que el que guarda silencio haya sido impedido por algún acto que le imponía la necesidad de explicarse. (1) Esto es muy justo en teoría, pero de hecho las circunstancias de la causa ejercen una gran influencia en la decisión del juez. La jurisprudencia se muestra menos rigurosa, los jueces sufren la influencia de los hechos, y en nuestra materia esta influencia es muy legítima, puesto que la ratificación es una cuestión de hecho.

Una municipalidad, copropietaria de un canal, quiso servirse de él para conducir las aguas á un pantano que le pertenecía; el canal de derivación debía pasar por un terraplén que dependía de un dominio ribereño; el alcalde se dirigió al gerente y le ofreció á su elección el valor de esta parte del terreno ó el cambio; ¡se trataba de 25 francos! El gerente declaró que consentía en el cambio; la municipalidad tomó posesión y comenzó los trabajos. La propietaria, una marquesa, se opuso y demandó á la municipalidad pidiendo, á lo que fué condenada, restablecer el local á su estado primitivo. El primer juez después de haber ordenado una pericia para comprobar si realmente los trabajos causaban un grave perjuicio á la propiedad se pronunció en favor del municipio. Apelación. La marquesa declaró que en todo caso se oponía al cambio, no teniendo su gerente poder para consentir; lo que en derecho estricto era verdad, puesto que el cambio era un acto de enajenación y un administrador no puede enajenar. Pero la marquesa ó su consejero habían olvidado que una ley que derogaba el Código Civil autorizaba el paso de las aguas de que tiene el derecho de disponer en los fundos limítrofes con cargo de una justa y previa indemnización; de este modo la única cosa que le fué permitido combatir se refería á la indemnización que debía reclamar. ¿Tenía el mandatario el derecho de consentir esta convención? La Corte contestó que se trata-

1 Troplong, *Del mandato*, núm. 612, y las autoridades que cita.

ba menos de una enajenación que de un acto de administración. Agrega que el interés era muy pequeño; la propiedad completa del terreno por donde deberían pasar las aguas valía sólo 25 francos. Este es el caso para decir que *de minimis non curat prator*. Pero dudamos que la Corte de Casación hubiese admitido el adagio romano. La Corte se apoyó en la ratificación tácita de la marquesa. No podía ignorar la convención hecha en su nombre, y lejos de atacarla desde el principio como una usurpación á su derecho de propiedad la había en *algún modo sancionado* por el silencio que había guardado, ya en su memorial á la prefectura, ya en su requisición á breve lazo, ya en su demanda de introducción á instancia, ya hasta en sus conclusiones cuando la sentencia que ordenaba la experticia. No fué sino después de la experticia cuando vió que á su acción en daños y perjuicios le faltaba la base que levantaba la cuestión de propiedad y que desaprobó su gerente. Pero para desaprobarlo se necesitaba conocer los términos del mandato que le había dado; y la marquesa se negaba obstinadamente á producirlos. Recurso de casación por violación de los arts. 1988 y 1989. La Cámara de Requisiciones la desechó fundándose en la ratificación de la marquesa. La sentencia atacada declaraba que no había podido ignorar el acto verificado por su mandatario, y esta declaración era soberana. Concluyendo de esto, en *atención á las circunstancias que constan*, que el silencio guardado por la marquesa había implicado ratificación de los actos del mandatario; la Corte de Montpellier no había hecho más que aplicar el artículo 1998 y, por consecuencia, no podía violarlo. (1) Se ve que la Corte no se conforma con el silencio guardado por el mandante; tiene cuidado de añadir que el silencio con relación á las circunstancias valía por ratificación. Esta es, pues, una cuestión esencialmente de hecho.

1 Denegada, 4 de Junio de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 441).

72. La ratificación desempeña un gran papel en las convenciones hechas por los dependientes. Es una cuestión muy controvertida la de saber si tales convenciones deben, para ser válidas, ser aprobadas por los comitentes. La solución depende ante todo de la extensión del mandato; si éste no se explica acerca del poder del mandatario el juez lo debe determinar según las circunstancias de la causa; de manera que el mandato y la ratificación se convierten en una cuestión de hecho. La cuestión pertenece al derecho comercial, puesto que el mandato es comercial; nos limitamos á citar una sentencia de la Corte de París. En la especie el dependiente viajero había vendido 500 pipas de vino; el patrón se negó á sostener el trato. Sucedia siempre que el mandatario era portador de los precios corrientes de su casa; la Corte de París concluyó que estaba autorizado á hacer las ventas por su cuenta. No se podría admitir que el comprador estuviese comprometido cuando el vendedor no lo estuviera; esto sería permitir á aquél desbaratar el trato cuando la mercancía bajase; esto fué lo que sucedía en el caso; la Corte condenó al vendedor á 5000 francos de daños y perjuicios. (1)

En el sistema de la Corte de París no há lugar á la ratificación sino cuando el dependiente viajero la ha reservado en razón de la importancia del pedido. Nació entonces la cuestión de saber cuándo hay ratificación. Aquí el silencio del comitente es decisivo: se necesita que apruebe ó desapruebe el contrato. Como lo dice muy bien la Corte de Rouen la convención no puede quedar en suspenso sino durante el tiempo necesario para que el trato se haga del conocimiento del patrón y pueda ser aprobado ó desaprobado por él; no se podría admitir que el comitente pudiese negarse á explicar durante un tiempo indefinido y quedar así dueño de conservar ó romper la convención según que le

1 París, 20 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 16).

fuera ventajosa ó desfavorable. Esto es decir que el silencio que guarda el vendedor durante este tiempo basta para que la venta esté aprobada. (1)

73. ¿Cuál es el efecto de la ratificación? Hay un primer efecto en el que no hay ninguna duda. El acta hecha por el mandatario fuera de sus poderes no liga al mandante por que no la consintió. Quedará ligado si la ratifica; esto es lo que dice el art. 1998. «El mandante no está obligado por lo que pudo haber sido hecho más allá más que cuando ratifica expresa ó tácitamente.» La ratificación cubre las irregularidades cometidas por el mandatario; puesto que el mandante las aprueba, el mandatario se considera haber obrado con consentimiento de su comitente; y se entiende que el mandante no tiene ninguna acción contra el mandatario por reparación del daño que puede haberle causado la irregularidad, excepto si reserva estos derechos cuando ratifica. La ratificación dada sin reservas pone al mandatario al abrigo de toda acción por daños y perjuicios.

¿La ratificación consentida por el mandante cubre también al mandatario para con los terceros? Fué sentenciado que el mandatario no puede ya ser demandada por los terceros por razón del acta que hubiera hecho fuera de sus poderes. (2) El mandatario que traspasa los límites de su mandato sin dar á conocer sus poderes al tercero con quien trata está obligado á la garantía por lo que hace más allá (art. 1997); esto supone que el tercero no tiene ninguna acción contra el mandante; la ley declara *garante* al mandatario; es decir, responsable de esta falta de acción. Si el mandante ratifica el tercero tiene acción contra él; desde luego no puede tratarse de garantía; es decir, de responsabilidad. Fuera de otro modo si el mandatario se hubiera

¹ Rouen, 3 de Julio de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 201).

² Nimes, 10 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 5, 351). Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 651 y nota 9, pfo. 415.

comprometido personalmente para con el tercero éste tendría entonces dos acciones principales: una contra el mandatario y otra contra el mandante. La acción que el artículo 1998 concede al tercero contra el mandatario no es una acción principal, es una acción de garantía fundada en que por culpa del mandatario el tercero no tiene acción contra el mandante. Si éste ratifica el tercero puede obrar contra el mandatario; desde luego no puede ya tratarse de una garantía.

Puede suceder que el mandante ratifique el acta para con los terceros. ¿Puede invocarse esta ratificación por el mandatario? Nó, éste no puede prevalecerse de lo que pasa entre el mandante y los terceros; luego queda obligado á la ejecución del mandato; la ratificación puede no compensar al mandante del perjuicio que sufrió por el hecho del mandatario, y se comprende que éste debe reparar el daño que causó al mandante faltando á sus compromisos.

74. Se enseña generalmente que la ratificación produce también otro efecto muy considerable: es que retrotrae al día del mandato, cuando menos entre el mandante y el mandatario, no retrotrae en perjuicio de los terceros. Hemos supuesto hasta aquí que esta retroacción es un principio en el que no hay ninguna duda. En efecto, se admite como un axioma que la ratificación equivale al mandato; lo que implica que se confunde con él y que produce sus efectos á partir del mandato. (1)

En nuestro concepto esto es muy contestable. Se concibe que la confirmación retrotraiga, el art. 1338 lo dice implícitamente. La obligación confirmada existía antes de la confirmación; produce todos los efectos de una obligación válida, puesto que la parte que tenía derecho de pedir su anulación no había obrado; y por la confirmación ésta renuncia el derecho de promover la nulidad; desde luego la

¹ Pont, t. I, p. 562, núm. 1075.

obligación se vuelve plenamente válida en este sentido: que continúa produciendo sus efectos sin que pueda ser anulada por rigor del vicio que tiene; este vicio está borrado; la obligación se considera como válida desde el principio, á reserva de los derechos de terceros.

No sucede así con la ratificación; cuando un mandatario obra sin poder, traspasando los límites de su mandato, no se efectúa convención; el mandatario no está obligado porque no trató en su nombre propio, y el mandante tampoco lo está porque el mandatario no tenía derecho de tratar en su nombre. La convención que interviene entre el mandatario y el tercero es, pues, inexistente porque no hay convención sin consentimiento. Cuando después el mandante ratifica ¿qué sucede? Consiente, y este consentimiento es el que engendra la convención, la que hasta entonces no existía. Es, pues, una convención mera la que se forma; y las convenciones sólo tienen efecto desde el día en que interviene el consentimiento. ¿Por qué había de suceder de otro modo con la convención que se forma por la ratificación? Los principios no justifican seguramente la retroacción; esto ni siquiera se concibe; ¿puedo estar obligado cuando no ha consentido? Esto es imposible. ¿Decide acaso la ley que la convención ratificada tiene efecto desde el día en que la consintió el mandatario? Nó, la ley no dice esto, y su silencio es significativo. Cuando se trata de la confirmación la ley decide implícitamente que retrotrae; y es porque la confirmación retrotrae por su esencia por lo que la ley ha creído deber disponer que la retroacción no perjudicaba los derechos de terceros. Al hablar de la ratificación la ley se contenta con decir que el mandante *está obligado* por lo que se hizo más allá del mandato, cuando ratifica; no dice desde cuándo está obligado, no dice que la ratificación no perjudica los derechos de terceros. Concluimos del silencio de la ley que no hay re-

troacción, pues en el caso la retroacción sería una verdadera ficción, puesto que habría una convención en un momento en que no había consentimiento; y no hay ficción en la ley.

75. La cuestión no fué nunca discutida ante los tribunales y los autores tampoco la discuten. Sólo enseñan, y esto es de jurisprudencia, que la retroacción de la ratificación no perjudica los derechos de los terceros. (1) Acerca de este punto no podría haber duda; la ley respeta siempre los derechos adquiridos y no permite que los particulares los ataquen; debe, pues, decirse de la ratificación, suponiendo que retrotraiga, lo que la ley dice de la confirmación; esto es la aplicación de un principio general; la ley tiene por objeto resguardar los derechos adquiridos; por esto es que el artículo 2 dispone que no retrotrae. Es, pues, imposible que la ratificación retrotraiga; se necesitaría para ello una disposición expresa, y la ley ni siquiera dice que la ratificación retrotrae. Volveremos á estos principios y á las dificultades á que dan lugar al explicar la Ley Hipotecaria.

§ III.—DEL MANDATARIO PRESTANOMBRE.

76. Se llama *prestanombre* en materia de contrato á aquel que aparentemente tiene los derechos del propietario en una cosa mientras que en realidad sólo es mandatario. Hay una acta pública, tal como una cesión, una venta, por la que una de las partes transfiere á otra la propiedad de una cosa ó de un derecho; y una contraletra ó convención secreta comprueba que el pretendido adquirente sólo es un mandatario. ¿Cuáles son los efectos del mandato dado bajo esta forma? Hay que distinguir las relaciones entre el mandante y el mandatario y las relaciones de las partes para con los terceros.

1 Pont, t. I, p. 563, núm. 1075.

Entre las partes es la verdadera convención la que prevalece á la convención aparente; ésta sólo es una ficción, mientras que la convención secreta es la verdadera; y las partes contratantes están obligadas por la verdad y no por la ficción. Para con el vendedor aparente el adquirente aparente sólo es, pues, un mandatario; sus derechos y obligaciones serán regidos por la ley del mandato.

No pasa lo mismo para con los terceros. Es de principio que para con éstos las convenciones secretas que derogan una convención patente no producen ningún efecto; esto es lo que la ley llama una contraletra; y según el art. 1321 las contraletras no tienen efecto para con los terceros, lo que significa que para con éstos las contraletras no existen. Luego para con los terceros el mandato es como si no existiera; por tanto, aquel que en realidad sólo es un mandatario tendrá los derechos que le da su título aparente. Si es una cesión se le considerará como propietario para con los terceros y podrá válidamente hacer todos los actos de disposición, aunque estos actos traspasasen los límites del mandato que recibió bajo forma de cesión. Todo cuanto resultará de la inejecución del mandato es que el mandante tendrá acción contra él, pero éste no tendrá ninguna contra los terceros; no podría obrar más que probando, en virtud de la convención secreta, que el cesionario aparente sólo es un mandatario; y la convención secreta no puede ser opuesta á los terceros. Fué sentenciado, por aplicación de estos principios, que el portador de una letra de cambio puede reclamar su pago en nombre propio aunque sólo sea puesta á nombre del endosante precedente; es propietario aparente en virtud del endose; por tanto, puede ejercer los derechos de endosante. (1)

77. ¿Son aplicables estos principios cuando los terceros

1 Denegada, 2 de Enero de 1828 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, número 29, 2.º]

que tratan con un prestanombre conocen su calidad de mandatario? Se lee en una sentencia de la Corte de Casación: «Cuando el mandante ha constituido á su prestanombre dueño absoluto de la casa para con los terceros importa poco que el tercero con el que este último trate en su nombre tenga conocimiento de su calidad de prestanombre; esta circunstancia no podía ejercer ninguna influencia en los derechos y obligaciones que nacen del contrato; habiéndose el acta verificado fuera de la presencia del mandante que hizo permanecer extraña en ella éste no puede prevalecerse de ella así como no puede ser invocada contra él.» (1) Esto implica que aquel que constituye un mandato bajo la forma de prestanombre tiene la intención de que las relaciones entre el mandatario y los terceros se fijen por el acta aparente, y que sólo hay mandato entre él y el prestanombre; de modo que el mandato, aun conocido por el tercero, está como no existir para con él. Tal puede ser, en efecto, la intención de aquel que hace una cesión aparente; da por esto un poder al cesionario para obrar como tal para con los terceros. Pero como el cesionario aparente es en realidad mandatario nace la cuestión de saber en qué calidad entiende tratar el tercero con él cuando sabe que el pretendido cesionario sólo es un mandatario. ¿Es el acto aparente el que prevalecerá aunque el tercero sepa que no es más que una acta aparente? Se supone que el cesionario ha tratado con esta calidad y que el tercero ha aceptado esta calidad aparente. En este caso debe decirse con la Corte de Casación que el acta aparente fija las relaciones del prestanombre con el tercero apesar del conocimiento que éste tenía de la realidad de las cosas.

Hay, sin embargo, un motivo de duda; si el prestanombre hace lo que no tenía el derecho de hacer como mandatario ¿será válida el acta? ¿No puede decirse que los terce-

1 Denegada, 25 de Enero de 1864 [Dalloz, 1864, 1, 282].

ros son de mala fe? En la doctrina consagrada por la Corte de Casación se aparta la cuestión de buena fe. Hay en efecto una diferencia entre la contraletra del art. 1321 y el mandato dado bajo la forma de un prestanombre. La contraletra tiene por objeto engañar á los terceros, despierta cuando menos la idea y la sospecha del fraude, mientras que aquel que da un mandato á un prestanombre no quiere engañar, consiente en que el mandatario obre para con los terceros no como mandatario sino como cesionario; él es quien podrá ser engañado si el mandatario traspasa los límites de su mandato; acepta de antemano esta consecuencia del acta aparente que aquel hace, renuncia á prevalecerse del mandato contra los que lo ignoran ó se consideran ignorarlo. Síguese de esto que no hay en el caso mala fe por parte de los terceros, hacen lo que el mandante les autoriza hacer.

Veremos más adelante una consecuencia del principio al tratar de la conclusión del mandato.

78. No debe confundirse el prestanombre con el mandatario ficticio. El prestanombre es un mandatario real para con el mandante, y para con los terceros es más que mandatario, tiene los derechos que le da el acta aparente en virtud de la que obra; mientras que el mandatario ficticio sólo toma aparentemente el lugar del mandatario real. Desde que la ficción está establecida el mandatario ficticio desaparece; los terceros, no habiendo querido nunca tratar con él, no pueden tener acción alguna contra él, así como el mandatario ficticio no puede invocar su mandato contra ellos. Un tercero constituye mandatario al pasante de un notario que hizo el acta. Consta que el notario es el verdadero mandatario; si éste hizo que interviniera el pasante como mandatario es para poder instrumentar. Consta también que, desde la constitución del mandato ficticio, nunca tuvo el mandante relación alguna con el mandatario ficticio, siem-

pre fué el notario quien gestiona como mandatario. Pasados algunos años el mandante demanda al mandatario ficticio por entrega de cuenta: éste contesta que nunca tuvo gerencia y que, por tanto, no tiene que rendir cuenta. El mandante objeta que, legalmente, el notario no podía ser mandatario, puesto que, como tal, no hubiera podido redactar el acta en que hubiera sido parte como mandatario. La sentencia contesta, y la respuesta es perentoria, que el mandante se prestó á esta ilegalidad constituyendo como mandatario al notario que, según la ley, no podía serlo; aquel no podía, pues, invocar una infracción de la que era cómplice. Todo lo que se podía haber concluido es que no tenía acción contra el mandatario ilegal; pero en ningún caso podía obrar contra un mandatario ficticio que, en la común intención de las partes interesadas, no lo había sido nunca. (1)

que los herederos del mandante obren, así como en todo contrato los herederos ocupan el lugar de su autor. En la teoría del mandato gratuito se contesta que el mandatario quiso prestar un servicio de amistad al mandante y no entendió obligarse para con sus sucesores. Y aunque el mandato sea asalariado los herederos del mandante pueden no tener en el mandatario la confianza que tenía el mandante. En todos los casos las partes podían poner fin al mandato por la revocación ó la renuncia; pero ha parecido más sencillo y menos chocante hacer cesar el mandato de plano.

¿Por qué el mandato acaba por la muerte del mandatario? Pothier contesta que el mandante tiene por fundamento la confianza que el mandante tiene en la del mandatario. Esta confianza, ligada á calidades personales, no pasa á los herederos; por consiguiente, el poder que fué concedido por el mandante al mandatario para girar el negocio que le fué confiado por el mandato fundado en esta confianza no puede pasar á los herederos del mandatario; las calidades personales y la confianza que de ellas resulta no se transmiten por vía de herencia. (1)

80. El art. 2008 dice que el mandato acaba por la muerte *natural ó civil* del mandante y del mandatario. La muerte civil está abolida en Francia y en Bélgica; sin embargo, según la legislación francesa las penas que implicaban muerte civil arrastran la interdicción legal según la ley de 31 de Mayo de 1854; de modo que el mandato acaba siempre, puesto que la interdicción es también una causa que lo hace cesar. (2) En Bélgica la interdicción legal no existe ya (t. V, núm. 246). Así es que el mandato no acaba ya á consecuencia de una condena á una pena que implicaba antaño la muerte civil.

1 Pothier, *Del mandato*, núms. 101 y 103. Tarrille, Informe núm. 24 (Lo-cré, t. VII, p. 383).

2 Pont, t. I, p. 598, núm. 1134.

UNIVERSIDAD AUTONOMA D N...
ALERE FLAMMAM
VERITATIS
CAPITULO VI.

De los diferentes modos con que acaba el mandato.

§ I.—DE LA MUERTE.

79. El mandato acaba; según el art. 2,003, por la muerte del mandante ó del mandatario. Esto es una derogación del derecho común; en general se estipula y se promete para sí y para sus herederos; los contratos no acaban por la muerte de las partes contratantes. Pero el art. 1122 agrega: «A no ser que lo contrario resulte de la naturaleza de la convención.» El mandato es una de las convenciones que, en virtud de su naturaleza, acaba con la muerte de una de las partes. Pothier da la razón.

El mandato se extingue por la muerte del mandante porque el mandante encarga al mandatario hacer alguna cosa en su lugar; el mandatario, al ejecutar el contrato, presta su ministerio al mandante, el que se considera hacer, por intermedio de su mandatario, lo que dice el poder; y el mandatario no puede ya prestar su ministerio al mandante que ha muerto; no puede, pues, ejecutar el mandato después de la muerte del mandante. Esto es una consecuencia del principio que domina en el mandante; el mandante obra, habla en el contrato, promete, estipula; el mandatario sólo lo representa, y el mandante no puede obrar ya después de muerto, no puede ya ser representado. Se dirá que nada impide

81. La muerte pone fin al mandato de plano sin que se necesite notificar la muerte del mandante al mandatario. Se lee, sin embargo, en el considerando de una sentencia de la Corte de Casación, que la muerte del mandante debe denunciarse al mandatario. (1) Sin duda conviene informar al mandatario del hecho que pone fin á su mandato; éste puede aun ser necesario de hecho si los herederos quieren impedir que el mandatario continúe su gerencia, pues si éste ignora la muerte del mandante lo que hace es válido (art. 2008); pero estas consideraciones de hecho no tienen ninguna influencia en la cuestión de derecho; no exigiendo la ley ninguna notificación debe decirse, sin duda alguna, que la muerte hace cesar el mandato de plano. Hay una sentencia terminante en este sentido. (2)

82. La ausencia del mandante en el sentido legal de la palabra no pone fin al mandato. En efecto, la ausencia no es asimilada á la muerte nunca. El mandatario conserva, pues, su poder. Fué sentenciado que puede y que debe continuar la ejecución del mandato. En el caso el padre, mandatario de su hijo, cumpliendo su servicio militar en 1806 continuó á girar los intereses del mandante mucho tiempo después que el mandante había dejado de dar noticias suyas. Habiendo el padre entablado una acción contra un tercero éste le opuso que la existencia del mandante era dudosa y que tocaba al mandatario establecerla. Esta defensa no fué acogida; mientras no está probada la muerte el mandato subsistía y el mandatario, estando en ignorancia acerca de este punto, podía y debía continuar su gerencia. No le tocaba probar que el mandante no había muerto; tocaba al demandado que sostenía que el demandante no tenía personalidad, el probarlo. La Corte de Bruselas negó hasta ordenar la prueba de la defunción porque este hecho

1 Denegada, 8 de Agosto de 1821 [Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 77].
2 Angers, 27 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 86).

no era decisivo en el caso; en efecto, la acción estaba formada válidamente, puesto que el mandatario se encontraba en la completa ignorancia acerca de la muerte de su hijo; luego suponiéndolo muerto el demandado no por esto dejaba de merecer condena. (1)

83. La muerte pone fin al mandato de plano. Este principio recibe, sin embargo, una modificación. Según el artículo 1991 el mandatario está obligado á concluir la case comenzada á la muerte del mandante si éste pereció en apremio. Si no hay urgencia el mandatario debe cesar su gestión, pues ya no tiene poder desde el momento en que tiene conocimiento de la muerte del mandante. A este respecto la obligación del gerente es más estrecha que la del mandatario; tiene que continuar su gestión en caso de muerte del dueño hasta que el heredero haya podido tomar posesión de la gerencia. Hemos explicado la razón de esta diferencia en el título que trata *De los Cuasicontratos* (t. XX, núm. 318).

La aplicación del principio ha dado lugar á un singular proceso. Un mandatario había recibido mandato de cobrar y transferir unos créditos. Este mandato había permanecido sin ejecución durante más de treinta años. Después de tan larga inacción y cuando debía creerse que el mandato estaba cumplido el mandatario lanzó un emplazamiento á nombre de todos los mandantes, cuyo número llegaba á 116, y sucedió que de este número 103 habían muerto. Los demandados opusieron la nulidad del emplazamiento; el mandatario trató de atrincherarse tras el art. 1991. La Corte de París reconoce que el art. 1991 se aplica á los actos judiciales tanto como á los extrajudiciales; pero había peligro en el apremio cuando el mandatario había tenido casi

1 Bruselas, 27 de Mayo de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 141).
P. de D. TOMO XXVIII—13

treinta años para promover? ¿Debía lanzar demandas al azar sin informarse de si los mandantes vivían aún después de tan largo tiempo? El art. 2008 invocado por el mandatario era igualmente extraño á la causa; esta disposición, dice muy bien la Corte de París, viene en auxilio de la buena fe; sólo debe aplicarse cuando el mandatario ha perseguido la ejecución natural del mandato sin que nada le haya advertido de la cesación del mandato por la muerte del mandante, y en el caso el mandatario bien debía saber que en un espacio de treinta años un gran número de mandantes habían muerto. La Corte pronunció la nulidad del emplazamiento. (1)

84. Cuando el mandato acaba por la muerte del mandatario la ley quiere que los herederos den aviso al mandante (art. 2010). Así, en este caso una notificación cualquiera está requerida; los herederos no pueden continuar la gerencia é importa que el mandante esté avisado para que nombre otro mandatario, si hay lugar, ó que él mismo se encargue del negocio. El art. 2010 agrega que los herederos del mandatario deben proveer, mientras tanto, á lo que las circunstancias exigen en los intereses del mandante. Esto es un mandato que la ley da á los herederos por consideraciones de equidad; el mandato convencional ha expirado; de derecho estricto los herederos deben abstenerse, pero la equidad pide que provean á las necesidades de la situación.

Hasta puede suceder que se forme un nuevo mandato tácito como continuación del mandato que cesa por la muerte del mandatario. El caso se ha presentado y el negocio fué llevado hasta la Corte de Casación. Una sociedad universal había existido entre dos hermanos; uno de ellos, encargado de la liquidación, llegó á morir; los herederos continuaron la liquidación, á vista y sabiendas del mandante. Más tarde los herederos de éste pidieron la nulidad porque

1 París, 22 de Febrero 1870 (Dalloz, 1871, 2, 164).

había sido hecho después de la cesación legal del mandato. La Corte de Bastia validó, al contrario, los actos de los herederos, y en el recurso la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada. Desde luego los herederos del mandatario podían invocar el art. 2010 porque, en las circunstancias de la causa, era necesario que las operaciones se continuasen por los herederos. Además, constaba por la sentencia atacada que el mandante, en lugar de oponerse á las actas de gerencia posteriores á la muerte del mandatario, las había consentido; se había, pues, formado un nuevo mandato por este concurso de consentimientos. (1)

85. El mandato no siempre acaba con la muerte de las partes contratantes. Desde luego pueden éstas estipular que el mandato continuará después de su muerte. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así para el caso de la muerte del mandatario. Semejante estipulación, dice la sentencia, no tiene nada contrario á la moral ni al orden público. La cláusula hace entrar el mandato en el derecho común; si la ley hace excepción es por razón de la naturaleza del contrato, no por razón de su esencia. En el caso había una prueba segura. Se trataba de socios administradores, y según el art. 1859 y el 1868 las partes pueden fijar la administración de la sociedad como gusten; á falta de convenio los socios se consideran haberse dado recíprocamente el poder de administrar uno por otro; este poder, inherente á la calidad de socio, pasa con esta calidad al heredero del socio muerto cuando fué convenido que en caso de muerte de uno de los socios la sociedad continuará con su heredero. Si la calidad de mandatario se transmite con la de socio, á los herederos de las partes, puede también pasar á los herederos cuando la administración fué confiada á ciertos socios, cuando tal es la voluntad de las partes contratantes. Este es, después de todo, un asunto de pura

1 Denegada, 21 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 345).

confianza; es decir, de interés; y la ley permite á las partes fijar sus intereses como les convenga. (1)

La Corte de Casación de Francia ha pronunciado igual decisión en caso de muerte del mandante. Se lee en la sentencia que si es verdad que el mandato fenece con la muerte del mandante este principio cede ante una voluntad contraria expresada por el mandante. (2) Hay, sin embargo, en lo que se refiere á la muerte del mandante un motivo de duda que no existe para la muerte del mandatario. Si el mandato acaba por la muerte del mandatario es únicamente porque la confianza no se trasmite por vía de herencia; esto es una cuestión de interés que las partes deciden según les conviene, derogando la ley. No sucede lo mismo con la muerte del mandante; el motivo que da Pothier para justificar la conclusión del mandato es un motivo de derecho que parece relacionarse con la misma esencia del mandato; el mandato es una representación del mandante por el mandatario; y, ¿puede representarse al mandante cuando dejó de existir? La cuestión presenta graves dificultades cuando el mandato sólo debe comenzar á la muerte del mandante; la examinaremos más tarde. Hay menos duda cuando la ejecución comenzó durante la vida del mandante; tiene entonces derechos que puede transmitir á sus herederos, así como sus obligaciones; los herederos estarán obligados á continuar el mandato, pero sólo como tenía que hacerlo su autor; es decir, con la facultad de revocarlo; la convención que transmite el mandato á los herederos del mandante no impone, pues, un mandato á los herederos; desde luego la cuestión no tiene ya interés, el mandato concluirá desde que los herederos querían.

86. La Corte de Casación agrega en la sentencia que acabamos de citar que el mandato no fenece por la muerte

1 Denegada, 23 de Marzo de 1860 (Pasicrisia, 1860, 1, 221).

2 Denegada, 22 de Mayo de 1860 (Dallez, 1860, 1, 448).

del mandante ni, por consiguiente, por la del mandatario, cuando la voluntad contraria se induce del objeto del contrato; es decir, del objeto que persiguen las partes y las circunstancias en las que fué dado el mandato. Esta es una aplicación del mismo principio; si las partes pueden derogar el art. 2003 por una declaración expresa pueden también expresar una voluntad contraria dando un mandato que, por su naturaleza, no debe acabar con la muerte de las partes. Así es especialmente cuando el mandato se da por interés del mandante y de un tercero. Desde que otra persona que el mandante está interesada en la ejecución del mandato ya no hay razón para que cese el contrato de plano con la muerte del mandante; el interés del mandatario ó del tercero basta para que su ejecución se continúe. En el caso sentenciado por la Corte de Casación el mandatario había hecho anticipos al mandante; éste le dió poder para vender sus inmuebles y cubrirse de sus anticipos con el precio procedente de la venta; este mandato debía necesariamente á la muerte de las partes, prolongarse hasta el entero pago del mandatario. La muerte del mandante era, pues, cosa indiferente. Las circunstancias de la causa venían en apoyo de estas consideraciones, ya decisivas por sí mismas; el mandante había vendido sus inmuebles al mandatario; una contraletra expresaba el objeto de la venta; además hizo un testamento por el que instituíó heredero universal al mismo mandatario. La Corte de Casación dijo muy bien que al dar mandato bajo forma de un contrato irrevocable el mandante se había prohibido la posibilidad de revocarlo; lo que indicaba claramente la voluntad de que el mandato le sobreviviera. Por otra parte, los herederos del mandante, despojados de su calidad de herederos por un testamento reconocido válido, no tenían derecho para criticar el uso hecho con el mandato desde la muerte de su autor. (1)

1 Denegada, 22 de Mayo de 1860 (Dallez, 1860, 1, 448).

Estos principios reciben aplicación á la cesión de bienes que el deudor hace á sus acreedores para obtener su liberación. Como lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones* el contrato de cesión ó de abandono es, en realidad, un mandato que el deudor da á sus acreedores para que vendan sus bienes sin la observancia de las formas prescritas por el Código de Procedimientos para la venta forzada de los bienes embargados. Poco importa, en este caso, que el mandante ó el mandatario lleguen á morir; el mandato subsiste hasta que los bienes estén vendidos ó que el deudor esté liberado; tal es también, seguramente, la intención de las partes contratantes, y su voluntad es muy legítima, puesto que tiende á disminuir los gastos que ocasionan la expropiación forzada. El mandato dado en interés de ambas partes y para facilitar la liberación del mandante debe, por el objeto del contrato, continuar hasta que la venta esté consumada y el dinero distribuido.

87. ¿El mandato dado á un prestanombre concluye con la muerte de éste? Esta cuestión está controvertida y hay alguna duda. La decisión depende del punto de saber cuál es el efecto de este mandato para con los terceros. En la opinión que hemos enseñado (núms. 76 y 77) el mandato sólo existe entre las partes; para con los terceros el prestanombre no es un mandatario, aunque los terceros sepan que el acta aparente en virtud del que obra éste es en realidad un mandato. Sólo el acta patente se considera existir para con los terceros; y esta acta reconoce al prestanombre como propietario, y esta calidad no se pierde por la muerte. La sentencia de la Corte de Casación que hemos relatado da de ello un ejemplo y justifica al mismo tiempo nuestra decisión. El mandatario era en apariencia propietario, mientras que la contra letra probaba que sólo era mandatario; llegó á morir el mandante: ¿debía acabar el mandato? En el caso no había ninguna duda, puesto que el mandato,

por excepción, debía sobrevivir al mandante por el objeto del contrato. Pues bien, esta misma excepción debe admitirse en todos los casos en que las partes disfrazan el mandato bajo la forma de una acta translativa de propiedad; esto supone que el mandatario tiene un interés en el mandato, interés que sobrevive al mandante; si no las partes no habrían hecho un contrato que da al mandatario la calidad aparente y, por consiguiente, los derechos del propietario; y desde que el mandato no interesa exclusivamente al mandante no acaba con la muerte de éste. La Corte de Casación lo sentenció así terminantemente. *En derecho*, dice, el mandato propiamente dicho no debe ser confundido con el mandato *sui generis* conocido con el denominado de *prestanombre*; el mandante queda fuera de lo que se hace en virtud de este contrato, en el sentido de que el prestanombre no obra como su representante; obra como propietario y dueño absoluto de la cosa; y su derecho de propiedad subsiste apesar de la muerte de aquel que se lo confirió. Se dijera en vano que esto sólo es una apariencia; para con los terceros es el contrato aparente sólo el que hace ley para las partes. Esto resulta de la misma voluntad del que constituyó el mandato bajo esta forma; quiere, pues, también que los poderes que confirió al prestanombre continúen después de su muerte. Siguese de esto, dice la Corte de Casación, que la muerte del mandante no podía traer ningún cambio á las relaciones del prestanombre con los terceros, ni infirmar, por consiguiente, los efectos de las convenciones que han intervenido entre ellos; estas convenciones son, para con el mandante, *res inter alios acta*; no figuran en ella porque no quiso, luego su muerte es cosa indiferente; el acta aparente debe continuar sus efectos porque tal es la voluntad del mandante. (1)

Se objeta que el acta aparente no puede ya tener efecto

1 Denegada, 25 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 282). Compárese Troplong, *Del mandato*, núm. 738.

cuando los terceros tienen conocimiento de la realidad de las cosas; es evidente, se dice, que los poderes del mandatario expiran por la muerte del mandante; los terceros que saben que tratan con un mandante no pueden, pues, prevalecerse del acta aparente para tratar con un prestanombre que saben no tiene poder. (1) Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece ser favorable á esta opinión. La Corte, sin detenerse en las apariencias, ha sentenciado que el mandato conocido por los terceros acaba con la muerte del mandante. En el caso se trataba de una cesión de acciones industriales consentida, después de la muerte del propietario real, por quien sólo era propietario aparente. La Corte de París anuló la cesión; recurso de casación admitido por la Cámara de Requisiciones y desechado por la Cámara Civil después de deliberación en Sala de Consejo, lo que prueba que había duda. (2) La sentencia no discute la cuestión, ni siquiera habla del mandato particular llamado *prestanombre*; la Corte se atiene á las principios del mandato; quizá no consideró al propietario aparente como á un prestanombre con poder, en virtud de la voluntad del mandante, de obrar para con los terceros como propietario. Es seguro que todo depende de la intención de las partes contratantes y al juez del hecho toca apreciar esta intención.

88. Hay una cuestión que nos parece más dudosa aunque la doctrina y la jurisprudencia estén acordes para resolverla: ¿puede el mandante dar un mandato cuya ejecución deba comenzar después de la muerte solamente? En el derecho antiguo se admitía la validez de dicho mandato. Pothier dice: «El principio de que el mandato acaba con la muerte del mandante recibe necesariamente excepción cuando el negocio que es objeto del mandato es de natura-

1 Pont, t. I, p. 603, núm. 1143. Aubry y Rau, t. IV, p. 636, notas 11 y 12, pfo. 410. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 56, nota 11.

2 Denegada, Cámara Civil, 9 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 97).

leza á deber efectuarse sólo después de la muerte del mandante. (1) Esta opinión es la enseñada por los autores modernos y consagrada por la jurisprudencia sin discusión, como si se tratara de una doctrina segura, como lo dice Pothier. (2) Es segura para él porque el derecho romano admitía la validez de este mandato. Se cita ordinariamente la ejecución testamentaria como ejemplo del mandato que comienza sólo después de la muerte del mandante. Ya hemos tratado esta materia en el título *De las Donaciones y Testamentos* y en aquella ocasión hemos trazado los límites que, en nuestro concepto, recibe el poder de aquel que dispone para un tiempo en que ya no existirá. El propietario tiene un poder absoluto durante su vida, pero desde el momento en que muere este poder cesa, puesto que desde aquel momento la propiedad, y ordinariamente la posesión, pasa á sus herederos. Si desde su muerte el propietario no puede ya hacer ningún acto de disposición no puede, pues, dar un mandato de hacer cualquiera cosa en su nombre. En efecto, el mandante es quien obra por órgano del mandatario; ¿y cómo el mandatario había de representar y cómo comenzaría á representar á una persona muerta? Se dirá que no es el difunto quien está representado por el mandatario, son sus herederos á quienes representa el mandatario. Aquí está el nudo de la dificultad: ¿puede el difunto ligar á sus herederos por un contrato que no lo liga á él? Nos parece que presentar la cuestión es resolverla. Un contrato sólo se forma por el consentimiento. Y en el momento de la muerte el mandante no puede ya consentir y los herederos no consienten; desde luego el contrato no puede formarse. ¿Se dirá que el mandato se formó durante la vida del

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 108.

2 París, 10 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 1). Durantón, t. XVIII, p. 292, núm. 284; Pont, t. I, p. 603, núm. 1145.

mandante? Nó, pues el mandante no entendió obligarse, puesto que el mandato sólo puede comenzar después de su muerte; entiende, pues, obligar á sus herederos sin obligarse él mismo, y esto es imposible, puesto que los herederos no están obligados más que como sucesores universales del difunto. Esto contesta á la objeción. Hemos admitido, con la doctrina y la jurisprudencia, que las partes contratantes pueden convenir que el mandato continuará para con los herederos; si puede continuar, se dice, ¿por qué no puede comenzar? La razón es muy sencilla. Prometemos y estipulamos para nosotros y para nuestros herederos en este sentido: que si estamos obligados nuestros herederos lo estarán como sucediendo á nuestras obligaciones así como suceden á nuestros derechos. Pero si no estamos ligados nuestros herederos no lo pueden estar sino por su consentimiento; luego el contrato no comienza más que desde aquel consentimiento.

89. La lucha del libre pensamiento contra la Iglesia ha dado lugar á una cuestión que se liga á la materia que acabamos de tratar. Desde que el pensamiento despierta el hombre se desprende de la Iglesia, fundada en la superstición y la ignorancia; todos los que piensan dejan por esto de ser católicos. Si tuvieran el valor de confesar lo que no creen sólo habría en la Iglesia hombres que no piensan. La mayor parte de los que se desprenden así de la buena fe tradicional dejan de practicar durante su vida, pero en la muerte les es fácil á los ministros de la Iglesia sorprender una sombra de confesión: ¿qué digo? Confiesan en rigor á cadáveres; les basta para esto la complicidad de alguna mujer idiota; y luego los órganos de la Iglesia proclaman el triunfo! Esto es triunfo de la mentira y del fraude, y no hay más victoria que celebrar. Lo seguro es que la repugnante comedia que desempeñan las gentes de Iglesia ante el lecho del moribundo ha suscitado la indignación de los hombres

rectos y sinceros; dijeron que era preciso poner á los libres pensadores al abrigo de estos atentados dando mandato á un amigo para cuidar de que los sacerdotes no puedan penetrar en sus casas en los últimos momentos y que se les entierren sin la ceremonia religiosa, en la que no creyeron. ¿Se pregunta si esto puede hacerse por testamento? Hay dos mandatos en este caso: un mandato entre vivos y un mandato testamentario. Es durante la vida del mandante cuando el fraile penetra en el cuarto del moribundo; es, pues, durante la vida del mandante cuando el mandatario está llamado á ejecutar el mandato; desde luego el mandato debe darse en la forma ordinaria; es decir, por escrito privado, sin ninguna formalidad más que la firma; el nombre del mandatario puede quedar en blanco. Para evitar todo debate en aquellos tristes momentos en que ordinariamente el mandante no tiene ya el uso de sus facultades intelectuales fuera bueno asegurar fecha cierta al mandato registrándolo. Hay que cuidarse de dar este primer mandato por testamento, pues el testamento sólo tiene efecto después de la muerte del testador, y la familia, cómplice del ministro de la Iglesia, podría apartar al mandatario diciéndole que no tiene ningún mandato entre vivos.

El segundo mandato sólo recibe su ejecución después de la muerte del mandante. Aquí ya no hay duda en cuanto á la forma; el acta debe ser hecha bajo la forma testamentaria. Pero bastan estas formas para validar un simple mandato concebido en estos términos: «Encargo á mi amigo A cuidar de que se me entierre sin ceremonia religiosa alguna.» Si el acta no contuviera más que esta disposición sin legados se podría contestar su validez. En nuestro concepto no hay testamento cuando el testador no dispone de sus bienes; el art. 895 lo dice: En vano se objetará que la ley permite nombrar un executor testamentario encargado de cumplir las últimas voluntades del testador; contestamos

que no puede haber ejecución de un testamento sin testamento (art. 1031), y no lo hay sin disposición de bienes (t. XIV, núm. 324). Es además muy fácil corresponder al voto de la ley; el testador sólo tiene para esto que instituir legatarios á sus herederos legales. Esto es el testamento; viene después el mandato tal cual acabamos de formularlo.

Aun puede hacerse una objeción y hay que esperarse á una violenta oposición cuando se combate el dominio de la Iglesia. El mandato relativo al entierro no está previsto por la ley, y el hombre no puede hacer después de su muerte más que aquello que la ley le autoriza á hacer, puesto que ya no tiene voluntad que manifestar cuando ya no vive (t. XIV, núm. 332). El principio es incontestable, pero la ley lo deroga para los actos de última voluntad, y la excepción fué introducida precisamente para las disposiciones religiosas que quisiera tomar el testador y que los herederos descuidan muy amenudo. Un hombre rico, pero verdadero cristiano, declara en su testamento que quiere ser enterrado como se entierra á los pobres. Nadie contestará la validez de semejante disposición; luego también debe validarse una disposición relativa al entierro religioso. Puedo decir que entiendo ser enterrado según los ritos de tal confesión religiosa, debo también tener el derecho de declarar que no quiero ningún ministerio religioso. Si se admiten los poderes del ejecutor testamentario es porque el testador no puede estorbar el derecho de propiedad de sus herederos, á quienes los bienes del difunto pertenecen desde el instante de su muerte, y en el caso no se trata de bienes que el testador deje, dispone de sus restos mortales; ¿quién se atrevería á negarle este derecho?

§ II.—DE LA INTERDICCION.

90. El mandato acaba por la interdicción del mandante ó

del mandatario (art. 2003). Se concibe que el mandato acabe por la interdicción del mandatario: el interdicto no tiene el ejercicio de sus derechos civiles en este sentido: que está herido de incapacidad absoluta para contratar en lo que se refiere á sus intereses pecuniarios; desde luego es imposible que cumpla el mandato que le es confiado. Es el tutor quien representa al interdicto en todos los actos que debe hacer; pero el tutor no podía ser mandatario; no es á él á quien fué dado el mandato, es al interdicto, y la confianza está ligada á la persona del mandatario, no se transmite á su tutor.

El mandato acaba también por la interdicción del mandante; en rigor el mandatario podía continuar su gestión; y la amistad que le hizo aceptar el mandato tendría que disponerle á continuar su ejecución cuando el mandante, amigo suyo, está atacado por una de estas enfermedades atroces que no permiten ya al enfermo ocuparse de sus negocios. ¿Por qué, pues, quiere la ley que el mandato acabe de plano por la interdicción del mandante? Es porque el cambio de estado operado por la interdicción trae un cambio esencial en las relaciones de las partes contratantes. El mandatario presta un servicio á su amigo; este servicio es gratuito, pues no hay que perder nunca de vista que las disposiciones del Código suponen gratuito el mandato. Cuando el mandatario está llamado á dar cuenta de su gestión debe esperarse á que el mandante ponga en el ejercicio de sus derechos el mismo afecto que él mismo puso en ejecutar sus obligaciones; es decir, que todo sucederá entre amigos y no según el derecho estricto. No sucederá lo mismo cuando el mandante está interdicto; el mandatario se entenderá con un tutor que no conoce ni debe conocer más que el derecho del mandante; y debe contener este derecho, esta es su primera obligación. Así el cambio de estado del mandante cambia enteramente las relaciones que se forman

por el mandato; es, pues, justo que estas relaciones estén rotas.

91. La mujer también cambia de estado cuando se casa, puesto que de capaz que era se vuelve incapaz. ¿Debe concluirse de esto que el mandato que da acaba así como el que recibió? Si la mujer es mandatario el mandato debe cesar por las razones que acabamos de dar (núm. 90). Incapaz para contratar ya no es la mujer quien obrará, es el marido, administrador legal de sus bienes; y el mandante entendió contratar con la mujer y no con su marido. Esta es la doctrina de Pothier y la siguen los autores modernos. Hay un motivo de duda: la mujer casada puede ser mandataria sin autorización de su marido: ¿por qué no pudiera continuarlo cuando es casada? Bien parece que tal sea el pensamiento de los autores del Código, pues tenían á la vista el tratado de Pothier, á quien siguen servilmente, y Pothier sienta el principio en términos generales; el cambio de estado, dice, que sobreviene en la persona del mandante no deja de extinguir el mandato como la misma muerte del mandante. Después aplica su principio á la mujer casada y al interdicto. Pero Pothier no dice que el mandato acaba por el cambio de estado del mandatario. (1) ¿Qué hicieron los autores del Código? No reprodujeron el principio del cambio de estado, sólo admitieron que el mandato acaba por la interdicción. ¿No debe concluirse de esto que el cambio de estado deja subsistir el mandato? Cuando la mujer es mandante el cambio de estado no tiene ningún efecto más que el de hacer que el mandatario deba dar cuenta para con su marido, si éste tiene la administración de los bienes de la mujer; si la mujer conserva la libre administración de sus bienes no habría ningún motivo para que cesara el mandato. Quizá el legislador no quiso entrar en todas

1 Pothier, *Del mandato*, núms. 103 y 101. Compárese Durantón, t. XVIII, p. 295, núm. 286, y Pont, t. I, p. 604, núm. 1147.

estas distinciones. Lo seguro es que el silencio de la ley basta, en nuestro concepto, para que se deba admitir que el mandato no acaba de plano por el cambio de estado de una de las partes contratantes.

Los autores modernos deciden la cuestión, en lo relativo al mandante, por otra consideración. Enseñan que el mandato acaba cuando el mandante, á consecuencia del cambio de estado, no tiene derecho de conferir el mandato que dió cuando era capaz. Así el pródigo que ha dado mandato de enajenar cuando estaba bajo el consejo no podrá ya enajenar ni, por consecuencia, dar mandato de enajenar cuando estaba bajo consejo judicial; resulta, se dice, que el mandato está revocado. Nos parece que no es este el verdadero motivo para decidir. El arrendamiento no acaba cuando el dador está interdicto ó bajo consejo, aunque el arrendamiento pasara los límites de un acto de administración. Si no pasa así con el mandato dado por una persona que después está interdicta no es porque el interdicto no tenga el derecho de conferir un mandato, es porque el cambio de estado altera las relaciones que el mandato supone entre el mandante y el mandatario. Toca, pues, al legislador ver si este cambio es bastante considerable para que deba cesar el mandato. Por tanto, el silencio de la ley basta para decidir la cuestión.

§ III.—DE LA QUIEBRA CIVIL Y DE LA QUIEBRA MERCANTIL.

92. El mandato acaba por la quiebra civil del mandante ó del mandatario (art. 2003). Admiten la doctrina y la jurisprudencia (1) que el mandato también acaba por la quiebra mercantil porque ésta no es más que la civil del comerciante. No es del todo exacto decir que la quiebra mercantil sea la civil, porque ésta es el estado de insolvencia,

1 Pont, t. I, p. 605, núm. 1149. Casación, 24 de Agosto de 1847 [Dalloz, 1847, 1, 329].

mientras que la mercantil es el estado de suspensión de pagos, y un comerciante puede suspender sus pagos sin ser insolvente. Sin embargo, en lo relativo al mandato se puede asimilar la quiebra mercantil á la civil; hay más, los motivos que se dan para justificar la suspensión del mandato se aplican á la quiebra mercantil más bien que á la civil. ¿Por qué acaba el mandato cuando el mandante quiebra civilmente? Porque, dice Tarrible, el desorden de sus negocios ha arrastrado la subversión general de su fortuna; todo lo que poseía ha pasado á las manos de sus acreedores. (1) Esto es verdad de la quiebra que quitaba al quebrado la administración de sus bienes; no es verdad para el deudor civil que está en quiebra civil porque conserva la gerencia de su fortuna; también ha sido juzgado que el deudor en quiebra civil puede dar un mandato relativo, ya á la administración, ya á la disposición de sus bienes: lo que es muy justo, pues que teniendo el poder de administrar y de disponer puede dar á un mandatario el poder de hacer estos mismos actos. (2) No hay, pues, razón para suspender el mandato en razón de una incapacidad que viniera á herir el mandato. No hay tampoco razón para el cambio de estado que se operara en su persona, pues que su estado queda el mismo; puede hacer, aunque insolvente, lo que podía hacer cuando era solvente. En definitiva, la ley ha aplicado, por falta de atención, al deudor civil que está en quiebra civil lo que no es verdad más que para el deudor quebrado mercantilmente.

¿Por qué acaba el mandato por la quiebra civil ó mercantil del mandatario? Tarrible contesta: Porque el mandatario no merece ya ninguna confianza. En efecto, el mandatario es responsable de su gerencia y esta responsabilidad se hace divisoria cuando el mandatario quiebra civil ó mer-

1 Tarrible, Informe núm. 24 [Loché, t. VII, p. 383].

2 Bruselas, 20 de Mayo de 1826 (Pasierisia, 1826, p. 152).

cantilmente. Para el que quiebra mercantilmente tiene una razón de más: está desposeído de la administración de sus bienes; serían, en realidad, los síndicos ó los agentes de la quiebra mercantil los que ejecutarán el mandato; y el mandante ha tratado con el mandatario en razón de la confianza que le tenía; consideración del todo personal que debe hacer cesar el mandato, pues el mandante no ha querido efectivamente confiar la gerencia de sus intereses á los síndicos de una quiebra mercantil.

93. La ley coloca la quiebra en la misma línea que la muerte y la interdicción; en todo caso el mandato concluye de pleno derecho. Esto no tiene dificultad en la quiebra mercantil declarada por una sentencia, pero la civil es un simple estado de insolvencia que se manifiesta por las promociones de los acreedores. Se necesita, pues, que haya promociones y embargos para que el deudor esté en quiebra civil. (1) Nos trasladamos al título *De la Sociedad* (t. XVII, núm. 387).

94. Los actos que el mandatario hace después de que ha caído en la quiebra civil ó mercantil son nulos, puesto que no tiene el derecho de promover. Esto significa que estos actos no pueden ser opuestos al mandante. Se pregunta si el mandatario puede prevalecerse de esta nulidad. La Corte de Casación ha juzgado que el mandatario quebrado mercantilmente no puede oponer la nulidad de los actos que hizo después de su quiebra; sólo el mandante tiene este derecho. (2) Al primer golpe de vista esto parece estar en oposición con el principio de que el mandato cesa de pleno derecho. ¿Si el poder en virtud del cual el mandatario obra cesa de pleno derecho no se debe concluir que los actos que hizo caen también de pleno derecho? Nó, puesto que la ley

1 Gante, 29 de Julio de 1875 (Pasierisia, 1876, 2, 188).

2 Casación, 24 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 1, 329).

misma valida los actos que el mandatario ha hecho ignorando la causa que hizo cesar el mandato y dispone que los compromisos sean ejecutados con respecto á los terceros que sean de buena fe (arts. 2008 y 2009). Luego la ley tiene en cuenta las circunstancias de la causa, lo que excluye la nulidad de pleno derecho. También esto es conforme á los principios generales que rigen la nulidad. Cuando la nulidad es de interés privado no puede pedirse más que por la parte en cuyo interés se introdujo. Y la suspensión del mandato y las consecuencias que resultan son esencialmente de interés privado; es en el interés del mandante en el que la ley da fin al mandato; es, pues, este solo el que puede invocar la nulidad de los actos que el mandatario hace.

95. El mandato sólo acaba por la quiebra civil ó mercantil de las partes contratantes. El art. 2003 supone un mandato ordinario dado únicamente en interés del mandante. Cuando el mandato fué dado en interés del quebrado mercantilmente no se necesita decir que el mandato no es revocado por la quiebra mercantil; la masa tiene interés en la ejecución del mandato y los síndicos ó los agentes están encargados de mantener y promover la ejecución de todas las convenciones que den un derecho al quebrado. En contra la masa está obligada por las convenciones en que figura el quebrado, luego por el mandato; cuando este mandato hace parte de un conjunto de convenciones hechas de buena fe el mandato es, en este caso, una cláusula de un contrato sinalagmático; y estas convenciones conservan su eficacia después de la declaración de quiebra mercantil del mandatario, salvo que los representantes de la masa vigilen que el mandato sea ejecutado conforme á los términos del contrato. Esto fué juzgado así por la Corte de Casación. En la especie el mandato era una cláusula accesoria de un cambio y fué dado en interés de todas las partes contratantes; desde luego no era el contrato unilateral que su-

pone el art. 2003; el mandato formaba una convención literal obligatoria para la masa, del mismo modo que ésta podía invocarla por los derechos que concedía al deudor. En vano invocaba el art. 2003; permitirle romper el mandato á la vez que aprovechar el contrato en tanto que resultaba de los derechos para el deudor esto hubiese sido dividir el contrato, lo que es contrario á todo principio. (1)

§ IV.—DE LA REVOCACION DEL MANDATO.

96. El mandato acaba por la revocación del mandatario (art. 2003); en los términos del art. 2004 el mandante puede revocar su poder cuando le parezca. Es una derogación de una regla fundamental de las convenciones; conforme al art. 1134 hacen ley para los que las han hecho y no las pueden revocar más que por mutuo consentimiento; ¿por qué la ley permite al mandante revocar el mandato por su sola voluntad? La Exposición de los Motivos contesta á la pregunta: «Cuando una persona confía sus intereses á otra siempre está subentendida de que no quedará encargada sino en tanto que la confianza que se le hizo continúe: porque el mandante no enajena ni á perpetuidad ni aun á plazo el pleno ejercicio de sus derechos, y el mandato cesa cuando place al mandante notificar su cambio de voluntad.» (2) Se debe agregar que se da el mandato en único interés del mandante; es de su negocio el objeto del mandato; debe, pues, tener el derecho de suspender la ejecución del mandato cuando cambia de parecer ó se modifican sus intereses. El mandatario presta un servicio al mandante, y un servicio prestado no constituye un derecho; luego el mandatario no tiene el derecho de oponerse al mandante cuando éste declara: ó que no tiene necesidad de este servicio ó que no

1 Denegada. Cámara Civil. 31 de Julio de 1872 [Dalloz, 1872, 1, 300]. Lieja, 4 de Mayo de 1844 (Pasicrisia, 1847, 1, 82).

2 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 11 (Loché, t. VII, p. 375).

quiere que se lo haga el mandatario. No se necesita que el mandante motive su revocación; el art. 2004 dice que puede revocar su poder "cuando le parezca;" luego sin dar ningún motivo; es un derecho del mandante y lo usa cuando quiere.

97. No hay dificultad en esto más que cuando el mandato es gratuito y es el que siempre supone el Código, consagrando sólo las reglas tradicionales, como lo dijo el Orador del Gobierno en la *Exposición de Motivos*; (1) y en el derecho antiguo el mandato era gratuito por esencia; de modo que el mandatario no tenía ninguna razón que oponer á una revocación que lo libertaba en realidad de un cargo. Conforme al Código Civil el mandato puede ser asalariado y lo es amenudo. De aquí la cuestión de saber si el derecho absoluto de revocación recibe su aplicación cuando el mandatario es asalariado. La afirmativa está admitida por la doctrina y la jurisprudencia (2) y no se podría contestar; la ley no distingue el mandato gratuito del asalariado; lo que zanja la cuestión, puesto que no se permite al intérprete hacer distinciones en la ley. El legislador tal vez pudiera haber distinguido lo gratuito del mandato, el intérprete debe tomar la ley como es. Puede, además, justificarla en lo referente á la revocación del mandato asalariado. Siempre queda verdad decir que todo mandato tiene por objeto principal el interés del mandante; si el mandatario recibe un salario esto no impide que haga la cosa para el mandante y en su nombre. Se podría solamente preguntar si el mandante que revoca al mandatario no le debe una indemnización. En principio nó, esto resulta de los términos absolutos de la ley. El mandante revoca el mandato cuando le parece; la ley no agrega ninguna reser-

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 11 [Loché, t. VII, p. 376].
2 Durantón, t. XVIII, p. 279, núm. 272, y todos los autores. Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 24 de Abril de 1845 (Pasicrisia, 1856, 1, 484).

va en favor del mandatario. Así el mandante ejerce un derecho, y el que usa un derecho no engaña á nadie; no se le considera como si engañara al mandatario que revoca, éste es asalariado en razón del servicio que presta; si no presta ninguno no puede reclamar salario.

98. Sin embargo, la aplicación del principio no deja de tener sus dificultades. La teoría del Código supone que el mandato es una cosa muy secundaria para el mandatario, un simple accidente de su vida. Esta suposición no siempre es exacta; hay mandatarios que subsisten por los mandatos y comisiones que verifican; es cierto que la revocación de un dependiente que ejerce un mando le causa un perjuicio si no encuentra inmediatamente otra colocación; ¿no sería muy justo concederle una indemnización? La ley no se la da; no puede, por tanto, tener derecho á ella sino en virtud de una convención tácita ó expresa.

La Corte de Casación ha sentado muy bien el principio. Es de la naturaleza del mandato, dice, que el mandante pueda revocar su poder cuando le parezca; el ejercicio legítimo de este derecho no lo obliga á ningunos daños y perjuicios con el mandatario. Pero ninguna disposición de la ley prohíbe modificar el contrato de mandato por convenciones particulares; es, pues, voluntario que las partes estipulen que el poder no se podrá revocar sin que el mandatario reciba una indemnización. Acerca de este punto no podría haber duda. ¿Pero se necesita que sea expresa esta convención? Nó, puesto que el consentimiento de las partes puede ser tácito. En la especie se trataba del mandatario de una compañía de seguros sobre la vida. Después de haber inútilmente intentado crearse una clientela en la Alsacia, la compañía, dice la Corte de Colmar, fué bastante feliz con encontrarse un agente bastante inteligente y activo que le pudo procurar adhesiones; y fué á instancias de la compañía por lo que el agente entró á su servicio como mandatario.

Tal fué el punto de partida del negocio. Según la convención que se formó entre la compañía y su mandatario éste debía percibir 30 p. S sobre los negocios nuevos y 3 p. S sobre el cobro de las primas anuales. El mandatario fué revocado: ¿tenía derecho á la indemnización? El primer juez decidió en su favor, pero en términos muy absolutos. Según la intención manifiesta de las partes, dice la Corte de Colmar, el mandatario debía conservar su agencia, á menos que se hiciese indigno, hasta que hubiese encontrado en la percepción sucesiva del 3 p. S una compensación á sus gastos y una recompensa á sus cuidados y atenciones. Además, añade la Corte, la equidad lo mismo que la costumbre no permiten á una compañía de seguros despedir sin indemnizar á un agente que no ha desmerecido en nada. ¿No es esto invertir la regla del art. 2004? La ley dice que el mandante puede revocar á voluntad al mandatario, y la Corte dice que no puede hacerlo sino indemnizándolo; lo que restringe singularmente el poder absoluto del mandato. La Corte prevee la objeción y ensaya contestarla: «Si el mandante tiene, de un modo *absoluto* é incontestable, el derecho de revocar á sus agentes el ejercicio de este derecho que se puede justificar cuando se trata de un empleado culpable de gran negligencia ó de graves errores no es más que una ruptura abusiva y perjudicial cuando la revocación se hace sin *causa legítima*. (1) La decisión de la Corte es contradictoria, reconoce al mandante el poder *absoluto* de revocación y le permite ejercerlo sin indemnización más que por una *causa legítima*. No entraremos en el examen de los hechos; poco importa que el mandatario siempre hubiese recibido testimonios de entera satisfacción de sus remitentes, esto es ajeno á la cuestión de derecho. En realidad la Corte confunde el mandato con el arrenda-

1 Colmar, 31 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 265). Compárese Burdeos, 7 de Agosto de 1835 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 424).

miento de industria y aplica al mandatario los principios que la jurisprudencia ha consagrado en favor del dependiente (t. XXV, núms. 508-515.) No decimos que se haya engañado, pero se debe ver si la teoría se concilia con el art. 2004.

En el recurso la Cámara de Requisiciones pronunció una sentencia de denegada, pero la Corte de Casación tiene cuidado de restringir la doctrina muy absoluta de la sentencia atacada. Toma como punto de partida la convención tácita que había habido entre la compañía de seguros y su agente; esta convención derogaba el poder absoluto que el art. 2004 concede al mandante en el sentido de que éste no podía revocar al mandatario sin indemnizarlo, á menos que hubiese una falta imputable al agente. Es esta convención la que ha violado la compañía. La Corte concluyó que al condenar *en semejantes circunstancias* á la compañía á indemnizar á su mandatario revocado la Corte de Colmar no ha descuidado ningún principio de derecho y que su decisión está justificada por el uso y por la equidad. (1)

99. Tales son los verdaderos principios. A falta de convención el mandante conserva el derecho absoluto de revocación, sin indemnización ninguna. El mandatario no tiene, pues, ningún derecho á la indemnización sino cuando pruebe haber sido prometida derogando la ley. Admitiendo que esta derogación pudiese ser tácita la Corte de Casación está en la pendiente de las concesiones que hace á las necesidades de la vida real, concesiones que el legislador debería haber hecho. Siempre sucede que depende de los jueces del hecho decidir conforme á las circunstancias de la causa, haya ó no convención que derogue el art. 2004. La Corte de Grenoble, á la vez que acepta los principios consagrados por la Corte de Casación, ha llegado á una conclusión contraria en un caso análogo. El agente principal de

1 Denegada, 8 de Abril de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 134).

una compañía de seguros nombró un agente particular en un cantón; la convención daba al mandatario 10 p. $\frac{3}{4}$ sobre el monto recibido de cualquier seguro y el 10 p. $\frac{3}{4}$ sobre el pago de todas las pólizas de prima. El agente fué revocado: ¿se le debía indemnizar? La Corte recuerda que la remuneración del mandatario no levanta ningún obstáculo al poder de revocación; en efecto, el mandato reposa en la confianza y voluntad del mandante que queda dueño del negocio, y libre, por consiguiente, de dirigir él mismo la gerencia ó confiarla á otro mandatario sin estar obligado á pagar ninguna indemnización al mandatario revocado. Después la Corte sienta en principio, con la Corte de Casación, que las partes pueden derogar el art. 2004 estipulando una indemnización en provecho del mandatario en caso de revocación; la Corte admite todavía que esta derogación no debe ser expresa; que puede resultar, ya de la naturaleza especial del mandato, ya de las cláusulas en que se ha contratado; pero también es cierto que cualquiera derogación de la ley debe ser cierta. La Corte examina en seguida las cláusulas que rigen el beneficio del agente y encuentra la prueba de que éste estaba suficientemente retribuido en sustrabajos y sus cuidados con los beneficios que la convención le aseguraba; concluyendo que no se podía inducir de la convención el compromiso tácito de la compañía de pagar una indemnización á los agentes revocados. Por otra parte, la Corte comprueba que el uso no era conceder indemnización en caso de revocación. En fin, dice que la revocación no amenazaba la consideración del mandatario. Concluyó que no existía en la especie ni obligación violada ni perjuicio indebidamente causado, ni, por consiguiente, algún derecho á los daños y perjuicios. (1)

100. La sentencia que acabamos de analizar supone que la revocación puede dar derecho á una indemnización cuan-

1 Grenoble, 13 de Junio de 1864 [Daloz, 1864, 2, 207].

do amenaza la consideración del agente revocado. Esto es muy vago. Si la revocación no está motivada el mandatario no tiene el derecho de quejarse, pues que no sabe por qué causa ha sido revocado. Aun suponiendo que la revocación estuviese fundada en hechos de negligencia, de improbidad, se debe ver si el mandante puede ministrar la prueba de su alegato; en este caso la reputación del agente sufrirá, pero no será oído si se queja de una revocación injuriosa, puesto que es el primer culpable. Sucedería de otro modo si los hechos imputados al agente no fuesen exactos; en este caso el agente revocado podría reclamar los daños y perjuicios en virtud de los arts. 1382 y 1383 porque habría un delito civil. Citaremos un ejemplo tomado de la jurisprudencia.

Se construyó una embarcación para la pesca de pequeños cetáceos. El capitán, desalentado por las primeras operaciones infructuosas, escribió á su armador que si la pesca continuaba siendo mala tenía la intención de fletar el navío en el continente ó en las colonias. Con esto el armador concibió sospechas, revocó el mandato escribiendo á su corresponsal que el capitán tenía el pensamiento de apropiarse el navío para ponerlo á las órdenes del Gobierno dominicano. El corresponsal comunicó estas sospechas y sus temores á un vicealmirante de Francia, el que mandó perseguir al capitán con un buque del Estado; el capitán fué aprehendido, pero muy pronto puesto en libertad. De regreso á Francia reclamó los daños y perjuicios que el Tribunal de Comercio le negó por motivo de que el armador no había hecho más que usar de su derecho. En apelación se reformó la decisión. Sin duda, dice la Corte de Rouen, el armador tenía el derecho de revocar al capitán, pero el derecho más cierto y el más absoluto tiene sus límites. El propietario no puede usar de su derecho lesionando el derecho de otro;

del mismo modo el mandante no puede revocar el mandato cometiendo actos vejatorios contra el mandatario. Si el armador se hubiese limitado á revocar al capitán habría permanecido en el límite de su derecho aunque sus sospechas se encontrasen mal fundadas, pero no tenía el derecho de comunicar sus sospechas injuriosas á su corresponsal y ocasionar al capitán y á su familia una ejecución militar que ocasionó la muerte de su mujer; no tenía el derecho de presentar al capitán como un aventurero y de tratarlo como un pirata. En consecuencia la Corte lo condenó á 6000 francos de daños y perjuicios, sin comprender los gastos de reparación que se debían al capitán. (1)

101. La revocación del mandato puede ser expresa ó tácita. Pothier lo dice dando un ejemplo tomado de las leyes romanas; el Código lo reproduce en el art. 2006: «La constitución de un nuevo mandatario para el mismo negocio vale por revocación del primero.» Pothier dice en términos generales que hay ciertos hechos que hacen *presumir* la revocación. El lenguaje del Código es más exacto: revocar un mandato es manifestar la voluntad, y el consentimiento nunca se presume; se induce, cuando no es expreso, de hechos que suponen necesariamente que el que los hace manifiesta con ello cierta voluntad; en la especie la de revocar al mandatario. Así, después de haber encargado á un primer mandatario un negocio encargo de este mismo negocio á otra persona: ¿cuál puede ser mi intención? No se ve más que la de reemplazar al primer mandatario por el segundo; es decir, revocar el primer mandato. Si mi intención fuera la de encargar simultáneamente el negocio á ambos mandatarios me explicaría; mi silencio demuestra que entiendo encargar al segundo mandatario de todo el negocio, luego excluyendo al primero. (2)

1 Rouen, 16 de Junio de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 158).

2 Denegada, 25 de Junio de 1872 (Dalloz, 1874, 1, 38).

Sucede así, al menos que haya otros hechos ú otras circunstancias que manifiesten una voluntad contraria, la de mantener el primer contrato. Pothier recurre á las presunciones para explicar la no revocación del mandato apesar del nombramiento de un segundo mandatario. Muchas veces hemos dicho que los antiguos jurisconsultos gustaban de proceder por vía de presunciones. Se debe abandonar este sistema porque induce al error. Las presunciones, cuando la ley no las establece, sólo se admiten en el caso en que la prueba testimonial se admita también, luego por excepción. En la especie se trataba de saber si la voluntad del mandante era de revocar el mandato; toca al que pretende que hay revocación probarla, y en regla general no puede invocar las presunciones para hacer esta prueba. Si se prevalece de los hechos sentados por el mandante se necesita que sean de tal naturaleza que no puedan recibir otra interpretación. Esta es la aplicación de los principios que rigen el consentimiento tácito. Creemos inútil transcribir los ejemplos que da Pothier y que los autores modernos reproducen; la cuestión siempre es de hecho y la teoría es de poco recurso en dificultades amenudo muy grandes, pues los hechos varían de una causa á otra. (1)

102. ¿Se necesita que la revocación sea notificada al mandatario? El art. 2004, que sienta el principio de la revocación del mandato, no dice cómo debe hacerse la revocación del conocimiento del mandatario; se necesita naturalmente que éste sepa que sus poderes están revocados aunque no sea necesario su consentimiento para la revocación; si la ignora subsiste para él, lo mismo que para los terceros de buena fe; esto es lo que dicen los arts. 2005 y 2008. Importa, pues, saber cómo se debe hacer la revocación del conocimiento del mandatario y de los terceros. En

1 Pothier, *Del mandato*, núms. 114-119. Pont, t. I, p. 612, núm. 1161. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 54, nota 5.

los términos del art. 2005 la revocación *notificada* únicamente al mandatario no puede oponerse á los terceros que han tratado ignorándola. El art. 2006 supone también que la revocación de un primer mandatario por la constitución de uno nuevo se hace del conocimiento del antiguo por una *notificación* del segundo mandato. Decimos que la ley *supone* una notificación, no la prescribe como una condición de validez de la revocación; ésta no es un acto solemne, puesto que puede ser tácita, y no hay forma tradicional nada más para hacer conocer la revocación al mandatario ó á los terceros. El texto mismo del Código lo prueba. Resulta de los arts. 2008 y 2009 que si el mandatario y los terceros tratan ignorando la causa que ha dado fin al mandato los actos que hagan son válidos; mientras que no pueden oponerse al mandante si el mandatario y los terceros saben que ha cesado el mandato; y la ley no dice cómo deben los terceros adquirir este conocimiento; se queda, pues, bajo el imperio del derecho común. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

Cuando se trata de un mandato comercial es de costumbre hacer los cambios importantes que ocurran en una casa del comercio en general y particularmente de aquellos con los que ha conservado relaciones comerciales. En una especie que se llevó ante la Corte de Casación la casa se había conformado con depositar el acta de revocación en el estudio de un notario y de insertarla en un periódico. El agente de la casa exportaba cantidades considerables de mercancías á sus corresponsales de Burdeos y les giraba para cubrirse. El mandatario, sin tener en cuenta la revocación del mandato, continuó sus relaciones con las casas de Burdeos; ordenó vendieran las mercancías de que eran

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 121. Aubry y Rau, t. IV, p. 653, nota 7, párrafo 416. Pont, t. I, p. 614, núm. 1162. Denegada, 14 de Mayo de 1829 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 432).

detentores dichos corresponsales, con el fin de cubrirse de la aceptación de diversas letras giradas por la suma de 30,000 francos; no habiendo producido la venta una cantidad suficiente los negociantes de Burdeos giraron cuatro veces sobre la casa de París. Se les opuso la revocación del mandatario que giraba esos negocios. Se juzgó que la inserción de una revocación en el periódico citado no era suficiente para advertir á los terceros; simplemente la prudencia debió advertir á la casa de París que debía avisar á sus corresponsales de Burdeos la revocación de un mandato tan considerable. En el recurso recayó una sentencia de denegada. (1)

103. ¿Cuál es el efecto de la revocación del mandato? Los poderes del mandatario cesan, no tiene ya calidad para representar al mandante con relación á los terceros. Volveremos acerca de este punto. Como el mandatario podría abusar del poder que le da un título para tratar con los terceros la ley permite al mandante obligar al mandatario á entregarle el escrito privado que contiene el poder, y si el acta es auténtica el testimonio ó el original en breve, si se ha guardado minuta. El art. 2004 agrega: "Si há lugar." Puede suceder que el poder se haya dado verbalmente; en este caso no hay nada que restituir y el peligro es menor, puesto que el mandatario no tiene título. Siempre sucede que puede abusar de un mandato que los terceros ignoran haya sido revocado; no hay más que un medio para evitar el abuso de confianza: dar aviso de la revocación á los terceros con los que el mandatario tiene relaciones por su mandato. (2)

104. La revocación del mandato supone que se dió sólo en interés del mandante. Si el mandatario ó un tercero es

1 Burdeos, 2 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 220), y denegada, 23 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1872, 5, 309, núm. 16).

2 Tarrisse, Informes núms. 21 y 22 (Loché, t. VII, p. 382).

tán interesados el mandato deja de ser revocable. La Corte de Casación lo juzgó así, lo que no es dudoso; (1) es la aplicación del principio que ya hemos sentado al tratar de la revocación del mandato por la muerte de las partes contratantes. Sucede lo mismo cuando el mandato es la condición, la consecuencia ó el modo de ejecución; en otros términos, si es una de las cláusulas de un contrato sinalagmático, tal como una partición; el mandato participa, en este caso, de la irrevocabilidad de la convención, con la que forma un todo indivisible; la Corte de Pau lo juzgó así en la especie de un mandato dado por los copartícipes á uno de ellos. Se necesita en este caso el concurso de los que son parte en la convención para revocar el mandato: es el derecho común del art. 1134 el que recibe su aplicación y no la disposición excepcional de los arts. 2003 y 2004. (2)

§ V.—DE LA RENUNCIA DEL MANDATARIO.

105. "El mandato acaba por renuncia del mandatario al mandato" (art. 2003). Este derecho no es tan absoluto como el art. 2003 parece decirlo. El art. 2007 determina las condiciones á las que está sometido el ejercicio de este derecho. Desde luego el mandatario que quiere renunciar el mandato debe notificar su renuncia al mandante; se necesita que éste sepa que el mandatario no quiere ya encargarse del negocio cuya gerencia había aceptado con el fin de que pueda buscar otro mandatario ó hacer él mismo la cosa objeto del poder. Si el mandatario no da aviso de su renuncia ésta se considerará como inexistente; el mandatario queda cargado con las obligaciones que el mandato le impuso y, por consiguiente, obligado á los daños y perjuicios que resulten de la inejecución. (3)

1 Denegada, 6 de Enero de 1873 [Daloz, 1873, 1, 116].

2 Pau, 26 de Noviembre de 1873 (Daloz, 1874, 5, p. 327, núm. 10).

3 Pothier, *Del mandato*, núm. 43.

¿Cómo se debe hacer la notificación? La ley no prescribe ninguna forma. Pothier se sirve de la expresión *dar aviso*. Luego basta que el mandatario haya informado al mandante, por cualquiera vía, su voluntad de renunciar. El mandato se da por acta privada, por carta y aun verbalmente; es natural que la renuncia del mandatario se pueda hacer del mismo modo; solamente se debe agregar, con el art. 1985, que se aplique el derecho común en lo relativo á la prueba. Nos trasladamos á lo dicho más atrás.

106. El art. 2007 establece una segunda condición para la validez de la renuncia: no debe perjudicar al mandante. El mandatario está ligado por su aceptación; si la ley le permite desprenderse de la obligación que le contrajo de girar es á condición de que la renuncia no cause ningún daño al mandante. Tal es la razón que Pothier da de la facultad de renunciar el mandato que la ley concede al mandatario. Este se obliga á hacer la cosa que es objeto del mandato; y la obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de inejecución por parte del deudor (art. 1142); y los daños y perjuicios suponen un daño causado; si la inejecución no causa ningún daño al acreedor el deudor que falta á sus compromisos no puede sufrir ninguna condena. Tal es la situación del mandatario que renuncia el mandato sin causa legítima; en realidad falta á la obligación que ha contraído; pero si esta inejecución no causa ningún daño al mandante éste no tiene acción; en este sentido, dice Pothier, el mandatario puede impunemente faltar á sus compromisos. (1) Pero si la renuncia es perjudicial al mandante éste podrá reclamar los daños y perjuicios contra el mandatario. (2)

107. Hay, sin embargo, un caso en el que el mandatario no está obligado á indemnizar al mandante: cuando se ha-

1 Pothier, *Del mandato*, núm. 44.

2 Denegada, 7 de Julio de 1870 (Daloz, 1871, 1, 268).

ya en la imposibilidad de continuar el mandato sin experimentar él mismo un daño considerable. Esta disposición (art. 2007) es todavía una de las que se explican por lo gratuito del mandato. La ley supone que el mandatario presta un servicio gratuito; en este caso la equidad pide que el mandatario pueda renunciar el mandato si la ejecución le causara un daño considerable, bien que por su parte el mandante sufra un perjuicio por la inejecución del mandato. Pero si es asalariado no se ve por qué el mandatario podría impunemente faltar á sus compromisos más que el vendedor ó el comprador. Se dice que el mandato, aunque retribuido, es un servicio, y un servicio prestado no debe volverse en perjuicio del que lo presta. Este argumento, que amenudo se encuentra en los autores, tiende á una teoría que, en nuestro concepto, no es la del Código; se considera el salario más bien como una recompensa que como la compensación exacta de lo que el mandatario hace; es en el fondo la teoría tradicional del mandato gratuito. El Código califica de salario la pretendida recompensa, lo que conduce á una doctrina del todo diferente; el mandato asalariado es un contrato comutativo y, por consiguiente, bilateral, en nuestra opinión; desde luego ninguna de las partes debía tener el derecho de desprenderse de sus obligaciones sin indemnizar á la otra por el daño que le causa al romper el contrato.

108. Pothier dice que el mandatario puede renunciar el mandato en el sentido de que no está obligado al perjuicio que resulta al mandante en todos los casos en que, después del contrato, ocurran justas causas que descarguen al mandatario de la obligación de ejecutar el mandato; Pothier sólo pone una condición: es que el mandatario dé aviso al mandante. Tal es el caso de enfermedad; es evidente, dice Pothier, que el mandatario que se encarga del mandato sólo entiende encargarse de él más que en tanto se lo permita

su salud; cuando, pues, una enfermedad que no se preveía se lo impide es un caso fortuito de que no es garante. Pothier cita también, según las leyes romanas, el caso de enemistad capital sobrevenida entre el mandatario y el mandante, el caso de malos negocios de este último, y agrega en cuarto lugar todas las causas de impedimentos legítimos que pueden surgir después del contrato.

¿La doctrina tradicional debe aún ser seguida bajo el imperio del Código Civil? Así se enseña. (1) En nuestro concepto no hay duda seria. El derecho de renunciar el contrato cuando la inejecución causa un perjuicio al acreedor es seguramente excepcional, y la derogación versa en una regla fundamental en materia de obligaciones contractuales: las convenciones son las leyes de las partes y, por consiguiente, pueden ser derogadas sólo por el consentimiento mutuo de éstas (art. 1134). Si los jurisconsultos romanos, y Pothier con ellos, han admitido una excepción á este principio esto es consideración á lo gratuito del mandato; es seguro que, cuando el mandato es asalariado, el derecho de renuncia del mandatario no se concibe ya si se supone que la inejecución causa un daño al mandante. Para admitirlo se necesitaría un texto, y los autores del Código, que tenían á la vista la teoría de Pothier, sólo la consagraron bajo la condición de que la ejecución del mandato cause un perjuicio considerable al mandatario. Fuera de este caso se está bajo el imperio del derecho común; es decir, la irrevocabilidad del contrato. Sólo hay excepción en caso de enfermedad: cuando hay imposibilidad física de ejecutar el contrato. Esta es la aplicación del art. 1148, según el cual no hay lugar á daños y perjuicios cuando, á consecuencia de fuerza mayor ó de un caso fortuito, el deudor fué impedido de hacer lo que tenía obligación de hacer.

1 Pont, t. I, p. 618, núm. 1168. Pothier *Del mandato*, núms. 39-42.

109. ¿El mandatario puede renunciar en el caso en que el mandato es irrevocable? Hemos ya dicho (núm. 104) en qué casos el mandato no puede ser revocado. Cuando un contrato es irrevocable hay que aplicar el derecho común que acabamos de recordar: ninguna de las partes puede por su sola voluntad romper la convención (núm. 108). Sólo habría excepción cuando el mandato no fuera irrevocable más que por interés que en él tenga el mandatario; en este caso se aplicará el principio que permite á cualquiera renunciar á un derecho establecido en su favor.

§ VI.—DISPOSICIONES GENERALES.

Núm. 1. Artículo 2008.

110. «Si el mandatario ignora la muerte del mandante ó una de las demás causas que hacen cesar el mandato lo que hizo en esta ignorancia es válido (art. 2008). Regla general: el error en que se encuentra una de las partes no valida lo que es nulo en virtud de los principios. Y desde que el mandato cesa el mandatario está sin derecho y, por consiguiente, todo cuanto hace con esta calidad debiera ser nulo. La ley deroga el rigor de los principios por una consideración de equidad. Domat dice: cuando el mandato cesa por la muerte del mandante que la buena fe del mandatario da á su gerencia el efecto del poder que le dió el difunto. (1) La buena fe no puede seguramente reemplazar un poder que ya no existe, pero la equidad exige que por derogación del derecho estricto, la ley mantenga lo que el mandatario ha hecho cuando debía creer que su mandato subsistía. (2) A las partes que tienen interés en que cese la ejecución del mandato toca dar cono-

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. I, tit. XV, sección IV, número VI. Durantón, tomo XVIII, p. 280, núm. 174.

2 Bruselas, 27 de Enero de 1829 (Pasicrisia, 1829, p. 29).

cimiento al mandatario del hecho que lo hizo fenecer en sus poderes.

111. De lo que la ley mantiene por motivo de equidad, lo que ha hecho el mandatario cuando ignoraba que su mandato había cesado, no debe concluirse que el mandato podría nacer cuando las partes se encuentran en circunstancias que ponen fin al mandato y que no permiten al mandatario aceptar el mandato. Tal sería la quiebra; ésta hace cesar el mandato, y el quebrado no puede dar mandato, puesto que se encuentra desposeído de la administración de sus bienes. Ha sucedido que retrotrayendo la declaración de quiebra al día de la suspensión de pago el quebrado se encontraba haber dado un mandato cuando ya estaba en quiebra; el mandatario aceptó el mandato y lo ejecutó en ignorancia de la quiebra. ¿Es este el caso de aplicar el art. 2008? Así se ha pretendido. El error es evidente. En efecto, el art. 2008 supone un mandato que concluyó por una quiebra ó cualquiera otra causa que ignora el mandatario; éste debe, pues, creerse investido de poderes que le fueron legalmente conferidos. Mientras que si un quebrado da un mandato el contrato nunca fué formado por razón de la incapacidad del mandante y, por consiguiente, lo que el mandatario aparente ha hecho está marcado de nulidad. (1) Todo lo que puede admitirse es que los terceros que pagasen al mandatario aparente estarían liberados si fuesen de buena fe, pues el mandatario está en posesión del crédito cuando tiene poder de cobrarlo en virtud de su mandato; se puede, pues, aplicar el art. 1240. Pero esto no interesa sólo al tercero de buena fe, quien queda liberado. En cuanto al mandatario no tendrá el derecho de entregar al mandante el dinero que hubiera recibido.

112. La ley valida lo que el mandatario ha hecho en ignorancia de la causa que hace cesar el mandato. Esto es

1 Denegada, 14 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 168).

una verdadera ficción, puesto que el mandatario se considera obrar en virtud de un poder que ya no tiene. Esta ficción está establecida en interés del mandatario que es de buena fe. De esto se sigue que no puede ser invocada por el mandatario que sabe que sus poderes han cesado. Todo lo que hace es radicalmente nulo; ni siquiera habría lugar á ratificación, pues esto supone que hay un mandatario que excede sus poderes; mientras que en el caso el que obra no tiene poder alguno. El amo puede sin duda aprobar lo que hizo por él, pero esto no sería una ratificación propiamente dicha, sería una nueva convención.

113. Cuando el mandatario continúa su gerencia, cuando el mandato ha fenecido, lo que hace es válido ó nulo según que ignora ó conoce la causa que hace cesar sus poderes. ¿Quién debe dar la prueba de conocimiento ó de la ignorancia del mandatario? Si se atiende á los principios que rigen la prueba la respuesta es muy sencilla. Es que aquel que alega un hecho en justicia debe probarlo. El mandante pide la nulidad de un acto hecho por el mandatario después de fenecido el mandato; se niega á ejecutar los compromisos contraídos en su nombre por el mandatario: ¿qué debe probar? La causa que dió fin al mandato. Desde que dió esta prueba los actos hechos por el mandatario caen. Por excepción los mantiene la ley si el mandatario ignoraba la suspensión del mandato; luego cuando el mandatario opone su buena fe para mantener los actos hechos por él tócale probar su ignorancia.

Los intérpretes que gustan decidir las dificultades de las pruebas por presunciones han imaginado una para poner la prueba á cargo del mandate ó del mandatario. Un mandatario intenta un proceso después de la muerte del mandante. La acción era válida si el mandatario era de buena fe. El primer juez decidió que el mandatario debía *presumirse* haber procedido en ignorancia de la muerte del man-

dante. En el recurso la Corte casó porque la presunción contraria era de derecho (1)

En nuestro concepto hay error por una y otra parte; y el error de la Corte de Casación es aún menos excusable que el de la Corte cuya sentencia casó. Decir que una presunción es de derecho es decir que hay una presunción legal; ¿y dónde está la ley que establece una presunción en el caso? La ley guarda silencio acerca de la prueba y este silencio no engendra seguramente una presunción, puesto que, según el art. 1350, la presunción legal es aquella que está ligada por una *ley especial á ciertos actos ó ciertos hechos*. En el silencio de la ley no puede, pues, tratarse de presunción. Y para qué imaginarla cuando la más sencilla noción de derecho basta para decidir la cuestión? En una sentencia posterior la Corte de Casación ha restablecido los verdaderos principios decidiendo que, en regla general, la muerte del mandante pone fin al mandato y que, por consiguiente, todos los actos del mandatario caen; que el art. 2008 deroga esta regla, pero que la excepción sólo es aplicable cuando se da la prueba testimonial de la ignorancia de la defunción; no bastan, dice la Corte, simples presunciones. (2) No hay ninguna presunción legal en el caso; siguese de esto que la prueba debe darse según el derecho común.

114. El art. 2008 habla en términos generales de lo que el mandatario *ha hecho*. Se debe, pues, aplicar la ley á todos los actos que el mandatario tenía el encargo de cumplir, tanto judiciales (3) como extrajudiciales. La Corte de Rouen lo juzgó así para los embargos. Se objetaba el artí-

1 Casación, 29 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 222). Compárese Pont, tomo I, p. 620, núm. 1173.

2 Casación, 25 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 1, 282).

3 Juzgado que el art. 2008 es aplicable cuando el empleado y apoderado de un banquero recibe valores y los tenga en cuenta corriente para su mandante, aunque á la recepción de estos valores el banquero hubiese partido tres días antes y se ignorara su partida. Casación, 5 de Agosto de 1874 (Daloz, 1876, 1, 104).

culo 562 del Código de Procedimientos. La Corte contesta que esta disposición no hace más que aplicar la regla general del art. 2003; no puede, pues, derogar el art. 2008, que establece una excepción á la regla; para que se pudiera admitir una excepción al art. 2008 se necesitaría un texto que derogase este artículo y este texto no existe. (1)

Núm. 2. Art. 2009.

115. El art. 2009 es una consecuencia del 2008. Se supone que el mandatario cesa de tratar con los terceros por cesar su mandato; la ley dice que «los compromisos del mandatario se ejecutan con los terceros que son de buena fe.» La ley, que tiene en cuenta la buena fe del mandatario, debía con mayor razón tener cuenta la buena fe de los terceros con los que trata el mandatario; son más excusables en el sentido de que les es más difícil saber si el mandato subsiste aún ó no. Poco importa, en lo referente á los terceros, que el mandatario sea de buena fe; aun cuando fuera de mala fe los compromisos que contrae no dejaría de ejecutarlos con relación á los terceros si éstos ignoran la causa que ha dado fin al mandato. Hemos ya dado ejemplos. Los terceros tienen en este caso acción contra el mandante, esto es lo que dice el art. 2009 con estas palabras: *Los compromisos del mandatario se ejecutan con relación á los terceros.* Terrible da la razón en su informe al Tribunal: «Únicamente el mandante debe soportar la pérdida que resulte de una confianza originalmente mal empleada, y no le queda otro recurso más que contra el mandatario que lo ha engañado vergonzosamente.» (2) ¿Quiere decir que los terceros no tendrán acción contra el mandatario? Si éste es de buena fe los terceros no pueden tener acción contra él, pero si es de mala fe está obligado por su dolo. Esto es derecho

1 Rouen, 19 de Enero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 254).

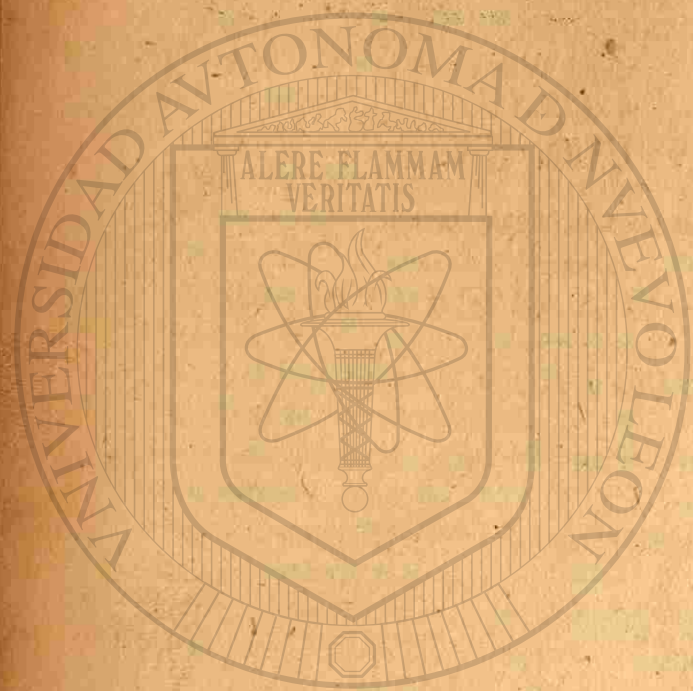
2 Terrible, Informe núm. 13 (Loché, t. VII, p. 388).

común; hay delito ó cuasidelito, luego há lugar á aplicar los arts. 1382 y 1383.

Núm. 3. Art. 2010.

116. «En caso de muerte del mandatario sus herederos deben dar aviso al mandante y proveer por mientras á lo que exigen las circunstancias en interés de esto» (art. 2010). Ya hemos explicado esta disposición al tratar de la muerte del mandante (núm. 105). Por ahora se trata de saber si tenemos razón para inscribir el art. 2010 entre las disposiciones generales aunque el texto sólo hable de la muerte del mandatario. Se enseña que la disposición es general por naturaleza porque es un deber de equidad. Así el mandatario interdicto cae en quiebra; el tutor y los agentes de éste deben dar aviso al mandante de la interdicción y del fallo que pronunció la quiebra del mandatario. (1) El deber de equidad es evidente, ¿pero basta esto para imponer una obligación sancionada por condena civil? Es imposible que el juez condene al tutor ó á los síndicos á los daños y perjuicios por no haber cumplido con una obligación que ninguna ley le imponía. Y nos parece que es razón el que la ley haya limitado la obligación á los herederos. Suceden á los derechos y á las obligaciones de su autor y el difunto era mandatario; se concibe, pues, que los herederos que en principio estuvieran obligados á continuar la gerencia deben al menos tomar las medidas que exigen las circunstancias en interés del mandante. No es esta la situación del tutor y menos la de los síndicos. En equidad como en derecho el legislador hizo bien de no declararlos responsables, salvo la aplicación del derecho común de los artículos 1382 y 1383.

1 Durantón, t. XVIII, p. 298, núm. 273. Pont, t. I, p. 625, núm. 1183.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL

TÍTULO XV.

(TÍTULO XIV DEL CÓDIGO CIVIL).

DE LA CAUCIÓN. (1)

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES.

§ I.—DEFINICION Y CARACTERES.

117. El art. 2011 dice en qué consiste la obligación del caucionante; esto es definir implícitamente la caución. «El que da caución por una obligación se somete con el acreedor á satisfacerla si el deudor no la satisface.» Resulta de esta disposición que el caucionante no se obliga como deudor principal; la obligación del deudor le es, al contrario, extraña; el caucionante interviene como garantía de la ejecución de las obligaciones contraídas por el deudor. Si éste cumple con sus compromisos no se puede tratar de caucionar, y si, á falta, el deudor no ejecuta sus obligaciones, el caucionante está obligado á hacerlo, tiene recurso contra

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, esp. VI. Ponsot, *De la caución en materia civil y criminal*, un volumen en 8.º (1844). Troplong, *De la caución* un volumen en 8.º [1846]. Pont, *De los pequeños contratos*, t. II (1867).

el deudor principal; esta acción está organizada de modo á indemnizar al caucionante de todos sus adelantos y sus pérdidas (art. 2028). La caución es, pues, una garantía personal y á este título forma una convención esencialmente accesoria; es uno de los caracteres esenciales de este contrato.

El Código no lo dice en términos explícitos porque el Código no es un manual. Pothier, que siempre es de una minuciosa exactitud, tiene cuidado de decirlo en la definición que da de la caución. «Es, dice, un contrato por el que alguno se obliga con el acreedor á pagarle en todo ó en parte lo que el deudor le debe, *decidiendo á su obligación.*» Después agrega: «Si nido la obligación de los fiadores ó responsables, según definición, una obligación accesoria á la del deudor principal resulta que es de esencia de la obligación de los fiadores que haya una obligación de un principal deudor.» (1) Pothier llega hasta tratar de la caución en la obra que consagró á las obligaciones y bajo el rubro de un capítulo titulado *De las obligaciones accesorias de los fiadores y otros que acceden á la de un deudor principal.* Esto es mucha exactitud; la materia de la caución no hace más que confundir la de las obligaciones en general; es demasiado importante para ser tratada aparte aunque no resulte más que de una obligación accesoria. Los autores del Código, á la vez que reconocen que es de evidencia que la caución es accesoria de una obligación principal, (2) han expuesto las reglas de este contrato accesorio en un capítulo que se haya después de los demás contratos y que abre la serie de los que garantizan ó consolidan las convenciones principales.

118. El principio de que la caución es un contrato accesorio tiene consecuencias importantes; las estudiaremos sucesivamente siguiendo el orden trazado por el Código. Por

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 365 y 366.

2 Treilhard, *Exposición de los motivos*, núm. 4 (Loché, t. VII, p. 416).

ahora sólo se trata de precisar la significación de este primer carácter que distingue el compromiso de la caución. Hay una convención que en apariencia tiene gran analogía con la caución y que, sin embargo, difiere en un punto esencial: en que constituye un compromiso principal. En los términos del art. 1119 no se puede uno comprometer en su nombre propio más que por sí, de modo que si yo prometo en mi nombre el hecho de un tercero esta promesa es nula; y lo es porque los terceros no han consentido y el que promete no está ligado por la misma razón. El art. 1120 agrega: «Sin embargo, se puede *responder* por un tercero prometiendo el hecho de éste.» En este caso la promesa es válida. En apariencia es una garantía que hace válido lo que ha sido prometido en nombre del tercero, lo cual se parece á una caución. En realidad no hay garantía accesoria; en efecto, el tercero no está obligado apesar del compromiso *de responder*; no hay, pues, deudor principal en el sentido de que el tercero no es deudor; en realidad únicamente está obligado *el responsable*. Esto es lo que el art. 1120 dice: si el tercero se niega á cumplir el compromiso el responsable debe una indemnización á aquel á quien ha prometido el hecho del tercero. La obligación del responsable es, pues, principal, pero es condicional. Si la condición se realiza, es decir, si el tercero no quiere cumplir el compromiso hecho en su nombre, el responsable estará obligado, y lo estará como deudor principal, sin que pueda promover contra el tercero para ser indemnizado de su compromiso. Sucede otra cosa con el caucionante: está obligado desde el principio en vista de un compromiso que no está subordinado á una condición; el acreedor no está obligado á perseguir desde luego al deudor principal, puede promover directamente contra el caucionante, salvo que se oponga el beneficio de discusión. Pero esta obligación del caucionante no es más que accesoria; si, pues, paga la deuda tiene un

recurso contra el deudor principal y goza de los demás derechos que la ley le concede en razón del carácter accesorio de sus compromisos; el responsable no tiene ninguno de estos derechos porque es deudor principal.

Del principio de que la obligación del responsable es condicional resulta otra diferencia entre éste y el comerciante. Si el tercero por el que respondí consiente en dar ó en hacer lo que yo he prometido en su nombre la condición por la que yo me he obligado personalmente desfallece. Luego no estoy obligado desde que el tercero lo está; aunque después faltara el tercero á sus compromisos yo no respondería de la inejecución, puesto que no soy caucionante; solamente he prometido la obligación de un tercero y este compromiso está satisfecho desde el momento que el tercero se obliga.

Hay otras diferencias que resultan del mismo principio; creemos inútil señalarlas, basta con hacer constar que las reglas de la caución no reciben aplicación en el compromiso del responsable. (1)

119. El art. 2011 dice que el caucionante se somete con el acreedor á satisfacer la obligación que el deudor ha contraído si éste no la satisface. Esto supone que el caucionante no está obligado más que como garante y no como deudor principal. Se puede uno también obligar á pagar la deuda contraída con un tercero como deudor principal; hemos visto un ejemplo al tratar de la novación. Cuando el deudor indica ó delega á un tercero que pague en su lugar no se opera novación; el tercero se obliga á pagar la deuda como deudor principal, sin que sea libertado el primer deudor; el acreedor tiene, pues, dos deudores principales (arts. 1277 y 1275). Esto también se puede hacer sin indicación ni delegación del primer deudor. Un tercero puede pagar por

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 674, nota 6, pfo. 423. Pont, t. II, p. 6, núm. 12, y las autoridades que citan.

el deudor, puede también obligarse á pagar la deuda del deudor sin que éste sea libertado á título de deudor principal ó de caucionante. La diferencia es muy grande entre ambas hipótesis. El deudor principal no goza de ninguno de los derechos que pertenecen al caucionante, no tiene ni los beneficios de división y de discusión, ni la excepción conocida con el nombre de excepción *cedendarum actionum* (art. 2037). Importa mucho distinguir si la obligación contraída por el tercero es una caución ó si es una deuda principal. La cuestión es amenudo muy difícil de decidir, pero esto no es más que una dificultad de hecho, puesto que la solución depende de la intención de las partes contratantes. Daremos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia. (1)

120. Se dice en una acta de préstamo que estipula la subrogación del prestamista á los derechos del acreedor que el tomador promete *hacer valer y gozar hasta pago completo*. ¿Es esta promesa una caución ó una deuda principal? La Corte de Colmar ha sentenciado que la *garantía de proveer y hacer valer* debe ser considerada como una verdadera caución, puesto que tiene todos los caracteres de ésta y produce todos sus efectos. Recurso de casación. El demandante sostuvo que la obligación de *proveer y hacer valer* tiene efectos ciertos y consagrados por la doctrina, y que implica por naturaleza una garantía especial y formal de la solvencia presunta y futura del deudor. El recurso pretendía también que dicha promesa constituía en el caso un contrato sinalagmático é interesado, mientras que la caución es un contrato unilateral y de beneficencia. La Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada, pero sin apropiarse los términos absolutos de la sentencia atacada; no dice que la *promesa de proveer y hacer valer* es una verdadera caución, dice que la Corte de Apelación ha sentenciado, según las *clausulas del acta*, que la convención no contenía

1 Pont, t. II, p. 7 núm. 13. Troplong, *De la caución*, núm. 34.

una obligación directa por parte del tomador que sólo constituía una sencilla caución. La Corte agrega que los jurisprudentes no están acordes acerca de la extinción de la estipulación de *proveer y hacer valer*, pero que la cuestión es de hecho y que pertenece á la Corte de Apelación decidirla soberanamente. (1)

La mala redacción de las actas es la fuente de todos los procesos á que da lugar la interpretación de las convenciones. Si el deudor no entiende obligarse más que como caución ¿por qué no decirlo en lugar de valerse de una fórmula tradicional cuyo sentido es dudoso? Hé aquí otra expresión que también da lugar á procesos. En el acta de cesión de un oficio de notario interviene un tercero que declara obligarse y obligar á su mujer solidariamente para con el cedente, sin división ó discusión, á pagar el precio de la cesión *haciendo todo el negocio suyo* como si él y su mujer fueran únicos deudores y principales obligados. ¿Era esto una cesión ó una obligación principal? La Corte de Orleans decidió que era una caución. Recurso de casación. La denegada era segura, puesto que se trataba de la interpretación de una convención. Se ve por la redacción de la sentencia de denegada que la Corte de Casación consideraba la interpretación como dudosa: "Por muy rigurosos que fueran, dice, los términos del compromiso contraído por los deudores, la Corte de Apelación pudo, sin exceder el poder de apreciación que tiene, decidir que los deudores sólo eran responsables como caucionantes solidarios, y sentenciándolos así no habría violado ninguna ley." (2) Preguntamos una vez más por qué el oficial público no empleó los términos de *simples caucionantes solidarios*, cuyo sentido es seguro, en lugar de hacer circunlocuciones que son una fuente de procesos.

1 Denegada, 23 de Mayo de 1833 [Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 42].
2 Denegada, 16 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 192).

121. Vamos á relatar unos casos en que fué sentenciado que había deuda principal. Aquí también hay un medio muy sencillo de evitar toda dificultad: si la intención del gerente es comprometerse como deudor principal basta que lo diga el notario; es porque no lo dice por lo que los procesos se hacen inevitables. Una mujer que tiene una cuenta corriente con un banquero daba á su hijo las cantidades que necesitaba para sus empresas. Acreedor de 40,000 francos el banquero exigió una garantía. El hijo se comprometió hasta concurrencia de 25,000 francos, "obligándose á pagarle esta suma y garantizarlo en el caso en que su madre no le pagase; sin más formalidad que un aviso." Estos términos parecían recordar la definición que el art. 2011 da de la caución. La palabra caución bastaba. Fué sentenciado, al contrario, que sus compromisos constituían una deuda principal porque el hijo, habiendo recibido una parte del dinero ministrado por el acreedor, se asociaba, *para decirlo así* (?) á la cuenta corriente que existía entre su madre y el banquero y porque ofrecía pagar á primer aviso de éste. El recurso fue admitido por la Sala de Requisiciones y desechado por la Sala Civil. Había otras dificultades: la que se refería á la caución; siendo una cuestión de hecho la Corte de Casación no tenía que ocuparse de ella. (1)

Una persona fué colocada en un establecimiento de dementes. Acción del director por pago de una suma de 21,484 francos, monto de mensualidades vencidas por la pensión. Los dos hermanos del demente intervienen y se obligan á pagar *personalmente*; no se dice en el acta si como deudores principales ó como caucionantes. La Corte de Nîmes sentenció que esta era una obligación principal. Recurso de casación; la Cámara de Requisiciones pronunció una sentencia de denegada por motivo de que, lo decimos,

1 Denegada, Cámara Civil, 17 de Enero de 1840 (Dalloz, 1840, 1, 49).

fundada en la soberana interpretación de las partes no podía ser revisada por la Corte de Casación. (1)

122. La caución es, en general, un contrato de beneficencia. Pothier explica en qué sentido y respecto de quién. Es seguro que respecto del acreedor la caución no constituye una liberalidad, pues el acreedor nada recibe por el contrato de lo que se le debe; se procura una seguridad para el pago de la deuda, seguridad sin la que no hubiera tratado. Pero la caución encierra un beneficio para con el deudor por quien se obliga el caucionista. Sin caución el deudor no hubiera obtenido lo que estipuló, y lo obtiene á título gratuito; en efecto, si el caucionista paga éste tiene sólo un recurso para volver á percibir su anticipo y cubrirse de sus pérdidas; nada recibe en compensación del servicio que prestó al deudor. Es un servicio de amigo, como el mandato y el depósito; en este sentido la caución es un contrato de beneficencia. (2)

123. ¿Es la caución un contrato de beneficencia por su esencia? Sólo se presenta la cuestión porque un tribunal se equivocó en ella decidiendo que la caución es esencialmente gratuita. El error es evidente; el Código ni siquiera dice que la caución es un contrato de beneficencia; no se deroga, pues, la ley estipulando una indemnización del deudor por el servicio que el caucionante le presta. La Corte de Limoges, que lo sentenció así, agrega que la indemnización debe calcularse equitativamente en proposición al peligro que pueda tener la obligación que contrae el caucionante; esto no es una condición, puesto que la equidad no es un principio de derecho. Bajo el imperio de la ley de 1807 no se podía estipular un interés superior al legal: tal era la única restricción á la que la estipulación de una indemnización por caución era sometida. (3) Según nuestra

1 Denegada, 15 de Mayo de 1868 [Dalloz, 186, 19, 235].

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 365.

3 Limoges, 23 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 85).

legislación esta condición ha caído, puesto que el tipo del interés convencional se deja á la libre apreciación de las partes contratantes.

124. Sucede amenudo que el acreedor se obligue á pagar una indemnización al caucionante. En este caso la caución cambia de carácter; si la indemnización está estipulada por el caucionante como compensación de los riesgos que corre es un verdadero contrato de seguro; por consiguiente, un contrato aleatorio. Esta estipulación es usual en el contrato de comisión; el comisionista es un intermediario entre ambas partes, garantiza la solvencia de los dos comerciantes de que es mandatario y recibe una indemnización por este punto. La caución toma, en este caso, el nombre de una expresión italiana: *del credere*. Esta materia es ajena á nuestro trabajo. (1)

125. Cuando la caución es un contrato de beneficencia constituye una liberalidad. De ahí la cuestión de saber si está sujeta á reportarse y á reducción. Lo hemos ya examinado (t. X, núm. 612 y t. XII, núm. 172). La cuestión de saber si la caución es una acta á título gratuito ó á título oneroso ofrece también otro interés en lo que se refiere á la acción pauliana. Hé aquí en qué circunstancias se presentó la dificultad ante la Corte de Casación. La caución estaba consentida en provecho de un acreedor para suspender las promociones dirigidas por él contra su deudor. ¿Esta caución tenía el carácter de una acta á título gratuito? La negativa fué sentenciada por la Corte de Poitiers y por la de Casación. De esto la sentencia atacada concluía que perteneciendo la acción de nulidad á los acreedores del caucionante en virtud del art. 1167 estaba sometida á las condiciones prescriptas para las actas á título oneroso; es

1 Troplong, *De la Caución*, núms. 35-37.

decir, que aquel en favor de quien la caución había sido dada debía ser cómplice del fraude. (1) La consecuencia es cierta si se admite el principio, pero esto nos deja una duda. ¿Puede decirse que la caución es á título oneroso cuando el caucionante quiso detener las promociones del acreedor contra el deudor? Si el acreedor se compromete á suspender sus promociones resulta que la convención intervenida entre él y el caucionante es bilateral, pero un contrato bilateral no es necesariamente una acta á título oneroso. ¿Quién aprovecha de esta convención? No es seguramente el caucionante, éste no saca ningún beneficio; es el deudor sólo quien lo aprovecha; la caución es, pues, un servicio prestado al deudor, y un servicio gratuito; por tanto, el contrato en el caso era una liberalidad y se debiera haber aplicado el principio que rige la acción pauliana cuando los acreedores atacan una liberalidad hecha por su deudor; es decir, exigir la prueba del fraude sólo por parte del deudor.

126. La caución por su naturaleza es un contrato unilateral. En efecto, el caucionante sólo está obligado hacia el acreedor; éste no contrae ninguna obligación para con el caucionante y es entre el acreedor y el caucionante que interviene el contrato; el deudor permanece ajeno en ello. Es verdad que el caucionante tiene una acción contra el deudor, pero no es virtud de la caución, es en virtud de un mandato ó de una gerencia de negocios, como lo diremos más adelante. El principio está admitido por todo el mundo, (2) pero las consecuencias están controvertidas. Si las partes redactan una acta de caución; el escrito debe redactarse en la forma prescrita por el art. 1326? Ya hemos contestado á la pregunta en el título *De las Obligaciones*.

127. La caución se vuelve un contrato bilateral cuando el acreedor contrae una obligación para con el caucionante.

1 enagada, 13 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 1. 248),
2 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. V, p. 59, nota 5.

Esto es la aplicación del derecho común. Traducimos en cuanto al principio á lo dicho en el título *De las Obligaciones*. La consecuencia, en lo que se refiere á la prueba literal, no es dudosa; el art. 1325 es aplicable á todas las convenciones sinalagmáticas, así sean en virtud de la ley ó en virtud de las convenciones de las partes interesadas; la ley en materia de contratos sólo prevae lo que quieren las partes; luego los contratos tienen siempre el carácter de voluntad de las partes contratantes.

§ II.—DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA VALIDEZ DE LA CAUCIÓN.

Núm. 1. Una obligación principal.

128. Según la definición del art. 2011 el caucionante se obliga á satisfacer la obligación contraída por el deudor si éste no la satisface. La caución no se concibe, pues, sin una obligación principal en la que accede; el art. 2012 lo dice: «La caución no puede existir más que en una obligación válida.» Luego ante todo se necesita una obligación. Si, dice Pothier, aquel hacia el que me obligue como caucionante no fuera acreedor del deudor en cuyo interés di la caución no estaría obligado, la obligación accesoria no puede existir sin una obligación principal.

Toda obligación puede ser caucionada, cualquiera que sea su objeto. Los términos del art. 2011 son generales y el art. 2012 sólo exige una cosa: es que la obligación principal sea válida; poco importa, pues, que tenga por objeto un hecho ó una cosa, y poco importa también que la obligación de dar verse en dinero ó en una cosa mueble ó inmueble. En principio esto no es dudoso; la redacción primitiva del proyecto del Código Civil hubiera, sin embargo, podido dar lugar á una ligera duda. Estaba así concebida. «Aquel que cauciona una obligación se obliga hacia el acreedor á

pagarle, á falta del deudor, lo que éste *debe*.¹ Cuando la comunicación hecha al Tribunalado la Sección de Legislación propuso una redacción nueva, la que fué definitivamente adoptada; el proyecto parecía limitar la caución al caso en que el deudor se obligaba á *pagar una suma de dinero*; mientras que es de esencia de la caución que toda clase de obligación puede ser garantizada por el caucionante. (1)

129. La obligación del caucionante puede á su vez ser caucionada; el art. 2035 lo supone y en teoría esto no deja duda. En el lenguaje tradicional á quel que cauciona un caucionante se llama *certificador del caucionante*. El Código de Procedimientos ha consagrado este uso (art. 135, § 5). Expondremos en el curso de nuestro trabajo los principios que rigen á los *certificadores*.

130. ¿Puede caucionarse una obligación futura? La afirmativa es tan evidente que no se concibe que la cuestión haya sido llevada ante los tribunales y hasta la Corte de Casación. Puede uno ser caucionante, dice Pothier, no sólo por una obligación ya contraída sino también por una obligación que tiene que contraerse aunque aún no lo esté, y Pothier sólo repite en esto lo que decían las leyes romanas.

El Código no entendió seguramente derogar este principio; no habla de las obligaciones futuras en el título *De la Caución*; es decir, que se refiere á las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones Convencionales*, y el art. 1130 dice que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación, luego la caución puede tener por objeto una deuda futura. La Corte de Casación lo sentenció así, limitándose á citar el artículo 1130 (2) y la jurisprudencia es constante en este sentido. (3)

¹ Observaciones del Tribunalado, núm. 1 (Loaré, t. VII, p. 412).

² Denegada, 16 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 284).

³ París, 13 de Marzo de 1816 (Dalloz, en la palabra *Caución*, número 68), y 28 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 156). Bruselas, 2 de Febrero de 1863 (Pasicrisis, 1863, 2, 333).

131. La aplicación del principio suscita una dificultad. Cuando la obligación es futura la cuestión es condicional; sólo existirá si la condición se cumple; es decir, si ésta toma nacimiento. Si la obligación no está formada no puede tratarse de caución, puesto que no puede haber obligación accesoria sin obligación principal. Esto es evidente. ¿Pero se pregunta si el caucionante está ligado antes que la obligación exista en el sentido de que no pueda desdecirse de su compromiso? En nuestro concepto la afirmativa es segura. En efecto, el caucionante que accede á una obligación futura se obliga bajo condición, es verdad, pero poco importa; está tan ligado por una obligación condicional como por una obligación pura y simple. Si el caucionante pudiera desprenderse de la obligación que contrajo de garantizar una deuda futura no sería exacto decir que la caución de una deuda futura es válida, pues la caución dependería de su voluntad mientras no existiera la obligación; y una promesa que depende de la voluntad del que la hace no es una promesa. Si, pues, se admite que el caucionante puede obligarse por una deuda futura hay que admitir que está ligado.

Sin embargo, se enseña que, hasta el momento en que la obligación principal tomara nacimiento, el caucionante puede revocar su consentimiento á cargo de notificar su cambio de voluntad al acreedor. Se fundan en que el compromiso resultante de la caución sólo comienza en el día en que la obligación principal está contraída. (1) Esta argumentación implica una confusión de ideas. Sin duda mientras no hay obligación principal no hay caución; y cuando el caucionante se obligó por una deuda futura no estará obligado por los compromisos resultantes de la caución más que cuando la obligación había comenzado. Pero esto sólo prueba una cosa: es que la caución de una deuda futura es

¹ Pont. *De los pequeños contratos*, t. II, p. 17, núm. 28.

un contrato condicional, estando la caución subordinada á la existencia de la obligación; y no puede revocarse más un consentimiento condicional que un consentimiento puro y simple.

En apoyo de la opinión que combatimos se invoca la autoridad de Pothier. Nos parece que aquí también hay confusión. Este es el ejemplo de Pothier. Cauciono una suma de mil escudos que *os proponéis prestar á Pedro*; mientras que no habéis efectuado el préstamo puedo cambiar de voluntad, advirtiéndos que no hagáis el préstamo del que ya no pretendo responder. (1) ¿Es esta la caución de una obligación futura? Nó, pues no estáis obligados á prestar á Pedro cuando solicite el préstamo, sólo os *habéis propuesto* prestarle; no hay, pues, ninguna obligación de un préstamo futuro y, por tanto, no puedo ser caucionante de un préstamo que no existe ni siquiera como obligación futura. Pero si os habéis obligado á prestar á Pedro una suma de mil francos es verdad que aun no hay préstamo, puesto que no hay tradición del dinero, pero hay una obligación de dárselo cuando Pedro quiera hacer uso de vuestra promesa; hay, pues, una liga aunque futura; puedo acceder á esta liga como caucionante, y si me obligo á caucionar este préstamo futuro no puedo seguramente desprenderme de mi obligación por sólo mi voluntad. Tal es la caución de un crédito abierto. Es una obligación contraída por un banquero de prestar fondos al acreedor hasta la concurrencia del monto del crédito. ¿Si caucioné la obligación del tomador podré retractarme de mi compromiso? Nó, seguramente. Puede suceder que el acreditado no use de su crédito; en este caso no hay préstamo y, por consiguiente, no hay caución. ¿Quiere esto decir que podré retractarme mientras que el acreditado no habrá tomado fondos del banquero? Pensamos que semejante doctrina nunca ha sido sostenida.

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 399.

No vemos más que un precedente judicial en nuestro asunto. Dos personas dan caución al cajero de una lotería del Estado hasta concurrencia de una suma de 35,000 florines. A su muerte, en 1803, no era deudor del Estado, pero después quebró y quedó á deber 33,450 florines. De aquí una promoción contra el heredero de uno de los caucionantes. El demandado objetó que cuando la muerte del padre no había deuda, luego no había caución y, por lo mismo, ninguna obligación á cargo de los herederos. Se juzgó que la obligación contraída por el caucionante se refería á una deuda futura y eventual; este compromiso, aunque dependiente de la verificación de un acontecimiento futuro é incierto, no deja de existir como cualquiera obligación condicional, y este título pasa á los herederos (art. 1179). (1) En la opinión que combatimos se podría decir, como lo hizo el demandado, que la caución de una deuda futura no existe sino cuando hay una deuda; que, por consiguiente, á la muerte de su padre no había caución, y que no naciendo ninguna obligación de la caución no podía pasar á sus herederos. Es inútil combatir esta argumentación porque es contraria á los principios elementales que rigen las deudas de cosas futuras.

132. ¿Se puede caucionar una obligación indeterminada y bajo qué condición? El Código no contesta á estas preguntas en el título *De la Caucion*; es decir, que se deben aplicar los principios generales. Y en el título *De las Obligaciones* la ley sienta como regla que toda cosa determinada en cuanto á su especie puede ser objeto de convenciones; el art. 1129 agrega que la cantidad de la cosa puede ser incierta con tal que pueda ser determinada. De aquí se sigue que el caucionante se puede obligar por una deuda

1 La Haya, 8 de Julio de 1825 (Pasicrisia, 1825, p. 446). Una sentencia de Grenoble parece admitir, en estos considerandos, que la caución puede ser revocada. Sentencia del 10 de Junio de 1825, en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 67.

indeterminada con tal que se sepa cuál es la deuda que cauciona, aunque su mandato fuese indeterminado cuando la caución; basta que se pueda determinar la cifra y que lo sea cuando la acción del acreedor contra el caucionante. Por grande que sea la cifra si el caucionante no ha limitado la extensión de su compromiso á una cantidad fija estará obligado. En vano se objetaba que el caucionante ignora, en el momento en que se obliga, la extensión de su obligación; contestaremos nosotros, y la respuesta es perentoria, que la ley no exige que el monto de la caución sea cierta cuando el caucionante se compromete, y de él depende prevenir la incertidumbre y el peligro que resulta de ella, limitando la suma hasta concurrencia de la en que entendió caucionar al deudor. (1) La jurisprudencia está en este sentido y la creemos al abrigo de cualquiera contestación seria.

Una madre cauciona á su hijo en una casa de Banca en los términos siguientes: «Me obligo á reembolsar todos los efectos que den á mi hijo en el caso que se perjudiquen y que él mismo no pueda reembolsarlos en los tres meses siguientes al vencimiento de los efectos no pagados.» El hijo, deudor de 100,000 francos, quiebra. De aquí una acción contra la caucionante. La demandada sostuvo que la caución que firmó era nula porque se aplicaba á una obligación indeterminada. Esta defensa no fué acogida. Ninguna disposición de ley, dice la Corte de París, exige que la deuda á la que se aplica la caución sea cierta de antemano en cuanto á su monto. El art. 1129 quiere que la deuda sea determinada en el sentido de que la determinación no dependa del acreedor; y en la especie el monto de la deuda dependía de los vales subscriptos por el deudor principal; la deuda era, pues, determinable, como lo quiere el Código, sin que el monto dependiese de la voluntad del acreedor. Recurso de

1 Compárese Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 29, núm. 52.

casación por violación del art. 2012 y falsa aplicación del art. 1129. Se sostuvo por la demandada que la caución podía en verdad aplicarse á las cantidades á administrar por medio de un crédito abierto, pero á condición de que se determinara una suma más allá de la cual la caucionante no estaría obligada. No se podría, decían, admitir una caución cuando la caucionante no sabía á lo que estaba comprometida. La Cámara de Requisiciones desechó el recurso limitándose á citar el art. 1129, del que la Corte de París había hecho una justa aplicación. (1)

La jurisprudencia es constante en este sentido. Se juzgó que la caución es válida cuando un yerno se obliga como caucionante, con relación á los acreedores de su padre político, de lo que pudiera deber el último. (2) La Corte de París hizo válida la caución dada á un banquero por todas las cantidades que había prestado ó que prestara á una persona á quien había abierto una cuenta; se objetaba el artículo 1129; la Corte respondió que la deuda era determinada en cuanto á la especie, puesto que resultaba de negocios ya hechos entre el deudor y el banquero y que las partes podían continuar haciendo; en cuanto á la cantidad de la deuda, aunque incierta para lo futuro, podía ser determinada por la cuenta abierta en provecho del deudor principal. Se estaba, pues, en los términos del art. 1129. (3)

Núm. 2. Una obligación válida.

133. No es suficiente con que haya una obligación principal, se necesita también que esta obligación sea *válida*; estos son los términos del art. 2012. ¿Qué se entiende por obligación *válida*? ¿En qué sentido el caucionante no se puede

1 Denegada, 16 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 284).

2 Grenoble, 10 de Junio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 67).

3 París, 28 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 156).

comprometer por una deuda que no fuera *válida*; es decir, que fuera inexistente ó nula? Reina una gran incertidumbre acerca de estos puntos en la doctrina y en la jurisprudencia. Lo que es de teoría siempre es incierto, porque distingue las obligaciones inexistentes y las nulas. Admitido por todos los autores, tiene dificultad en penetrar en la jurisprudencia; la Corte de Casación de Francia la ha consagrado, la de Bélgica la desechó. Aquellos mismos que aceptan el principio no tienen doctrina segura en lo referente á las condiciones requeridas para la existencia de las obligaciones ni acerca de las consecuencias que resultan de inexistencia de una deuda. Ya hemos expuesto esta materia tan difícil en el título *De las Obligaciones*; si se admiten los principios que sentamos la aplicación á la caución es fácil. Se hizo en términos claros y concisos por el Relator del Tribunado, Chabot, uno de nuestros mejores jurisconsultos. Se pretende que la distinción de los actos inexistentes y de los actos nulos ó anulables no está consagrada por el Código Civil; hemos probado lo contrario y encontramos una nueva prueba en el informe de Chabot. Comienza por establecer el principio del artículo 2012: "Teniendo la caución por objeto asegurar la ejecución de una obligación resulta que no puede existir más que sobre una obligación que es válida. No pudo ser la intención del legislador hacer asegurar la ejecución de un compromiso que no reconocía como válido." ¿Qué cosa es un compromiso que no es válido á los ojos de la ley? Lo que nosotros llamamos una obligación inexistente ó nula de pleno derecho ó radicalmente nula. Chabot da como ejemplo las obligaciones contrarias á las buenas costumbres y á las leyes; esto es lo que el art. 1134 llama obligaciones sobre causa ilícita, y el 1131 dice que dichas obligaciones no pueden tener ningún efecto; es decir, que no existen. Chabot reproduce estas expresiones: "Las obligaciones

contrarias á las buenas costumbres y á las leyes no pueden ser caucionadas porque son nulas y jamás producen efecto." (1)

Lahary, Orador del Tribunado, reproduce la misma doctrina, casi en los mismos términos: "Si la obligación está prohibida por la ley ó es contraria á las buenas costumbres ó al orden público la caución no puede subsistir, ni la obligación misma, porque siendo nula *de derecho pleno* arrastra necesariamente la nulidad de la caución." La expresión *nula de pleno derecho* es la del art. 1117, es el término legal para marcar que una obligación no tiene existencia legal, que es nula, sin que la nulidad se tenga que pedir en justicia, á diferencia de las actas que se llaman nulas en el sentido de que son anulables, existen y producen todos los efectos que tienen de ley hasta que hayan sido anuladas por el juez. Lahary, después de haber dicho que las actas simplemente nulas pueden ser caucionadas, agrega: "¿Cuándo, pues, la caución es absolutamente nula y que por efecto de esta nulidad decae y desfallece con la obligación principal? Lo he dicho y creo útil repetirlo, es únicamente cuando esta obligación está prohibida por la ley ó que sea contraria á las buenas costumbres ó al orden público." (2) Es decir, cuando la obligación, como lo dice el art. 1131, no puede tener ningún efecto. El Orador del Tribunado erróneamente ha limitado el principio de las obligaciones inexistentes á las que tienen una causa ilícita, porque el artículo 1131 dice la misma cosa de las obligaciones sin causa, lo que en la teoría del Código comprende las obligaciones sin objeto; se debe decir otro tanto de las obligaciones nulas de pleno derecho por falta de consentimiento ó por inobservancia de las solemnidades en los contratos solemnnes.

134. Pasamos á las actas que se llaman nulas en el sen-

1 Chabot, Informe núm. 4 [Loché, t. VII, p. 422].

2 Lahary, Discurso núm. 11 [Loché, t. VII, p. 440].

tido de que son anulables y que la nulidad debe pedirse y ser pronunciada por el juez. Las obligaciones nulas tienen una existencia legal hasta que hayan sido anuladas. En este sentido son válidas y, por consiguiente, pueden ser caucionadas. Esta es la doctrina expuesta por el Relator y por el Orador del Tribunalado. Lahary es más explícito en este punto que Chabot: «Una obligación nula de pleno derecho no puede ser caucionada. Digo una obligación nula de pleno derecho, y es el que se debe distinguir bien.» Pues que si la obligación válida por sí misma fuese susceptible sólo de ser anulada existiendo la obligación la caución también existiría. Pero pudiendo ser anulada la obligación principal la obligación accesoria del caucionante también puede serlo, y con sólo que la obligación principal fuera anulada la caución caería con ella. Chabot da como ejemplo las obligaciones contraídas por error, por violencia ó por dolo; el art. 1117 dice que estas obligaciones no son nulas de pleno derecho, pues solamente dan lugar á una acción en nulidad ó en rescisión. Siendo válidas estas obligaciones en tanto que no han sido anuladas pueden ser caucionadas. ¿Pero cuál será el efecto de la caución? Siendo la obligación principal anulable sucederá lo mismo con la caución: el efecto de la acción en nulidad, dice Chabot, será el mismo para la caución que para la obligación principal; luego la caución caerá con la obligación que está destinada á garantizar.

En apariencia la caución de una obligación nula conduce al mismo resultado que la caución de una obligación inexistente, salvo esta diferencia: que la caución de una obligación inexistente es nula de pleno derecho, mientras que la caución de una obligación nula no decae sino hasta que la obligación es anulada. Esto es verdad cuando la obligación principal es anulada, pero puede no serlo, puesto que se necesita un pedimento en justicia y una sentencia del juez pa-

ra que la obligación principal sea destruida, mientras que la obligación inexistente es necesariamente nula; de manera que la caución de una obligación inexistente jamás tiene efecto, ni puede tenerlo, como lo dice el art. 1131; la caución de una obligación nula produce, al contrario, su efecto en tanto que una sentencia del juez no pronuncie la nulidad de la obligación principal. Y puede suceder que la obligación principal no pueda ser anulada, que se haga válida; en este caso la caución que la garantiza será igualmente válida. Esto es lo que el Orador del Tribunalado establece muy bien. Si la obligación principal es nula por causa de error, de violencia ó de dolo, la nulidad no hace decaer la caución de pleno derecho ó *ipso facto* se necesita una acción en nulidad y una sentencia que anule la obligación. ¿Y por qué la caución subsistirá si la nulidad no es pedida ni pronunciada? Porque el deudor puede no obrar en nulidad, puede renunciar el derecho que tiene de promover en nulidad; el error, el dolo, la violencia, pueden cubrirse por la confirmación se cubren por la prescripción de diez años que es una confirmación tácita. Y si la obligación principal es válida por el silencio del deudor durante diez años ó por una confirmación la obligación toma todos los caracteres de una obligación legal y, por consecuencia, la caución también es válida; está purgada, por consiguiente, del vicio original de que adolecía. No sucede lo mismo con la caución de una obligación inexistente: jamás podrá ser validada porque la obligación principal no tiene existencia legal y no puede tener confirmación; no se confirma la nada. Esta doctrina, profesada por el Relator y el Orador del Tribunalado, tiene una gran importancia. Confirma la teoría de las actas inexistentes que se pretende es extraña al Código; héla aquí consagrada en una de sus aplicaciones por los autores mismos del Código Civil.

135. El principio de que la anulación de una obligación

que adolece de un vicio cualquiera arrastra la nulidad de la caución que la garantiza tiene una excepción. En los términos del art. 2012 «se puede caucionar una obligación aunque pueda ser anulada por una excepción puramente personal al responsable; por ejemplo, en el caso de minoría.» ¿En qué sentido se puede caucionar una obligación nula por causa de incapacidad? Toda obligación que es simplemente nula puede ser caucionada, pero la caución decae cuando la obligación principal es anulada. Es este principio el que deroga el art. 2012. Un menor contrae obligación garantizada por un caucionante. El deudor principal pide que se pronuncie la nulidad ó la rescisión de la obligación que contrajo: ¿resultará el decaimiento de la caución? No, la caución subsistirá en el sentido de que la nulidad no produce más que una excepción puramente personal é incapaz. El art. 2036 confirma la interpretación que dimos del art. 2012; dice: «El caucionante puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á la deuda.» Tal es la excepción de nulidad cuando la obligación adolece de un vicio que la hace anulable. Pero este principio recibe una excepción conforme al segundo inciso del art. 2036: «El caucionante no puede oponer las excepciones que son puramente personales al deudor.» Tal es la excepción de menor de edad de que habla el art. 2012 y, en general, de toda excepción que resulta de la incapacidad del deudor. Volveremos á tratar las excepciones que el caucionante puede oponer; por ahora se trata del principio establecido por el art. 2012: se puede caucionar una deuda nula, pero la acción de la obligación principal arrastrará la de la caución. Por excepción la caución de la obligación contraída por un incapaz subsiste aunque la obligación principal sea anulada. Acabamos de citar los textos que establecen la excepción: nos falta ver si el sentido que dimos á la ley es el que los autores le dan.

Chabot, después de haber enunciado el principio de que la nulidad de la obligación principal arrastra la nulidad de la caución, agrega: «Pero la caución subsiste cuando se trata de una obligación que no puede ser anulada más que por una excepción puramente personal del responsable.» Tal es la contraída por un menor aun no emancipado; no es nula, puesto que el menor tiene el derecho de ejecutarla y de hacerla ejecutar sin que la persona con la cual ha tratado le pueda oponer su incapacidad. El menor puede, sin embargo, hacerse restituir contra esta obligación por causa de simple lesión. Pero esta excepción le es puramente personal y no puede servirle más que á él, no aprovecha al caucionante que debió prever el acontecimiento y pudo voluntariamente exponerse á ello. «El Orador del Tridunado se expresa en el mismo sentido: la caución produce todo su efecto, dice Lahary, cuando la obligación, válida por sí misma, no es susceptible de ser rescindida más que por una excepción personal del deudor.

136. Tal es la teoría del Código según los textos y los motivos expuestos por el Relator y el Orador del Tribunal. ¿Esta teoría está en armonía con los principios? Que una obligación inexistente no pueda ser caucionada es evidente, la caución de la nada no se concibe. ¿Por qué el caucionante accede á una obligación principal? Está sometido, dice el art. 2011, con el acreedor á satisfacer esta obligación si el deudor mismo no la satisface. Y cuando la obligación es inexistente no hay ni acreedor ni deudor; no hay, pues, obligación á la que pueda satisfacer el caucionante. La inexistencia de la caución es una consecuencia lógica de la inexistencia de la obligación principal.

Cuando la obligación es simplemente nula puede ser caucionada, pero si es anulada la caución decae. Este segundo principio está igualmente fundado en la razón. La obligación nula tiene una existencia legal, luego hay una obliga-

ción principal; por tanto, puede haber una obligación accesorio. Pero la obligación principal adolece de un vicio en razón del que puede ser anulada; si está pronunciada la anulación se considera como nunca haber existido; desde luego la caución debe decaer con la obligación á que está destinada á garantizar. Lógicamente no se concibe que haya accesorio cuando no hay principal. Y en razón y en equidad el caucionante no podría ser obligado á satisfacer una obligación que el deudor no está obligado á ejecutar. El caucionante se obliga por el deudor; si paga tiene un recurso contra el deudor principal; y cuando la obligación es anulada no hay deudor principal ni recurso; el caucionante estaría, pues, obligado á cumplir un compromiso que sólo entendió garantizar, y sin tener ningún recurso contra un deudor que está declarado no ser deudor. La razón y el derecho rechazan semejante doctrina.

Este segundo principio recibe una excepción cuando la obligación es nula en razón de la incapacidad del deudor. Si éste es un menor, por ejemplo, puede pedir la rescisión de la obligación que ha contraído; la obligación se rescinde, el caucionante no dejará de estar obligado á ejecutarla; ¿Esta excepción está fundada en derecho y en equidad? Esto nos parece dudoso. Se puede decir de la incapacidad lo que acabamos de decir de los vicios de que adolece la obligación. La obligación contraída por un incapaz existe, luego puede ser caucionada. Si el incapaz no promueve, si confirma, la obligación principal será validada y, por consiguiente, la caución subsistirá. Hasta aquí no hay ninguna diferencia entre la incapacidad y las demás causas de nulidad. Si el incapaz hace anular la obligación que ha contraído; ¿cuál será el efecto del fallo que pronuncie la anulación? Se aplica el principio de que lo que es nulo no produce ningún efecto; luego la obligación se considera como no haber existido. ¿En qué se convertirá la caución? Lógicamente de-

bería decaer con la obligación principal. (1) Qué se dice para justificar la diferencia que la ley establece entre la caución de una obligación contraída por un incapaz y la caución viciada por error, violencia ó dolo? Chabot dice que el caucionante ha *debido* preveer la anulación y que ha *podido* voluntariamente exponerse. Ha *debido preveer*. Esto supone que tenía conocimiento de la incapacidad; puede tener también conocimiento de los vicios del consentimiento ó de cualquier otro vicio de que adolece la obligación; en este caso la situación es idéntica y, sin embargo, tendrá efectos muy difíciles; en el caso de incapacidad el caucionante quedará obligado, mientras que no lo estaría si la obligación fuese nula por otro vicio. Chabot agrega que el caucionante ha *podido* someterse á la obligación de garantizar una obligación previendo que sería anulada. Sin duda me puedo comprometer á pagar una deuda aunque esta deuda fuera declarada nula; pero si me puedo comprometer á ello en caso de incapacidad; ¿por qué no he de poderlo cuando se trate de otro vicio? A decir verdad no es esto ya una caución, pues el caucionante que paga la deuda de un tercero tiene un recurso contra el deudor, mientras que si cauciono una deuda nula con intención de pagarla aunque la deuda fuera anulada no pago ya la deuda de un tercero y no tendría ya recurso; soy en realidad deudor principal, es mi deuda la que pago. Pero esta deuda que pago la pago sin causa. ¿Por qué he caucionado la deuda? Para prestar servicio al deudor por afecto ó liberalidad, y yo no le presto servicio ninguno si no le debo nada, no hago ya un contrato de beneficencia en favor del deudor, hago una liberalidad al acreedor que no entendía gratificar. Esto es una anomalía.

137. Los principios que acabamos de exponer fundándo-

1 Durantón, t. XVIII, p. 309, núms. 302 y 303. Pont, t. II, p. 18, números 31-35, y p. 31, núm. 56.

nos en el texto y en los trabajos preparatorios son los que generalmente se enseñan, y también los que consagra la jurisprudencia. Sin embargo, hay disensiones y aunque se está acorde en los principios no se está de acuerdo acerca de las aplicaciones, y mucho menos aún en las consecuencias que de ellas derivan. Todos admiten que una convención inexistente no puede ser caucionada. ¿Pero cuándo son in-existentes las convenciones? Acerca de este punto se está lejos de estar acordes. Hemos expuesto en otro lugar los principios que rigen esta difícil materia; se verán en los índices las numerosas aplicaciones que hemos hecho de ella; estas aplicaciones están todas controvertidas, luego más ó menos dudosas. Nos limitaremos ahora á dar algunos ejemplos que tomamos de la jurisprudencia.

Interviene un trato entre un tutor y su pupilo antes de que aquél dé cuenta de su tutela. ¿Es este trato inexistente ó nulo? En el caso sentenciado por la Corte de Tolosa había una caución para garantizar la ratificación del trato. La Corte declaró esta caución nula. ¿En qué sentido? Es seguro que el trato era nulo en el sentido de que era nulificable y que la nulidad del trato arrastraba la de la caución. ¿Debe irse más allá y declarar el trato inexistente, así como la obligación del caucionante? Se dice que el trato está marcado de una nulidad radical como contrario á la disposición prohibitiva del art. 472. (1) Esto es muy absoluto; no basta que una ley prohibitiva esté violada para que la convención sea radicalmente nula. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del art. 1134 (t. XVI, núm. 153). Es inútil insistir; en el caso la distinción entre la convención inexistente y el convenio nulo no tenía ningún interés; la caución era nula en cualquiera hipótesis, que el trato fuese radicalmente nulo ó sólo nulificable.

1 Tolosa, 5 de Febrero de 1822 [Dalloz, en la palabra *Minoría*, núm. 596]. Pont, t. II, p. 19, núm. 32.

Un copartícipe que al mismo tiempo era vendedor se obligó á no ejercer la acción de rescisión por causa de lesión; intervino un caucionante para garantizar este compromiso. Se pretendió que la caución era radicalmente nula porque la misma renuncia lo era por el art. 1674. (1) Sin duda, ¿pero de que una renuncia es nula puede decirse que sea inexistente? La renuncia sería inexistente si hubiese causa ilícita, y, en el caso, no puede decirse que la causa fuera ilícita.

Una donación disfrazada se hizo á un sucesor después de que el donante había agotado lo disponible. ¿Es esta una acta inexistente? Así se ha pretendido, pero dando singulares razones para sostenerlo. La Corte de Grenoble dijo que la donación es sin causa; esto sólo prueba una cosa: es la ignorancia que reina acerca de los principios más elementales. ¿Cuál es la causa de una donación? El espíritu de beneficencia ó de liberalidad. Y en el caso el donante tenía de seguro la voluntad bien decidida de gratificar al donatario, puesto que recurría á una donación disfrazada para aventajarlo. Se objetaba que la donación era contraria á los principios constitutivos de la reserva legal. ¿Y qué importa! ¿Acaso las donaciones que tocan á la reserva son nulas radicalmente? La ley no las declara siquiera nulas, sólo dice que están sujetas á reducción. En el caso la donación caía por el todo porque la reserva estaba agotada; la caución que garantizaba la donación caía, pues, con ella. Pero no nos atreveríamos á concluir de esto que el caucionante no podría obligarse en favor del donatario para ponerlo al abrigo de la reducción total. Sólo que esto no sería una caución, sería una obligación principal. (2)

Se dió una caución por una deuda de juego. ¿La deuda

1 Pau, 12 de Enero de 1826 (Dalloz, 1826, 2, 114). Pont, t. II, p. 19, número 32.

2 Grenoble, 4 de Diciembre de 1830 (Dalloz, en la palabra *Caución*, número 64). Pont, t. II, p. 19, núm. 32.

era inexistente así como la obligación del caucionante? En nuestro concepto sí. Transladamos á lo dicho más atrás. (1)

138. El Orador del Tribunalado cita como ejemplo de una caución nula, es decir, anulable, el caso en que la obligación principal está viciada por el error, la violencia ó el dolo. Treilhard, Orador del Gobierno, dice lo contrario en la Exposición de Motivos: «Una obligación contraída *contra la prohibición de la ley*, sorprendida con *dolo*, arrancada por *la violencia*, adoleciendo, en fin, de cualquier *vicio* de esta naturaleza, es *absolutamente nula*; el acta de caución decae, por consiguiente, con ella. (2) Hé aquí una de esas frases sin sentido, que lo enredan todo, que se encuentran muchas en los discursos que por exponerse los motivos de la ley debieran ser de un rigor matemático. El Orador coloca en igual línea las obligaciones contraídas que infringen la ley, es decir, ilícitas (art. 1134) y las obligaciones nulas por vicios de consentimiento; en fin, toda obligación que adolezca de un vicio análogo; y las primeras no existen en virtud de un texto terminante (art. 1131), mientras que las segundas la ley dice terminantemente que no son nulas de pleno derecho, que solamente son anulables (art. 1117); en cuanto á las demás obligaciones que adolecen de un *vicio* son nulas igualmente, puesto que los vicios no arrastran la inexistencia de la obligación sino solamente la vuelven nula. Lo que agrega Treilhard, que la caución decae con la obligación principal, se aplica á las obligaciones nulas y á las inexistentes, con la diferencia de que en el primer caso la caución subsiste en tanto que no sea anulada la obligación, mientras que en el segundo la caución nunca ha existido y no puede ni siquiera ser validada. Nuestra conclusión es, y no hay duda acerca de este punto, que la obligación nula por vicio de consentimiento puede ser caucionada, pero la

1 Véase el tomo XXVII de estos *Principios*, núms. 216 y 219.

2 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 4 (Leocré, t. VII, p. 416).

caución, como lo dice Chabot, participa de la naturaleza del compromiso; cuando la obligación principal es nula la obligación accesoria lo es también; de modo que si la obligación es anulada por vicio de consentimiento la caución decae con ella.

139. Sin embargo, la opinión contraria se halla sostenida en una obra elemental que goza de cierta reputación y que la merece. Mourlón enseña que se puede *válidamente* caucionar una deuda anulable por causa de violencia, dolo ó error. (1) Esta doctrina está en oposición con el texto de la ley tal como ha sido interpretada por los autores mismos del Código; y debemos combatirla precisamente porque la obra de Mourlón se halla en manos de la mayoría de los alumnos. La caución, dice el art. 2012, no puede existir más que para una obligación *válida*. ¿Qué se entiende por obligación válida? El *Relator* y el *Orador* del Tribunalado han contestado la pregunta (núms. 133-135): una obligación inexistente no puede ser caucionada, una nula puede serlo, pero la caución decae si la obligación principal es anulada; no tiene más excepción esta regla que cuando la obligación es nula por causa de incapacidad. Mourlón no tiene en cuenta esta interpretación de la ley dada por los que concurrieron á formarla; no cita ni los informes y discursos de Chabot y de Lahary. Agregándose lo que dice el artículo 2012 asienta que la obligación viciado por *error*, *violencia* ó *dolo* no es nula de pleno derecho (art. 1117); luego es válida en el sentido de que produce sus efectos en tanto que no es anulada; por lo mismo, puede ser caucionada. Sin duda que puede serlo; el Orador del Tribunalado lo dice con todas sus letras y ahí está la diferencia entre una obligación inexistente y una obligación anulable. ¿Pero en qué se convierte la caución cuando la deuda principal es anulada? Tal es la verdadera dificultad. Está resuelta implícitamente por

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 452, núm. 1125.

el segundo inciso del art. 2012, tal como fué interpretado por el Tribunal. En regla general la nulidad de la obligación principal arrastra la nulidad de la caución; sólo hay excepción cuando la nulidad proviene de la incapacidad del deudor; la ley considera esta excepción como puramente personal al deudor en el sentido de que sólo él la puede oponer; el caucionante no tiene este derecho. ¿Qué se contesta al texto? Que los vicios de consentimiento la ley los coloca en la misma línea que la incapacidad, puesto que arrastran la nulidad en interés de aquel cuyo consentimiento está viciado, del mismo modo que la incapacidad es una causa de nulidad en favor del incapaz; se debe, pues, aplicar á los vicios de consentimiento lo que dice el art. 2012 de la menor edad: que es también una excepción puramente personal del que ha sufrido el error, que lo han sorprendido con el dolo ó extorsionado con la violencia. Contestamos que, en teoría, esto no se podría sostener; pero no se trata de la teoría, se trata de lo que ha querido el legislador; y él mismo ha explicado lo que entiende por excepción puramente personal dando el ejemplo de la menor edad. Ha pues, limitado la disposición del art. 2012 con ciertas excepciones que resultan de la incapacidad; tal es la explicación dada por Chabot y por Lahary. Tal es también la tradición que los autores del Código se han limitado á reproducir. (1) Que el legislador haya ó no tenido razón poco importa, ha estatuido; ha decidido implícitamente por el art. 2012, y más claramente por el 2036, que el caucionante se puede prevalecer de todas las cláusulas de nulidad de la obligación principal, con excepción de ciertas causas puramente personales, entendiéndose por esto la incapacidad. Extendiéndose á los vicios del consentimiento lo que los arts. 2012 y 2036 dicen de la incapacidad se extiende una disposición excepcional y una excepción que es una verdadera anomalía

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 381.

(núm. 136); esto es contrario á todo principio de interpretación.

Mourlón dice que las excepciones reales de que habla el art. 2036 por oposición á las excepciones puramente *personales* son las que resultan de la falta de forma en los contratos solemnes y las que resultan de una causa ilícita. Esto, forzoso es decirlo, es una confusión completa entre las causas de inexistencia de las obligaciones y las causas de nulidad. En el segundo inciso del art. 2012 se trata de excepciones que resultan de la *nulidad* de la obligación principal; el ejemplo que la ley da lo demuestra; jamás se ha considerado la *menor edad* como una causa de inexistencia de la obligación que contrae el menor; las obligaciones de las incapaces son simplemente anulables, producen una acción y una excepción de nulidad. Sucede de otro modo en el caso en que la obligación es inexistente; el acreedor no tiene acción, puesto que la nada no produce ningún efecto, como lo dice el art. 1131; el deudor no tiene, pues, necesidad de una excepción. La obligación principal no tiene existencia; desde luego, de pleno derecho y sin que haya acción ni excepción, la caución de una obligación parecida es también inexistente. Sucede lo mismo cuando un contrato tiene una causa ilícita ó cuando se ha hecho una acta solemne sin observar las solemnidades legales. Luego al hablar de las excepciones *reales* el art. 2036 no entendió hablar de las excepciones que un deudor ó un caucionante opusieran á un acreedor que no tuviera ninguna acción. Una excepción de nulidad supone una acción formada por el acreedor contra el deudor ó contra el caucionante, luego una obligación existente de la que se provoca la anulación, ya por vía de acción, ya por vía excepción. Si estas excepciones son *reales* el caucionante no se puede prevalecer de ellas; son personales; es decir, fundadas en el estado de la persona y en la incapacidad que resulta; el caucionante no

las puede oponer. Este es el verdadero sistema de la ley, que apoyan en el texto los trabajos preparatorios y los principios.

140. Después de haber establecido como regla que la caución no puede existir más que para una obligación válida el art. 2012 agrega una excepción en estos términos: "Se puede, sin embargo, caucionar una obligación, aunque pudiese ser anulada por una excepción personal al responsable; por ejemplo, en el caso de menor edad." La ley no dice cuáles son las excepciones puramente personales del responsable, pero el ejemplo que da y los discursos del Tribunal no dejan ninguna duda acerca de la mente del legislador; entiende hablar de la incapacidad del deudor principal. Esta es una causa de incapacidad que le es personal; desde luego en el sentido de que es en razón del estado que guarda el deudor y de la incapacidad que resulta por lo que la obligación es nula; aun le es personal en el sentido de que los incapaces únicamente pueden pedir la nulidad conforme al art. 1125; las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor, el interdicto ó la mujer casada con el que hubieren contratado. Luego refiriéndose á ellos la obligación es válida, y también se considera válida con respecto al caucionante.

La excepción se aplica á todos los incapaces, y son incapaces, conforme al art. 1125, los menores, los interdictos y las mujeres casadas. Hay una dificultad en lo referente á los interdictos; toda obligación contraída por un interdicto puede, en principio, ser caucionada en virtud del art. 2012. Pero se admite al caucionante á probar que el interdicto estaba, cuando el contrato, en la imposibilidad de consentir. Si llega á hacer esta prueba la caución será nula; para decir mejor, inexistente, puesto que la obligación principal lo es; y en donde no hay deudor principal no podría haber caucionante. (1)

¿Cuál es el efecto de una caución de una deuda contraída por un incapaz? El incapaz puede pedir la nulidad por razón de su incapacidad; en este caso el acreedor tendrá el derecho de promover contra el caucionante sin que éste pueda oponerle la excepción de nulidad. Es verdad que en regla general el caucionante puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á su deuda; pero el art. 2036 que establece este principio le trae una derogación en cuanto á las excepciones que son puramente personales al deudor; es decir, que resultan de su incapacidad.

Núm. 3. ¿Puede ser caucionada la obligación natural?

141. Hemos enseñado en el título *De las Obligaciones* que las deudas naturales no pueden ser caucionadas (t. XVII, núm. 28). La razón es que la obligación natural no existe legalmente más que cuando es pagada; es decir, que la ley no le da ningún efecto civil más que cuando la deuda acaba; en tanto que no es pagada la ley la ignora; se la debe, pues, asimilar á una deuda inexistente, la que no puede ser caucionada. La caución implica que hay un deudor principal contra el que puede promover el acreedor; el caucionante paga por él y, por consecuencia, tiene un recurso contra él que está garantizado por la subrogación que la ley establece en favor del caucionante (arts. 2028 y 2029. Cuando la deuda es natural el acreedor no tiene acción contra el deudor; la subrogación, del mismo modo que la acción recursoria, se hacen imposibles; legalmente hablando no hay ni acreedor ni deudor; luego no puede haber caucionante.

Se objeta que el art. 2012 consagra implícitamente la opinión contraria permitiendo caucionar las deudas contraídas por incapaces. ¿Por qué, dicen, la caución es válida

apesar de la anulación de la obligación principal? Porque después de la anulación de la deuda contraída por el incapaz queda una obligación natural á cargo del deudor y ésta es la que puede ser caucionada. Y si las deudas naturales contraídas por incapaces pueden ser caucionadas se debe admitir el mismo principio para todas las obligaciones naturales. Se ha contestado que el art. 2012 hace una excepción y que las excepciones no pueden ser extendidas. (1) Esto es decisivo. Hay, en nuestro concepto, otra respuesta más perentoria: es que la obligación de los incapaces no es una obligación natural. La ley no habla de las obligaciones naturales en los arts. 2012 y 2036; considera la excepción de nulidad que resulta de la incapacidad como una excepción *personal* que no puede oponerse más que por el deudor y de la que el caucionante no se puede prevalecer, y una excepción supone una deuda civil anulable, pero que da una acción, mientras que la deuda natural es una obligación inexistente y que no da acción. ¿Qué es, además, una obligación natural? Es una obligación que en teoría reúne todas las condiciones requeridas para la validez de una obligación, pero á la que el legislador le ha negado acción. ¿Se puede decir que una obligación anulada por causa de incapacidad queda en esencia una obligación susceptible de ser sancionada por la ley? Esto no tiene sentido. El legislador ha dado una sanción á la obligación contraída por un incapaz, la única que podía darle; el acreedor tiene acción contra el deudor, pero éste puede oponerle su incapacidad; si lo hace la obligación estará anulada y, por consiguiente, se considerará como si no hubiera existido nunca. ¿Sucede una obligación natural á la anulación de una deuda? Esto es inadmisibile; la ley no puede reconocer ningún efecto á una obligación de que ha autorizado su anulación. Puede haber

1 Véanse, en diverso sentido, Aubry y Rau, t. IV, p. 676, nota 5, pfo. 442, y los autores que citan.

un deber de conciencia, pero un deber de conciencia no es una obligación natural.

Se ha imaginado la existencia de una obligación natural después de la anulación de la obligación civil imperfecta contraída por el incapaz para explicar el art. 2012. La explicación no explica nada, pues que la pretendida deuda natural no reproduce ningún efecto en favor del caucionante; no tendrá éste ningún recurso contra el incapaz, puesto que la deuda natural no engendra ninguna acción. Se debe agregar que esta explicación no es la de los autores del Código. El Relator del Tribunado se conforma con decir que el caucionante ha debido conocer la incapacidad del deudor, ha debido preveer la anulación de la deuda y pudo someterse á las consecuencias de esta nulidad. Esta explicación no satisface porque es de esencia de la caución que el caucionante tenga un recurso contra el deudor. El art. 2012 queda siempre como una anomalía. ¿Por qué no confesarlo en vez de buscar razones que no justifican la ley?

Hay igualmente una anomalía en el sistema del Código en lo referente á las verdaderas deudas naturales; ya la hicimos notar. Si el deudor puede pagar una deuda natural ¿por qué no permitirle que la caucione? Estas anomalías que presenta la legislación son las que condujeron á los autores á formar una teoría extralegal. Pero esta teoría está también llena de inconsecuencias, sin hablar de las incertidumbres, pues que no hay un solo punto que no se halle controvertido. Necesitamos entrar en algunos detalles porque por esto sólo se puede apreciar la teoría obscura que admite la caución de las obligaciones naturales.

142. Se admite generalmente que las deudas naturales pueden ser consideradas. Nada es más débil que los motivos que los autores dan para esta doctrina. Se lee en las notas de Massé y Vergé acerca de Zachariæ que se puede caucionar una deuda natural porque aquél que está naturalmente obli-

gado no deja por esto de estarlo (1) Esto es dar como motivo para decidir lo que se trata de probar. Sostenemos que el deudor de una obligación natural no está obligado, pues sólo se está obligado cuando puede uno ser forzado á cumplir la obligación, y el pretendido acreedor no tiene acción contra quien está obligado naturalmente; luego no hay acreedor ni deudor. El último autor que escribió acerca de la caución dice que la obligación natural no puede ser caucionada porque es válida en cierta medida. (2) ¿En qué sentido es válida? La ley no atribuye más que un solo efecto á la deuda natural: es que el deudor no puede repetir lo que ha voluntariamente pagado; y, cosa notable, el art. 1235 ni siquiera califica de deudor á aquel que paga una obligación natural. ¿Qué debe concluirse de esto? El Orador del Gobierno dice muy bien que la obligación natural no se vuelve liga civil más que por inducción sacada del pago; luego mientras no hay pago no hay deuda alguna para la ley; y ¿puede concebirse que el caucionante se obligue á pagar una deuda que no existe?

143. En la aplicación de los principios generalmente admitidos las dudas y controversias abundan. ¿Puede caucionarse una deuda de conciencia? Sí, dice Larombière, porque la caución opera una novación que transforma la deuda natural en una deuda civil. Esto es una muy mala razón; lo que prueba que la causa es mala. ¿Cómo había de operar novación un compromiso accesorio que deja subsistir la deuda sin cambiar nada en el objeto ni en las personas? Esto es una novación imaginaria, en la que es inútil insistir porque Larombière ha permanecido solo en su opinión. Sin embargo, su opinión no es tan absurda como se dice. La mayor parte de los autores confunden las obligaciones naturales con los deberes de conciencia, pero retroceden ante

1 Maassé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 66, nota 15.
2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 22, núm. 36.

las consecuencias de la doctrina. Larombière, más lógico, tiene razón de decir que si los deberes de conciencia son deudas se debe también admitir que pueden caucionarse, puesto que se sienta en principio que las deudas naturales pueden ser caucionadas. (1)

144. ¿Es una obligación natural la obligación de los incapaces? Generalmente se enseña la afirmativa. Si la obligación es anulada, se dice, es únicamente porque el legislador presume que el incapaz no ha dado un consentimiento claro y voluntario; pero de hecho puede haber dado el incapaz un consentimiento libre é ilustrado. Luego sobrevive á la anulación una obligación natural. (2) Lógicamente se debería decir que el incapaz está civilmente obligado si se prueba que era capaz cuando el contrato. Decir que sólo está obligado naturalmente sería una inconsecuencia, ¿y para qué? Para nada. Si el incapaz hace anular su obligación el caucionante deberá pagar; en vano demostraría que el incapaz ha dado un consentimiento válido, esta demostración no sería admitida; y cuando se admitiera el caucionante no dejaría de estar sin acción, puesto que la deuda natural no da acción.

Los autores que enseñan que la obligación de los incapaces queda como una deuda natural apesar de la anulación agregan una restricción: la de que se admite al caucionante probar que el incapaz realmente no ha consentido. Esta restricción es inútil y enreda las ideas, pues que se da por excepción una hipótesis que no entra en la regla; en efecto, una cosa es la incapacidad y otra el consentimiento; no se requiere la capacidad más que para la validez de las convenciones, mientras que sin consentimiento no hay obligación.

1 Larombière, *Obligaciones*, art. 1235, núm. 10 (edición belga, t. II, p. 140). En sentido contrario, Pont, t. II, p. 22, núms. 38 y 39.
2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 25, núm. 42, y los autores que cita.

145. El menor acepta una sucesión sin observar las formas prescriptas por la ley; después se hace restituir. ¿Queda una obligación natural que pueda ser caucionada? Sí, dice M. Pont; todos los demás autores intérpretes dicen que no. En nuestra opinión es cierto que no hay obligación natural (núms. 141 y 142). Si la aceptación es anulada se considera como nunca haber existido; luego el menor nunca ha sido heredero; por tanto, no tiene ninguna obligación. Sin embargo, el art. 2012 sería aplicable, puesto que es por razón de su incapacidad por lo que se hace restituir. (1)

146. El tutor verifica un acta sin observar las formalidades que la ley prescribe; se pregunta si la obligación que contrae puede caucionarse. Sí, y sin duda, en nuestro modo de pensar, puesto que el acta simplemente es anulable, pero hará decaer esta anulación á la caución. Hay una opinión contraria que considera el acto como inexistente y que concluye que la caución es nula en su principio. Véase lo dicho (t. XVI, núm. 36). (2)

147. ¿Las actas hechas por la mujer sin autorización pueden ser caucionadas? Pothier las considera como inexistentes, mientras que Domat enseña que son simplemente anulables. Ni uno ni otro hablan de una obligación natural. Los autores modernos dicen que hay una obligación natural que sobreviene á la anulación de la obligación y que puede servir de base á la caución. Obligación puramente imaginaria, pues que en el sistema del Código la obligación está herida de nulidad como consecuencia de la potestad marital: ¿puede haber una obligación natural, contraria á la potestad del marido, que sea de orden público? (3)

¿Qué se debe decidir cuando la mujer vende un fundo do-

1 Ponsot, *De la caución*, núms. 39 y 45, Pont, t. II, núm. 43.

2 Véanse, en diverso sentido, Pont, t. II, p. 26, núm. 44, y los autores que cita.

3 En sentido contrario, Pont, t. II, p. 26, núm. 46, y los autores citados, t. XVII, núm. 28.

tal? Nueva controversia. ¿La venta es inexistente ó nula? No hay ningún motivo para declararla inexistente; luego puede ser caucionada. ¿Habrá lugar á la aplicación del artículo 2012? Sí si la mujer vendió sin estara autorizada. Nó si vendió con autorización marital. En el primer caso la venta es nula por causa de incapacidad; en el segundo la incapacidad de la mujer está fuera de causa; luego el artículo 2012 no es aplicable. (1)

148. Todavía más: se admite que existe una obligación natural cuando el interdicto ha hecho pronunciar la nulidad del acta redactada posteriormente á la interdicción. Hay un motivo especial en este caso para desechar toda obligación. La ley establece una prescripción legal de incapacidad resultante de la sentencia de interdicto. Luego nunca está admitido á probar que el interdicto se hallaba en un momento lúcido. Es, sin embargo, esta prueba la que debería hacer para que hubiese una obligación cualquiera después de la anulación del acta. (2)

149. ¿Sobreviene una obligación natural al juramento decisorio prestado al deudor? La cuestión está controvertida. Lo que se llama obligación natural, en este caso, es un deber de conciencia, y estos deberes no tienen ningún efecto en derecho. (3)

¿Sobreviene una obligación natural á la cosa juzgada y á la prescripción? Estos puntos están ordinariamente controvertidos. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVII, núm. 12).

Núm. 4. *Del consentimiento.*

150. El caucionante se obliga con el acreedor; luego se

1 Véanse, en diverso sentido, los autores y las sentencias citadas en el *Reperitorio* de Dalloz, en la palabra *Caución*, núms. 66 y 67. Hay que agregar Grenoble, 17 de Febrero de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 52).

2 En sentido contrario, Pont, t. II, p. 26, núm. 42.

3 Véase, en diverso sentido, Pont, t. II, p. 28, núm. 50.

necesita el consentimiento de dos partes contratantes. En cuanto al deudor queda extraño al contrato formado entre el acreedor y el caucionante; el art. 2014 concluye que puede uno hacerse caucionante sin orden de aquel por el cual se responde, y aun sin su consentimiento. Volveremos á esta disposición al tratar de las relaciones que resultan de la caución entre el caucionante y el deudor.

151. Consintiendo el caucionante contrae una obligación personal diferenciando del que da una prenda ó hipoteca por la deuda de un tercero. La prenda y la hipoteca son también contratos que exigen el consentimiento de las partes contratantes; pero si doy prenda ó hipoteca por la deuda de un tercero no me obligo personalmente; de manera que si la prenda ó la hipoteca se extingue por la pérdida de la cosa el acreedor no tendrá acción contra mí, pues yo no me obligué al pago de la deuda; he constituido un derecho real sobre una cosa mobiliario ó inmobiliario; es, pues, la cosa la que únicamente está gravada. (1)

El principio de que no hay caución sin compromiso personal del caucionante tiene consecuencias muy importantes. En los términos del art. 2037 el caucionante está descargado cuando no puede ya operarse la subrogación de los derechos del acreedor en favor del caucionante por el hecho de este acreedor. Esta excepción no la puede invocar más que el caucionante; aquel que sólo ha gravado sus bienes como garantía no se puede prevalecer de ella. La Corte de Casación lo juzgó así, y esto no es dudoso, porque el beneficio del art. 2037, como lo diremos más adelante, se deriva de la naturaleza de la caución; no puede, pues, aprovechar más que al que es responsable como caucionante. (2)

El art. 2032 dice que el caucionante puede promover

1 Durantón, t. XVIII, p. 304, núm. 296.

2 Casación, 25 de Noviembre de 1812 (Daloz, en la palabra *Caución*, número 31.

contra el deudor para que lo indemnice aun antes de haber pagado y que hayan pasado diez años desde que la caución hubiese sido contraída. Se juzgó que esta disposición es aplicable al que ha hipotecado sus bienes para seguridad de una renta constituida por un tercero; la Corte invoca la analogía entre el caucionante y el que constituye una hipoteca como garantía de la deuda de un tercero. (1) La analogía es una mala razón cuando se trata de aplicar una disposición hecha para caucionar una convención que no es una caución; hay, sin duda, analogía entre el caucionante personal y el llamado *real*, pero ambas convenciones no dejan por esto de diferir en su esencia: una engendra una obligación personal, mientras que la otra no la produce. Se ha invocado la equidad, y con este fundamento se ha lanzado esta máxima singular: *A falta de texto terminante que nos ligue* (2) *nuestro derecho es la equidad*. Nó, el derecho no es la equidad sino los principios que, fundados en la ley, están establecidos por la ciencia. Y el más elemental de los principios que presiden la interpretación de las leyes es que las disposiciones excepcionales no se pueden extender aun cuando hubiese analogía; y el art. 2032, al permitir al caucionante promover antes de haber pagado, ciertamente que establece una excepción al derecho común; luego es de estricta interpretación. La equidad aquí está fuera de causa, no es un motivo para decidir más que cuando hay en la ley un vacío que los principios no puedan llenar.

152. El principio de que el caucionante se obliga personalmente no significa que el compromiso del caucionante se adhiera á su persona. En los términos del art. 2017 los compromisos de los caucionantes pasan á sus herederos. Esto

1 Bruselas, 2 de Abril de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 349).

2 Ponsot, *De la caución*, núm. 16. Compárense Troplong y Daloz que abundan en este sentido al mismo tiempo que no admiten la máxima en el sentido absoluto que presents.

es de derecho común (art. 1122); y no se ve por qué los autores del Código Civil han creído deber decirlo del caucionante cuando no lo han dicho de los demás contratos. La historia del derecho nos da la explicación de esta singularidad. En el antiguo derecho romano y en el derecho francés de la Edad Media la caución no pasaba á los herederos, tal vez porque se consideraba un servicio de amistad del mismo modo que el mandato. Hay algo de verdadero en esta doctrina, pero no tiene en cuenta los derechos del acreedor que no habría contratado sin la caución. El Código ha, pues, hecho bien en mantener el derecho común. (1) Sin embargo, admite una excepción para uno de los efectos que produce la caución: cuando el caucionante está sometido á la prisión esta vía de ejecución no puede ser ejercida contra los herederos. «Esta es una regla general, dice el Relator del Tribunado, que los herederos no pueden ser aprisionados por la ejecución de algunos de los compromisos contraídos por aquellos á los que suceden.» (2) La regla y la excepción no son más que de historia, la prisión está abolida en Francia y en Bélgica.

153. «La caución no se presume debe ser expresa» (artículo 2015). Es obvio decir que la caución no se presume, ninguna obligación se puede presumir. La ley podía conformarse con decir que la caución debe ser expresa, lo que excluye la caución tácita; se necesita una manifestación de voluntad dada por palabras; este es el sentido de la palabra *expresa*, como lo dijimos alguna vez. El art. 2015 deroga en este punto los principios generales de derecho: En regla general el consentimiento se expresa por hechos tanto como por palabras; es un viejo adagio que el consentimiento tácito tiene la misma fuerza que el expreso. ¿Por qué la ley no admite una caución tácita como admite un mandato tácito?

1 Durantón, t. XVIII, p. 323, núm. 322. Pont, t. II, p. 61, núm. 110.
2 Chabot, Informe núm. 8 [Locré, t. VII, p. 423].

La caución es un compromiso muy peligroso; hay un proverbio que dice: «El que cauciona paga.» El que cauciona tiene confianza en la solvencia del deudor; muy amenudo esta confianza ya es burlada; el caucionante está obligado á pagar y el recurso que tiene contra el deudor insolvente es derisorio. La ley ha querido garantizar á aquel que sirve de caucionante contra la inclinación á un sentimiento irreflexivo; se deja uno guiar fácilmente de una promesa inspirada por el afecto y por la benevolencia; pero cuando se trata de obligarse seriamente se titubea. Generalmente estos compromisos se hacen por escritos y se promete más difícilmente por escrito que verbalmente. La ley ha querido impedir que se interpretase como una promesa lo que es una recomendación por la que el que recomienda no entiende hacerse garante de la persona recomendada. La diferencia es algunas veces delicada, pues la ley no exige términos sacramentales.

Al juez toca apreciarlo, y la regla del artículo 2015 le servirá de guía: sólo debe considerar como caucionante al que se obligó como tal.

La jurisprudencia está en este sentido. Un notario, al mandar á un compañero el avalúo de inmuebles cuyo valor exacto le había pedido éste, debiendo dichos inmuebles hipotecarse para seguridad de un préstamo, agregó en su carta «que él los compraría en cualquier tiempo por aquel valor.» ¿Era esto portarse garante del valor de los inmuebles valuados por él? Nó, dice la Corte de Nancy. Las palabras que acabamos de transcribir sólo eran una protesta que los valuadores hacen para afirmar la exactitud de su valúo. Interpretar las noticias oficiosas por las palabras que las acompañan como siendo una caución sería poner la desconfianza y la inquietud en los negocios y hasta en las relaciones amigables. Es precisamente para evitar estas falsas interpretaciones por lo que el legislador escribió en la ley es-

ta regla de interpretación: que la caución no se presume y que debe ser expresa. (1)

154. Chabot dice, en su informe al Tribunado, que una simple recomendación ó una invitación á prestar dinero ó administrar mercancías á una persona de la que se certifica la solvencia no es una caución. (2) Esto es una doctrina tradicional que la jurisprudencia antigua había consagrado. Escribo á mi corresponsal: «Fulano tiene que llevar á su hijo al colegio, es un hombre de probidad que os pagará bien.» Fué sentenciado que esta recomendación no forma caución; una cosa es anunciar que se cree un hombre solvente y otra es caucionarle. (3)

La Corte Bruselas lo sentenció así en un negocio en que las recomendaciones y protestas no fallaban. Un comisionista hizo trato con una sociedad carbonera para la entrega de 100,000 hectólitros de carbón, mediante una comisión de 2 p. ∞ El comprador quebró. Acción por pago de la comisión y demanda reconventional contra el comisionista como garante del trato. El demandado invocaba las cartas del comisionista. Este había escrito al representante de la sociedad. «Os doy la seguridad de que no os comprometeré ni perderá la sociedad. Me esfuerzo en procurar buenos negocios á dicha sociedad y nunca perderá con mis recomendaciones.» La correspondencia contenía otras largas protestas. No obstante, el primer juez, así como la Corte de Apelación, rechazaron la demanda de la compañía. La Corte de Bruselas dijo que el demandante sólo había intervenido como como comisionista; es decir, como mandatario; la carta que la sociedad invocaba no contenía una promesa de caución; no decía en términos expresos lo que el art. 2015 exige para que el comisionista fuera garante, ni palabras

1 Nancy, 9 de Abril de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 193).

2 Chabot, Informe núm. 9 (Loché, t. VII, p. 423).

3 Merlier, Repertorio, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. 1 (t. III, página 470).

equivalentes. Había en el caso un motivo perentorio para decidirlo así; el comisionista que garantiza la solvencia del comprador estipula ordinariamente una indemnización en favor del acreedor; esta es la convención llamada «*ducroire*» (núm. 124). Y el comisionista no la había estipulado; desde luego era seguro que no entendía intervenir como caución. (1)

155. ¿Quiere esto decir que la recomendación no arrastra nunca una responsabilidad á cargo de quien la hizo? La recomendación, aun de buena fe, puede constituir un cuasidelito y, por consiguiente, comprometer la responsabilidad del que la hizo. Traducimos á lo dicho en el título *De los compromisos que se forman sin convenciones*. (2)

156. Toda garantía no es una caución. Se ha pretendido ante la Corte de Casación que el vendedor garante de la evicción se reputa por esto mismo caucionante. La Corte ha desechado esta extraña pretensión del fisco en materia de registro. Si el vendedor es garante no cauciona, pues ¿á quien caucionaría? El mismo es deudor principal, lo es en virtud de la naturaleza de la venta y aun por su esencia en derecho moderno. Esta garantía, á diferencia de la común, no debe estipularse, existe de derecho. Nada, pues, hay de común entre la garantía del vendedor y la que incumbe al caucionante. (3)

157. Al decir que la *caución* debe ser expresa el artículo 2015 entiende hablar de la obligación contraída por el caucionante. Para que exista esta obligación es necesario que el contrato de caución esté perfecto; lo que implica el concurso de consentimiento del acreedor. ¿Debe ser expreso el consentimiento del acreedor? Se podrá sostener así ateniéndose á la letra de la ley, puesto que dice que la

1 Bruselas, 18 de Julio de 1853 (Pasiorisia, 1854, 2, 356).

2 Compárese Rouen, 30 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 154).

3 Casación, 23 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161).

caución, es decir, que el *contrato*, debe ser expreso. Pero esta interpretación sería contraria al espíritu bien evidente de la ley. Esta quiere garantizar el caucionante contra una promesa irreflexiva; en cuanto al acreedor no contrae ninguna obligación; no hay, pues, ninguna razón para derogar en lo que á esto se refiere los principios generales de derecho. El texto no es contrario; cuando la ley dice que la *caución* debe ser expresa entiende por esto la obligación del caucionante, puesto que éste solo se obliga. Síguese de esto que la aceptación del acreedor puede ser tácita. (1)

La Corte de Casación lo sentenció así confirmando por una sentencia de denegada una resolución que, de hecho, nos parece dudosa. Un negociante escribe á un banquero para que adelante una suma de 5000 francos á tal casa, agregando: «Ofrezco mi garantía personal si os puede ser agradable.» La suma fué entregada y el tomador quebró. De esto una acción contra el negociante á cuyo pedimento fué hecho el anticipo de 5000 francos. ¿Había caución? El primer juez decidió que la carta no implicaba caución alguna. Esta no era la cuestión; se trataba de saber si la oferta de caución había sido aceptada por el banquero. La Corte de Rennes sentenció que el ofrecimiento había sido aceptado por la misma entrega de los 5000 francos entregada al tomador y la subscripción de un vale por igual suma. El recurso, admitido por la Sala de Requisiciones, fué desechado por la Sala Civil sobre conclusiones del Abogado General. (2) Había duda; los hechos alegados por el demandante no probaban con certeza que el banquero había entendido entregar los fondos sólo bajo la condición de la caución que se le ofrecía. ¿Si tal fué su pensamiento no lo hubiera dicho al corresponsal?

158. La ley no dice en qué forma debe expresarse el

1 Massé y Vergé sobre Zachariae, t. V, p. 69, nota 6.

2 Denegada, Cámara Civil, 28 de Agosto de 1872 [Dalloz, 1872, 1, 396].

consentimiento. Resulta que mantiene los principios generales establecidos en el título *De las Obligaciones*. (1) La caución puede, pues, constar por acta auténtica ó por acta privada, y hasta verbalmente, como lo dice del mandato el art. 1985. Este artículo agrega que el mandato puede ser dado *aun por carta*. Fué sentenciado que la caución puede ser establecida por la correspondencia de las partes y que entra exclusivamente en las atribuciones de las cortes de apelación el apreciarlo. (2) Esto es demasiado absoluto. Si se trata de una caución mercantil la decisión es justa, pero en materia civil es muy contestable. Sólo hay una sola disposición del Código que mencione las cartas como pruebas: es el art. 1985; y el modo con que está redactado prueba que es una excepción; en efecto, las cartas no son *actas*, y sólo las *actas* son pruebas. Sin embargo, no prescribiendo la ley ninguna forma especial para los escritos jurídicos, fuera de los casos previstos por los arts. 1325 y 1326, se puede sostener que una carta basta para probar la promesa de caución y la aceptación del acreedor. Pero la cuestión de saber si la caución permanece bajo el imperio de la regla general ó si debe aplicársele el artículo 1326 está muy controvertida. Transladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 224) y al título *Del Mandato* (t. XXVII, núm. 447).

Quando la caución se recibe por acta auténtica hay que aplicar la ley de 25 Ventoso, año XI, acerca del notariado. Un notario recibe una acta de préstamo declarando estipular por el prestamista ausente. En esta misma acta interviene un tercero como caucionante del tomador y constituye una hipoteca para asegurar la caución. El acta de préstamo era nula como auténtica en virtud de la ley de Ventosa (art. 8) que prohíbe á los notarios, bajo pena de nuli-

1 Durantón, t. XVIII, p. 307, núm. 293, y todos los autores.

2 Denegada, 14 de Marzo de 1811 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 158).

dad, recibir actas en las que sean partes; pero podía valer como escritura privada, puesto que estuvo formada por las partes. Lo mismo pasaba con la caución; pero la hipoteca, siendo una acta solemne, era radicalmente nula. El primer juez había declarado el acta válida, en cuanto á la caución, puesto que el notario no estipulaba por el caucionante, quien estaba presente en el contrato. La sentencia fué casada. Si la caución hubiera sido recibida por acta distinta la decisión fuera justa, pero en el caso la caución era una condición del acta de préstamo; luego una cláusula del acta con el que sólo era una; desde luego la nulidad del acta principal arrastraba la nulidad de la cláusula accesoria; esto es, dice la Corte, una consecuencia de la unidad é individualidad del acta. (1) Nos queda una duda. Una acta puede contener convenciones distintas, y el préstamo y la caución son contratos diferentes aunque la obligación del caucionante sea accesoria á la del tomador; en cuanto á la prueba especialmente había en el caso tres convenciones diversas: un préstamo, una caución y una hipoteca; y sólo el préstamo era nulo, puesto que el notario lo había estipulado sólo por el prestamista como tal y no por éste como interviniendo en una acta de caución y en otra de hipoteca.

159. Cuando la caución se da verbalmente la prueba testimonial sólo se admite conforme á las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones*. Es el derecho común; luego la prueba por testigos no se admitirá si el monto de la caución pasa de 150 francos, á no ser que exista un principio de prueba por escrito. (2) Si la caución fuera comercial la prueba por testigos sería admisible indefinidamente. El principio no es dudoso, pero la aplicación suscita algunas dificultades; ¿cuándo es mercantil la caución? Cuando

1 Casación, 11 de Julio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 401).
2 Denegada, Cámara Civil, 1.º de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4099, 2.º)

el caucionante hace un acto de comercio al caucionar la decisión no es dudosa. Pero por sí misma la caución es un contrato civil, como lo diremos más adelante; luego está sometida á las reglas acerca de las pruebas en materia civil. La jurisprudencia va más allá: una sentencia de la Corte de Casación admite las pruebas del Código de Comercio por sólo que la *materia del proceso* sea mercantil; y en el caso la obligación principal era en verdad comercial, pero la caución era civil. (1) La Corte de Limoges ha sentenciado en términos generales que la caución como accesorio de un contrato mercantil puede prestarse por testigos. (2) En nuestro concepto esto es llevar demasiado lejos las consecuencias del principio de que la caución es un contrato accesorio. Aunque accesorio tiene particular naturaleza: es un contrato de beneficencia; luego esencialmente civil; y permanece civil aun cuando la obligación principal es mercantil; bajo este punto de vista la calidad de contrato accesorio no puede tener influencia alguna en la prueba; la caución se prueba según las reglas del derecho civil, y el contrato principal según las reglas del Código de Comercio.

Núm. 5. De la capacidad.

160. Es necesario ante todo, dice Pothier, que el caucionante sea capaz de contratar y de obligarse como tal. Treilhard reproduce este principio que es evidente: ¿De qué serviría, dice, el compromiso de un hombre que no pudiera comprometerse? (3) Los autores enseñan generalmente que, en cuanto á la capacidad del caucionante, se siguen las reglas generales acerca de la capacidad de obligarse. (4) Se

1 Denegada, 17 de Marzo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 293).

2 Limoges, 9 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *Acta de comercio*, número 314).

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 387. Treilhard, *Exposición de los motivos*, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 417).

4 Durantón, t. XVIII, p. 315, núm. 309.

ha objetado que la capacidad de obligarse no basta: siendo la caución un contrato de beneficencia, se dice, es necesario que el caucionante esté capaz para disponer á título gratuito. (1) ¿No podría contestarse que la caución se contrata entre el caucionante y el acreedor y que para con el acreedor el acta no es una liberalidad? (núm. 122) Además, la caución no es gratuita por esencia; no se puede, pues, tomar lo gratuito como punto de partida para inducir que el caucionante debe ser capaz de dar. Es más exacto decir que la caución es un acto de disposición; en efecto, el caucionante se obliga á pagar sin obtener nada en compensación de los riesgos que corre, ni del deudor ni del acreedor; dispone de lo que se obliga á dar al acreedor, pues pagar es disponer. El principio es, pues, que los que no son capaces de disponer no pueden ser caucionantes. Tal es el tutor; es capaz para obligarse en los límites de su poder de administración, pero no puede caucionar en nombre del menor, porque caucionar no es administrar, es disponer: el que cauciona paga. Por la misma razón el menor emancipado no puede caucionar, porque no puede hacer ningún acto que no sea de pura administración sin observar las formalidades prescritas para el menor no emancipado (art. 484); y caucionar no es seguramente un acto de pura administración. En cuanto á los interdictos tiene absoluta incapacidad, cuando menos para lo que se refiere á actas pecuniarias.

Las mujeres casadas no son incapaces más que en este sentido: que no pueden hacer ningún acto jurídico sin autorización marital; autorizadas pueden disponer y, por consiguiente, caucionar. Cuando la mujer está separada de bienes está libertada de la potestad marital en lo que se refiere á los actos de administración; esto decide la cuestión de la caución; no es un acto de administración, y fuera de estos actos la mujer es incapaz. La Corte de Poitiers lo resolvió

1 Pont, *De los pequeños contratos*, p. 32, núm. 57.

así, calificando de acto de debilidad la caución dada por la mujer sin ningún provecho para ella. (1) Esto no es un motivo jurídico; la mujer separada de bienes puede también hacer actos de administración que le sean provechosos; esto no impide que esté ligada por estas actas.

Las personas colocadas bajo consejo judicial no se cuentan entre los incapaces; su incapacidad sólo es especial y queda cubierta por la asistencia del consejo; como les está prohibido enajenar hay que concluir que no pueden caucionar.

§ III.—EXTENSIÓN DE LA CAUCIÓN.

161. La caución es una obligación accesoria. ¿Debe concluirse de ello que es idéntica á la obligación principal en cuanto á su extensión? El art. 2013 distingue: «La caución no puede exceder lo que debe el deudor ni ser contratada bajo condición más onerosa.» Siendo la caución un contrato accesorio no se concibe que la obligación del caucionante sobrepase la del deudor principal; esto fuera contrario á la esencia de la caución tal cual la define el art. 2011. El caucionante se obliga á satisfacer la obligación del deudor si éste no la cumple; el caucionante no responde, pues, por la obligación del deudor. ¿Quiere esto decir que esté necesariamente responsable de cualquiera obligación? Nó, pues la garantía de una deuda puede ser parcial; las partes son libres de estipular como lo quieran. Esto está también fundado en razón. El acreedor puede tener confianza en la solvencia del deudor por cierta parte de la deuda; basta, en tal caso, que el caucionante le garantice el pago en tanto que la deuda excede la solvencia del deudor.

Lo que decimos del monto de la deuda se aplica también á las condiciones, pues éstas hacen parte de la deuda, la

1 Poitiers, 3 de Febrero de 1858 (Daloz, 1859, 2, 72). Compárese Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. IV, p. 145, nota 36.

agravan ó disminuyen su carga; es más oneroso pagar una deuda inmediatamente que hacerlo con plazos, y una obligación condicional es menos onerosa que una obligación pura y simple. El lugar en que es pagadera una deuda puede ocasionar gastos al caucionante ó dispensarlo de hacerlo; esta circunstancia debe también tomarse en consideración para decidir si la deuda es más ó menos onerosa. En fin, las cláusulas de la convención, una pena estipulada, un modo de ejecución, pueden volverse un cargo. Las condiciones bajo las cuales el caucionante se obliga no pueden ser más onerosas porque sería exceder la deuda; pueden ser menos onerosas: esto depende del interés del acreedor y sólo él es juez de ello. (1)

Hay poca jurisprudencia en esta materia que desempeña un gran papel en la teoría. No entra en nuestras costumbres que el caucionante se comprometa á más, y el acreedor tiene siempre interés en que este compromiso del caucionante no sea menor que la deuda principal. La Corte de Douai aplicó el art. 2013 en un caso en que ni siquiera había lugar á esta aplicación. Un banquero abre un crédito de 12,000 francos á un negociante; interviene un tercero para caucionarle. Quiebra del acreditado. El caucionante paga los 12,000 francos por haberle asegurado el banquero que esta era la suma que se le debía. Pero sucedió que el banquero sólo fué admitido por 6010 francos. El caucionante promovió la restitución de lo que había pagado de más. Fué sentenciado que no pudiendo la caución exceder lo debido por el deudor el caucionante en el caso sólo estaba obligado por 6010 francos, y que, por consiguiente, podía repetir lo que había pagado indebidamente. (2) En realidad no se trataba de una caución excediendo la deuda principal, pues el caucionante sólo se había obligada á esta deuda, pero era

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 370.

2 Douai, 9 de Enero de 1841 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 76).

una deuda futura cuyo monto dependía de los anticipos hechos por el banquero; siendo los créditos sólo por 6010 francos se entiende que el caucionante no podía estar obligado más allá de lo que debía el banquero.

162. ¿Puede el caucionante dar á la deuda principal una seguridad real, tal como una prenda ó una hipoteca? Sí, y sin ninguna duda. Esto no es agravar su condición; en efecto, la hipoteca sólo toca á las relaciones del acreedor hipotecario con los acreedores quirografarios, le da una colocación de preferencia, pero no agrava la situación del deudor; que éste haya ó no hipotecado el acreedor puede expropiar al caucionante; que lo haga en virtud de una hipoteca ó en virtud del derecho de prenda del art. 2092 esto importa poco al caucionante. Es en este sentido en el que Pothier dice que el caucionante puede estar más estrechamente obligado en cuanto á la *calidad de la liga*. Da como ejemplo que el fiador puede ser obligado por encarcelamiento mientras que el deudor principal no. El caucionante que da una hipoteca está obligado en virtud de una doble liga: una personal, la otra real; pero no por esto está obligado más duramente, puesto que en virtud de la liga personal el acreedor tenía también acción en sus bienes. (1)

163. Se pregunta si el caucionante aprovecha del plazo de gracia que el juez concede al deudor principal. Esta cuestión es, en realidad, extraña al art. 2013, pues no se trata de un plazo estipulado por el caucionante. Es seguro que el caucionante puede estipular un plazo aunque no lo tenga el deudor principal; esta es una de las condiciones menos onerosas que permite la ley. No es tampoco el caso de aplicar el art. 2036 relativo á las excepciones que el caucionante puede oponer al acreedor, pues estas excepciones resultan de la convención, mientras que el plazo de gracia es

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 376. Aubry y Rau, t. IV, p. 673, nota 4, pfo. 423.

tá, el contrario, concedido apesar de la convención. La cuestión es, pues, enteramente distinta. Cuando el juez concede un plazo al deudor resulta que se suspenden las promociones; el acreedor no puede, pues, discutir los bienes del deudor. El caucionante tiene el beneficio de excusión; es decir, que debe pagar sólo después de que el acreedor haya embargado y vendido los bienes del deudor principal. Si estos bienes no pueden ser discutidos la promoción del caucionante se hace imposible hasta que el plazo de gracia haya expirado. El juez que concede un plazo al deudor no puede quitar al caucionante un derecho que le pertenece; estando suspendida la excusión lo mismo debe suceder con la promoción del acreedor contra el caucionante. La doctrina y la jurisprudencia son asaz confusas en esta materia. Esto es porque parten de un principio que no es exacto colocándose en el terreno de los arts. 2003 y 2036. (1) Creemos inútil insistir porque los principios están seguros.

164. ¿Qué debe decidirse si el caucionante excede la deuda ó si se contrató bajo condiciones más onerosas? El artículo 2013 contesta que la caución no es nula, que sólo es reducible en relación de la obligación principal. Los autores del Código han seguido en este punto la opinión de Pothier, contraria á la doctrina romana. Se dice en favor de esta doctrina que siendo la caución esencialmente una obligación accesoria de la obligación principal el compromiso del caucionante está viciado en su esencia cuando el accesorio sobrepasa lo principal. Este es un argumento lógico: bueno en ciencias exactas, malo en ciencias morales. Pothier dice que el argumento es más sutil que sólido. Todo lo que puede concluirse del carácter accesorio de la caución es que el caucionante que se obligó á más que el deudor principal no está obligado por esta demasía; pero nada impide que res-

1 Pont, t. II, p. 401, núm. 73. Compárense las sentencias eclectadas por Dalmoz, en la palabra *Caución*, núm. 79.

por da por la obligación del deudor, pues al quererse obligar por mayor suma quiso cuando menos obligarse por la que el deudor tiene ofrecida. Esto equivale á decir que la cuestión no es una cuestión de lógica, que debe ser decidida según la intención de las partes contratantes, y bajo este punto de vista la decisión no es dudosa. Pothier añade que siguiéndose las leyes romanas en las provincias de costumbres sólo porque se les considera conformes á la equidad debe uno apartarse de ellas en lo que se refiere á la obligación excesiva del caucionante y decidir que queda obligado como lo está el deudor principal, menos en lo excedente y en las condiciones más rigurosas. (1) Estas palabras de Pothier merecen toda nuestra atención; determinan la verdadera utilidad que el derecho romano tenía en los países de costumbres y las que los autores le han reconocido, pues su guía exclusiva es Pothier: no habla más de Domat, quien también escribía en un país de costumbres. Debemos, pues, abandonar al Digesto para atenernos al derecho tal cual lo había modificado la equidad de las costumbres.

Los oradores del Gobierno y del Tritunado abundan en este orden de ideas. Treilhard dice en la Exposición de los Motivos: «El reino de las sutilezas ha pasado.» Esto es significativo, puesto que se trataba de una doctrina romana. Lahary pregunta si la caución que excede la deuda principal es nula. Nó, responde el Orador del Tribunado, sólo será reducible en proporción á la obligación del deudor: *nada más racional que esta disposición*. (2) Esto es decir que las sutilezas romanas no eran muy racionales; el derecho no es una lógica, es una faz de la vida real; es, pues, la voluntad del hombre la que domina en él; el hombre no está hecho para los principios, éstos son los que se hicieron para los hombres.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 375.

2 Treilhard, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Lozeré, t. VII, p. 417).

165. En principio, y salvo convención contraria, la obligación del caucionante tiene la misma extensión que la del deudor. Lo que no quiere decir que tenga en todo los mismos efectos. Ambas obligaciones nacen de convenciones diferentes; pueden, pues, tener efectos diferentes. Si la obligación principal resulta de un compromiso comercial las partes pedirán justicia á los tribunales de comercio. ¿Quiere decir esto que el que cauciona esta convención debe también ventilarla en jurisdicción consular? En principio no, pues la caución es un acto civil por su naturaleza, puesto que es un contrato de beneficencia; é igualmente para el acreedor; no se puede decir que la caución sea una convención comercial aunque en lo que á él se refiere no haya liberalidad; es un compromiso por el cual el caucionante se obliga á pagar si el deudor no cumple con su obligación; no hay nada de comercial en este compromiso, es puramente civil; luego no hay competencia de jueces consulares que sólo están establecidos para conocer las contestaciones relativas á actos de comercio y las relativas á transacciones mercantiles (Código de Comercio, art. 631). En vano se diría que la caución es la accesoria de una convención mercantil; esto es verdad en el sentido de que no hay caución sin deuda principal y que la extensión de la obligación accesoria no puede sobrepasar la de la obligación principal; pero esto no significa que la obligación del caucionante se confunda con la del deudor hasta el punto de perder su naturaleza. Semejante consecuencia sería contraria al principio de orden público que determina la competencia de jurisdicciones excepcionales.

No insistimos porque la cuestión es de derecho mercantil. Importa, sin embargo, hacer constar la jurisprudencia, puesto que toca al derecho civil. La Corte de Casación formula el principio en los términos más absolutos y lo aplica al caso en que el caucionante fuese comerciante: «El

contrato de caución, aun cuando la obligación que tiene por objeto garantizar es comercial, es un contrato puramente civil aunque también el que la consienta sea comerciante, á menos que el acta de caución no haya sido dada en una forma mercantil ó tenga un hecho mercantil por su naturaleza.» (1) Se ve que la Corte no se ha tomado el trabajo de motivar el principio aunque haya casado la sentencia atacada por haberla violado.

Se presenta una duda cuando el caucionante se obliga solidariamente. ¿No se debe, en este caso, aplicar el principio de que los codeudores solidarios se consideran como un solo y mismo deudor? Se contesta que los caucionantes no se asimilan en todo á los deudores solidarios aunque se obliguen solidariamente. Volveremos á este punto. Además, es muy absoluto decir que los codeudores se consideran como un sólo y mismo deudor: el art. 1201 establece una diferencia entre los diversos codeudores solidarios: pueden estar obligados diferentemente aunque por la misma cosa; se concibe, pues, que el deudor contrae un compromiso mercantil mientras que el caucionante solidario contrae una deuda puramente civil. La Corte de Casación lo juzgó así en una especie en que la caución estaba demandada accesoriamente al mismo tiempo que el deudor principal ante el Tribunal de Comercio. «La caución, dice la Corte, aunque solidaria y dada por una obligación mercantil que nacía de un comerciante no deja de conservar su carácter de compromiso distinto y puramente civil; por consiguiente, los tribunales de comercio son incompetentes en razón de la materia. Poco importa, pues, que el caucionante se obligue solidariamente, como también que el acreedor actúe al mismo tiempo que el deudor; éste debería actuar

1 Casación, 21 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 459). Compárese Pont, t. II, p. 46, núm. 81.

ante el Tribunal de Comercio y el caucionante ante el Tribunal Civil.» (1)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en el mismo sentido. (2) Una sentencia de la Corte de Bruselas responde especialmente á la objeción sacada de la unidad de deuda que resulta de la solidaridad. Estos motivos suplen el laconismo de la Corte de Casación de Francia: «La jurisdicción excepcional de los tribunales de comercio debe encerrarse en los límites trazados por la ley y no se la puede extender fuera de los casos que ella prevee bajo pretexto del inconveniente que tendría el acreedor de dividir su acción contra dos deudores solidarios.» Se objetaba el artículo 637 del Código de Comercio; según esta disposición el Tribunal de Comercio es competente cuando las letras de cambio ó pagarés á la orden no tengan por objeto operaciones de comercio que lleven al mismo tiempo firmas de negociantes y de personas no comerciantes. La Corte de Bruselas dice muy bien que este artículo prueba contra los que lo invocan; en efecto, consagra una excepción, y la excepción confirma la regla; la regla es, pues, la incompetencia de los tribunales de comercio con respecto á las deudas que son civiles en lo relativo al caucionante y comerciales en lo relativo al deudor. Siendo la incompetencia de orden público prevalece al inconveniente que resulta al acreedor de dividir su acción. (3) Otra sentencia de la misma Corte prueba que la calidad del comerciante que pertenece al caucionante nada tiene de común con el carácter de la acción; el caucionante era padre de la deudora y por cariño á su hija se hizo caucionante; luego la obligación de éste

1 Denegada, Cámara Civil, 16 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 209, 210, 2 sentencias)

2 Bruselas, 30 de Octubre de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 207), y 3 de Febrero de 1849 (Pasicrisia, 1849, 2, 346); Lieja, 17 de Febrero de 1842 (Pasicrisia, 1842, 2, 139); Gante, 20 de Noviembre de 1851 (Pasicrisia, 1852, 2, 36).

3 Bruselas, 28 de Mayo de 1832 (Pasicrisia, 1832, p. 151).

quedaba civil aunque estuviese firmada por un comerciante. (1)

166. La jurisprudencia admite una excepción á los principios que acabamos de exponer cuando el compromiso del caucionante es comercial. Sucede así: primero, desde que la caución se dió en forma comercial; en segundo lugar, cuando el caucionante se obliga comercialmente, es decir, cuando la caución es un acto de comercio; lo que supone que su compromiso está interesado después que forma parte en el contrato en el que accede como garantía. Nos limitaremos á establecer los principios trasladándonos á las sentencias que lo consagran; la cuestión de saber cuándo una convención constituye un acto no es de nuestro estudio. (2)

§ IV.—INTERPRETACION DE LA CAUCION.

Núm. 1. El principio.

167. Es principio tradicional que la caución es de estricta interpretación. (3) Este principio está fundado en la misma naturaleza de la convención. El que cauciona al deudor presta un servicio gratuito al deudor y también al acreedor en este sentido: que éste trata con toda seguridad mediante la garantía que le ofrece el caucionante, y como estipula en interés suyo está por esto mismo interesado en la caución. El caucionante solo no tiene ningún interés en la transacción en que accede; se expone al deber de pagar sin tener un recurso útil contra el deudor principal. Cuando esta mala suerte se realiza la caución es la más desfavorable de las convenciones. El caucionante se encuentra ha-

1 Bruselas, 3 de Junio de 1854 (Pasicrisia, 1855, 2, 109).

2 Véanse las sentencias de 1855 y de 1866 citadas, p. 175, nota 1, y p. 176, nota 1, y denegada, 5 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 403). Compárese Bruselas, 8 de Marzo de 1854 (Pasicrisia, 1855, 2, 120); Lieja, 14 de Enero de 1847 (Pasicrisia, 1848, 2, 337).

3 Troplong, *De la Caución*, núms. 133 y 134

ber dado el monto de la deuda que caucionó; bien que no haya tenido la intención de dar esta suma al deudor; es donante apesar suyo. Esta es una razón para interpretar la caución en un sentido restrictivo.

168. Para la aplicación de este principio hay que tener en cuenta los plazos de la caución. Esta es la observación de Pothier y fué consagrada por los arts. 2015 y 2016. Cuando, dice Pothier, el caucionante expresó por qué suma ó por qué causa se hace caucionante su obligación no se extiende más que á la suma ó á la causa expresada. El artículo 2015 formula esta regla en otros términos: «no se puede extender la caución más allá de los límites en los que fué contraída.» Esto supone que la obligación del caucionante está limitada por la convención; estos límites no pueden ser traspasados; y si hay duda el juez debe pronunciarse en el sentido restrictivo. Cuando, al contrario, los términos del contrato son generales é indefinidos el caucionante se considera haberse obligado á todos los compromisos del deudor principal que resultan del contrato en el que accedió: se considera, dice Pothier, que lo caucionó *in omnem causam*. Esta segunda regla está reproducida por el art. 2016, el que dice así: «La caución indefinida de una obligación se extiende á todos los accesorios de la deuda.» Estas obligaciones accesorias están comprendidas en la obligación principal y el caucionante responde de esta obligación con todas sus consecuencias. (1)

La segunda regla acerca de la caución indefinida parece á primera vista en contradicción con el principio de la interpretación restrictiva. Sería entenderlo mal el creer que la caución indefinida no debe ser interpretada restrictivamente. La caución es de estricta interpretación, sea ó no limitada; sólo hay una diferencia entre la caución limitada y la ilimitada: es que esta última es más extensa porque tal

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 404.

es la voluntad del caucionante, pero esta voluntad debe, no obstante, interpretarse restrictivamente. No hay dos cauciones, sólo hay una, más ó menos extensa según la intención manifestada por el contrato, y la interpretación de sus términos es siempre restrictiva.

169. El principio de la interpretación restrictiva no debe ser entendido en este sentido: que el juez está ligado por los términos del contrato sin que pueda explicarlos por la intención de las partes contratantes. Hay una regla general de interpretación de las convenciones formulada por el artículo 1156: «Se debe en las convenciones buscar cuál fué la común intención de las partes contratantes más bien que atenerse al sentido literal de los términos.» Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* que esta fórmula es muy absoluta; supone que los términos no son la verdadera expresión de la voluntad de las partes contratantes; en este caso el juez debe interpretar el texto por el espíritu de la convención. Si los términos no dejan ninguna duda no habría lugar á interpretación; el sentido literal sería entonces la exacta expresión de la intención de las partes y no se permitiría invocar el espíritu de la convención, siempre dudoso, contra un texto formal que dé á conocer este espíritu con certeza (t. XVI, núm. 502). Así entendida la regla del art. 1156 se aplica á la caución. El juez debe interpretar restrictivamente las obligaciones contraídas por el caucionante en lo que se refiere á la extensión de la caución, pero conserva el derecho que es á la vez un deber de interpretar la convención; tiene, pues, el derecho y el deber de interpretar los términos por la intención de las partes. Decimos *de las partes*; esta es la expresión del art. 1156. En efecto, no hay contrato sin concurso de voluntades. Aunque sólo el caucionante esté obligado el acreedor interviene al estipular la caución, sin la que no hubiera contratado; es, pues, necesario tener en cuenta su intención tanto como

la del caucionante. Sus intereses están en conflicto; el acreedor está interesado en que la caución garantice todos sus derechos, mientras que el caucionante está interesado en limitar sus obligaciones. La convención que interviene entre ambas partes fija este conflicto. Debe, pues, considerarse cuál es la *común* intención de las partes, como lo dice el artículo 1156.

Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica que consagra este principio de interpretación. Un caucionante accede á la apertura de un crédito; esto es una caución de deuda futura, puesto que el acreditado sólo se vuelve deudor á medida que usa de su crédito. En el caso unos anticipos habían sido hechos al acreditado antes de la convención que le abría el crédito, luego antes de la caución; no obstante, fué sentenciado que la caución se extendía á estos anticipos. ¿No era esto interpretar la caución de un modo extensivo extendiendo la obligación del caucionante á una deuda anterior á la apertura del crédito cuando el caucionante sólo se comprometía á deudas futuras? La Corte de Casación contesta que la sentencia atacada buscó la *común intención de las partes* en las piezas, hechos y circunstancias de la causa, y que con ayuda de estos elementos fijó el sentido de los términos del acta y decidió que el crédito abierto comprendía los anticipos ya hechos y de nuevo reportados al crédito del acreditado en su cuenta corriente. El recurso objetaba que esto era extender la caución fuera de los límites en que estaba encerrado por los términos del acto. Esto es verdad, ¿pero la Corte de Apelación no tenía el derecho de interpretar estos términos? La Corte de Casación contesta que al no atenerse exclusivamente al sentido literal de los términos sino dándoles el alcance que tenían en el espíritu de las partes contratantes la sentencia atacada se había conformado á la primera de todas las reglas de interpretación consagradas por el art. 1156, regla común á todos

los contratos. La Corte concluye que la sentencia atacada pudo, sin violar el principio del art. 2015, aplicar á la caución del crédito abierto un anticipo ya hecho dando á la convención el alcance y la extensión que las mismas partes habían entendido darle en sus expresiones. (1)

Núm. 2. Aplicación del principio. La caución limitada.

170. El art. 2016 dice que la caución indefinida de una obligación principal se extiende á todos los accesorios de la deuda. Si la caución está limitada no comprende á los accesorios. ¿Cuándo puede decirse que la caución está limitada? Esto es una cuestión de hecho que el juez decide según los términos del acta y según la intención común de las partes (núm. 189). Pothier da este ejemplo: "Si alguien se hizo caucionante por la *suma principal* que debía un deudor no tendrá que pagar los intereses que produce esta suma." Agregando á la palabra *suma* la palabra *principal* las partes han limitado la caución al capital excluyendo los intereses. ¿Para que así sea es necesario que el contrato tenga la palabra *principal* ó una análoga? Nó, pertenece al juez decidir si la caución está limitada ó si es indefinida, y decide esto teniendo en cuenta los términos del acta y la intención de las partes. El caucionante se obliga por una deuda de 25,000 florines sin añadir nada; ¿responde por los intereses? Nó, dice la Corte de Lieja; esto sería extender la caución más allá de los términos del contrato; el caucionante se obligó á pagar 25,000 florines; desde luego su obligación no puede pasar de esta suma; esto sería extender un contrato que es de derecho estrecho. (2) Un tío se hace caucionante por las entregas que debía hacer su sobrino, pero agregando que sólo quería caucionar la suma de de 67,000 fran-

1 Casación, 27 de Diciembre de 1849 (Pasierisia, 1850, 1, 53).

2 Lieja, 22 de Noviembre de 1849 (Pasierisia, 1850, 2, 24).

bertad de decidir que el acreedor no probaba que los vales habian tenido por objeto una nueva deuda, posterior á la caución. (1) Este último punto no nos parece exacto. Al acreedor toca, sin duda, probar la existencia de su crédito, pero la probaba suficientemente produciendo vales subscriptos después del acta de caución, á reserva de que el caucionante probara que estos vales se referían á una deuda anterior.

172. Las obligaciones contraídas por un quebrado concordatario son amenudo garantizadas por una caución. ¿Cuál es la extensión de esta garantía? Supongamos que se trata de una caución limitada. La cuestión se ha presentado varias veces ante los tribunales. El quebrado ofrece 30 por 100; uno de los créditos había sido admitido por una suma de 90,368 francos; un arreglo de cuenta posterior á la caución lo llevó á 95,000 francos. De ahí proceso entre el caucionante y el acreedor que pretendía que la caución se extendía al monto real de la masa. Fué sentenciado que versando la caución sólo en los créditos comprobados y conocidos del caucionante no se podía extender la obligación del caucionante á un arreglo de cuenta que aumentaba la deuda. (2)

Otra es la cuestión de saber si el caucionante está obligado por las deudas no comprobadas ni afirmadas. La decisión depende, ante todo, de los compromisos del caucionante; es decir, del punto de saber si estos compromisos son limitados ó ilimitados. Suponemos que el caucionante sólo se obligó para los créditos que conocía; es decir, comprobados y afirmados; si este punto de hecho queda establecido la consecuencia es evidente: el caucionante no tendrá que pagar las deudas que ignoraba y que no entendió garanti-

1 Denegada, Cámara Civil, 14 de Julio de 1845 (Daloz, 1845, 1, 336). Compárese Angéra, 27 de Marzo de 1846 (Daloz, 1846, 2, 86).

2 Burdeos, 9 de Julio de 1827 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 93, 1. °)

zar. Un acreedor, cuyo crédito confirmado llegaba á 17,200 francos, reclama contra el caucionante el pago de todo lo que se le debía según balance. Fué sentenciado que el acreedor no tenía acción contra el caucionante más que hasta concurrencia de 17,200 francos. La Corte de Rouen dice muy bien que no deben confundirse las obligaciones del quebrado con las del caucionante; las primeras son ilimitadas en este sentido: que el concordato es obligatorio para todos los acreedores y por el monto de todos los créditos comprobados ó no. Pero el caucionante sólo contrata con los acreedores que han confirmado sus créditos; por consiguiente, en los límites de los créditos comprobados y afirmados. Declarar al caucionante responsable de los créditos no comprobados y afirmados sería extender la caución fuera de los límites en los que fué contratada. (1)

Hay sentencias en sentido contrario sin que pueda decirse que hay contradicción. Todo depende de los términos de la caución. El caucionante, al comprometerse solidariamente con el quebrado al pago del dividendo, dice que estará obligado como si fuera deudor principal. Esto no es una caución limitada; debe decirse, al contrario, que es ilimitada, puesto que el caucionante se pone en la misma línea que el deudor principal, el que es esencialmente deudor ilimitado. Fué sentenciado, en consecuencia, que el caucionante que había contraído este compromiso estaba obligado hacia todos los acreedores, aun á aquellos que no habían firmado el concordato, haciéndole la homologación del concordato obligatorio para todos los acreedores. (2)

173. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad que fué llevada ante la Corte de Casación; mencionamos la decisión porque, en nuestro concepto, deja alguna duda. Unos banqueros abren una cuenta corrien-

1 Rouen, 2 de Junio de 1815 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 93, 2. °)

2 París, 30 de Junio de 1853 (Daloz, 1854, 5, 98).

te á un negociante bajo la garantía de una caución limitada á 10,000 francos, más los valores que el acreditado remitiera á los acreedores. En el caso de las negociaciones que siguieron á este trato varios vales falsificados fueron dirigidos por el dependiente del negociante á los banqueros, con pedimento de dinero correspondiente á los vales enviados; en cambio de estas letras los banqueros transmitieron la suma de 15,800 francos por giros postales que fueron fraudulentamente substraídos por el dependiente hasta concurrencia de 7885 francos. Acción contra el caucionante. ¿Respondía éste por la suma substraída? La afirmativa fué sentenciada por la Corte de Limoges y, en el recurso, por la de Casación. De hecho la Corte comprueba que los valores fueron dirigidos al acreditado en contestación á una carta de éste, con el sello de la casa, como todas las que el banquero recibía desde la apertura del crédito. En esta situación, dice la Corte, hay que reconocer que el envío de fondos hecho al acreditado entraba en las operaciones previstas por la convención de las partes y para las que el caucionante estaba obligado. Aquí se presenta un motivo de duda: ¿no podía decir el caucionante que se había comprometido para las transacciones reales que intervinieran entre las partes? Y en el caso no es el acreditado quien había pedido los fondos; luego se estaba fuera de los términos de la caución. La Corte dice que la substracción operada por el dependiente no podía atacar la convención; esta substracción no impedía que los banqueros tuvieran una acción contra el acreditado responsable del hecho de su mandatario. Este motivo testifica, nos parece, contra la decisión de la Corte. ¿Estaba obligado el acreditado por haber mandado los vales y recibido el dinero? No, puesto que no había enviado ningún vale y el dinero había sido robado. Si estaba obligado era en virtud del art. 1384, á consecuencia de un cuasidelito, de una presunción legal de imprudencia. ¿Y el caucionante te-

nia que garantizar un cuasidelito? ¿Podía su compromiso extenderse hasta el delito cometido por el deudor? Esto nos parece muy dudoso. En vano añade la Corte que los fondos remitidos por los banqueros constituían una operación de cuenta corriente. Bajo el punto de vista de los banqueros sí, pero no para con el caucionante. No había intervenido ningún concurso de consentimientos respecto á esta negociación; el caucionante sólo se había obligado para los valores que el acreditado enviaría á los banqueros, y de hecho nada había enviado; luego se estaba fuera de los términos de la caución. (1)

Núm. 3. De la caución ilimitada.

174 La caución indefinida, aunque más extensa que la ilimitada, está sometida al principio de la interpretación restrictiva que domina en esta materia. Esto es lo que la Corte de Casación juzgó en el caso siguiente. Una persona se compromete por una caución ilimitada, con un tutor, en razón de los préstamos que hiciera al deudor con los fondos de sus pupilos. Formada así la convención abría un crédito al deudor, con la garantía del caucionante al tutor, de las cantidades que pertenecían á los menores y que estaban confiadas á su administración. A la vez que la Corte decidió en derecho que se debía aplicar el art. 2015 calificaba esta caución de ilimitada: la caución no puede nunca extenderse más allá de los límites de los en que ha sido dada, teniendo por límites los términos de la convención tal como se reprodujo en la sentencia atacada. ¿Cuáles eran estos límites? La caución se consintió para el tutor para colocar el dinero de los pupilos por el tiempo durante el cual el tutor podía continuar con esta calidad el crédito que

1 Denegada. 18 de Febrero de 1861 (Dalloz 1861. 1. 245). Comp. ros. P. nt. 6. II. p. 53. núm. 106, que aprueba la decisión de la Corte.

tenía el deudor caucionado. Y hé aquí lo que sucedió: Los menores, llegados á mayores, continuaron haciendo al deudor caucionado préstamos que ascendieron á 11,790 francos. El deudor quebró; los acreedores demandaron al caucionante. Este sostuvo que no estaba obligado á los préstamos consentidos por los menores después de su mayoría. La Corte de Montpellier desechó esta defensa por motivo de que resultaba de la correspondencia y de las circunstancias de la causa que el caucionante se había obligado con el tutor en razón de los préstamos que se hicieran con el dinero de los menores, y fué precisamente con este dinero de los pupilos, llegados á mayores, con el que se realizaron los préstamos; luego la caución había supraexistido á su mayor edad. Esto era razonar mal. El crédito estaba abierto por un tutor para la colocación del dinero de sus tutelados que el tutor tenía que colocar en virtud de la ley (artículos 453-456). Síguese de esto que la caución, limitada por su misma naturaleza á la duración de la tutela, cesaba de plano el día en que el tutor, libertado de sus deberes de tutor por la mayor edad de sus pupilos, no tenía ya el deber ni el derecho de hacer el empleo del dinero de éstos. Los menores, hecho mayores de edad, podían sin duda continuar los anticipos que su tutor había hecho. Estos préstamos eran nuevos contratos consentidos no en nombre de menores sino por unos propietarios. Esto es decisivo. El caucionante se había obligado por una convención que cesaba con su tutela; para una nueva convención se necesitaba un nuevo consentimiento. Extender la caución de los préstamos consentidos después de la mayor edad hubiera sido más que extender una caución, hubiera sido crearla sin consentimiento del caucionante. La Corte de Casación se limitó á decidir, según los términos del recurso, que la caución, á falta de una estipulación explícita, no había podido perpetuarse más allá de la administración del tutor y extenderse á actos

personales de los menores vueltos ya mayores de edad. (1)

175. Aunque la caución indefinida se interpreta restrictivamente como la caución limitada la diferencia es grande en cuanto á la extensión de las obligaciones que derivan de ella. En principio el caucionante responde de todas las obligaciones que resultan del contrato en que accedió. Estas son las palabras de Pothier. (2) Da como ejemplo la caución de un arrendamiento. Si el caucionante se obligó hacia el dador para el *pago de las rentas* no quedará obligado á las demás obligaciones del arrendamiento, tales como los daños y perjuicios por deterioros hechos á la finca. Si, al contrario, el caucionante ha declarado caucionar el *arrendamiento* está obligado no sólo al pago de rentas sino en general á todas las obligaciones del arrendamiento; luego á los deterioros, al reembolso de anticipos hechos en virtud del contrato, á los daños y perjuicios á que tenga derecho el dador por inejecución de los compromisos del arrendatario.

176. La caución del arrendamiento suscita una dificultad particular. Según el art. 1733 el arrendatario responde del incendio. Se pregunta si la caución se aplica á esta obligación. La jurisprudencia se pronunció por la negativa, pero importa hacer constar el alcance de estas decisiones; no pronuncian de derecho sino de hecho.

Hay desde luego una sentencia de la Corte de Douai bastante mal motivada. El arrendatario de un molino de viento se obligó á devolverlo conforme al inventario valorizado que se haría á su entrada en goce, á reserva de que las partes tengan en cuenta el más ó menos valor cuando la entrega. En el acta de arrendamiento intervino la madre del arrendatario, la que se obligó, como caucionante solidaria, tanto al pago de la renta como á la entera ejecución de las cláusulas.

1 Casación, 31 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 196).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 404. Compárese Durantón, t. XVIII, p. 327, núm. 321.

sulas y condiciones sentadas en dicha acta. Para la seguridad de esta garantía la madre hipotecó un terreno de 39 á 40 áreas. Habiendo sido destruido el molino por un incendio el dador demanda á la caucionante por pago de una suma de 9000 francos. Fué sentenciado que siendo la caución de derecho estricto sólo se aplicaba á los hechos previstos; en el caso, dice la sentencia, la caución estaba expresamente restringida á las cláusulas y condiciones del arrendamiento, al pago de las rentas, á la obligación de mantener el molino en buen uso y devolverlo según el avalúo. Nada prueba, continúa la Corte, que la intención de las partes haya sido extenderla al caso del art. 1783; lejos de esto la poca importancia de la hipoteca consentida revelaba que sólo habían tenido en consideración los casos especificados en el contrato y que su atención no había versado en la responsabilidad resultante de un incendio. Se podrían contestar todas estas consideraciones de hecho, pero esto es inútil. Una cosa es segura: es que la Corte se decidió según la intención de las partes contratantes; esto es, pues, una sentencia de caso.

177. La misma cuestión se presentó ante la Corte de Casación; la sentencia atacada y la de denegada son igualmente notables. El acta contenía una enumeración pormenorizada de las obligaciones impuestas al arrendatario, sin mencionar la responsabilidad por incendio. Habiendo sido destruida una parte de la construcción la compañía, obligada á pagar, demandó al arrendatario y al caucionante como subrogado á los derechos del propietario. La Corte de Grenoble condenó al locatario y descargó al caucionante. Pone el principio como lo hemos hecho (núm. 174). «Si, dice, el artículo 2016 extiende la caución indefinida de una obligación principal á todos los accesorios de la deuda el art. 2015 dispone previamente que la caución no puede ser extendida más allá de los límites en los que fué contratada.» Esto equi-

vale á decir que la caución, aunque indefinida, debe ser interpretada restrictivamente. Hay, pues, dos principios en conflicto. Por una parte la caución, estipulada en términos generales, se aplica á todas las obligaciones que derivan de la naturaleza del contrato ó que la ley le da. Por otra parte, si la convención á la que el caucionante accede especifica explícitamente las diversas obligaciones que el deudor principal contrae hay que admitir que estas obligaciones así determinadas son las que la caución aplica y restringe; si, por otra parte, las obligaciones enumeradas no hacen más que reproducir las que la ley deduce del contrato se debe suponer que es sobre todo en vista de limitar la caución por lo que las partes han enumerado las obligaciones que existen de plano, y, por consiguiente, que el caucionante no entendió acceder más que á las obligaciones así enumeradas en el acta por la que se obligó.

Esta es una decisión de principio. No nos atreveríamos á asociarnos á ella. No tiene en cuenta la desgraciada costumbre que tienen los notarios de inscribir en sus actas cláusulas que son de derecho, aunque no haya caución, y siguen la misma rutina cuando la hay. No puede, pues, concluirse en principio que la enumeración es restrictiva cuando un caucionante interviene en el acta, á no ser que esto resulte de los términos del contrato y de las circunstancias de la causa. La consecuencia que la Corte saca de su principio es muy importante. Si hay una obligación no prevista por el contrato, aunque establecida por la ley, el deudor en verdad estará obligado á ella, pero no el caucionante, porque no se adhiere más que á las obligaciones mencionadas en el acta que accede.

Estas consideraciones eran decisivas en el caso, una vez admitido el principio. El acta de arrendamiento precisaba con pormenores minuciosos y particular cuidado las obli-

gaciones contraídas por el arrendatario; el caucionante se comprometía á garantizar las obligaciones así determinadas por el contrato, y entre las enumeradas no se encontraba la responsabilidad que la ley impone al arrendatario. Luego la atención de las partes no había sido llevada en esta obligación que sólo existe en raras circunstancias; lo que se explicaba en el caso, puesto que las construcciones estaban aseguradas; el dador no tenía ningún riesgo que correr y, por consiguiente, no estaba interesado en estipular una garantía contra el riesgo de incendio.

El recurso de casación fué desechado por una sentencia de denegada motivada con mucho cuidado. La Cámara de Requisiciones deja á un lado lo que la Corte de Grenoble había decidido en principio. Esto es una cosa notable; la Corte de Casación no entendió, pues, apropiarse la doctrina demasiado absoluta, en nuestro concepto, de la Corte de Apelación. Dice que la sentencia atacada declara *de hecho* que el arrendamiento sólo aplica las obligaciones del caucionante á las expresamente indicadas en las convenciones; lo que excluía la responsabilidad del art. 1733. Para decidirlo así, dice la Corte, la sentencia atacada se funda en que la convención precisaba las obligaciones del arrendatario sin comprender en ellas la del art. 1733, y en que el propietario ya garantizado por su póliza de seguro no tenía ningún interés en exigir una nueva seguridad por este punto. ¿Cuál es, pues, el sentido de la sentencia? ¿Decidió, como lo pretendía el recursante, que el caucionante solidario del arrendatario no responde del incendio sin que su compromiso sea indefinido? Nó; así formulada la decisión hubiera estado en oposición con el art. 2016 y hubiera sido casada. La Corte de Grenoble sentenció solamente, *por interpretación del contrato*, que, *en el caso*, el compromiso del caucionante no tenía por objeto más que las obligaciones enumeradas en el contrato de arrendamiento, entre las que no figuraba la res-

ponsabilidad del art. 1733. Al sentenciarlo así, dice la Corte de Casación, la sentencia atacada hizo una justa aplicación del art. 2015. (1)

178. «La caución indefinida de una obligación se extiende á todos los accesorios de la deuda» (art. 2016). Pothier aplica este principio á los intereses. El caucionante está obligado no sólo á los intereses convencionales sino también á los moratorios; estos intereses se deben por razón de la mora; resultan, pues, del contrato, al que el caucionante accedió, y, por consiguiente, el caucionante es responsable. (2) La jurisprudencia está en este sentido, (3) y no se concebiría siquiera que la cuestión haya sido llevada ante los tribunales si no hubiese siempre una cuestión de hecho que decidir; es decir, el punto de saber si la caución es indefinida ó si es limitada. Traducimos á lo dicho más atrás (núm. 168).

179. El art. 2016 agrega: «La caución indefinida se extiende hasta los gastos de la primera demanda y á todos los posteriores á la denuncia que se hace de ella al caucionante.» Hay que distinguir: los gastos de la primera demanda hechos contra el deudor principal están siempre á cargo del caucionante; son gastos necesarios é inevitables desde que el deudor principal no paga. En cuanto á los gastos posteriores el caucionante sólo está obligado á ellos si la demanda le fué denunciada; la ley supone que si la demanda está denunciada éste se apresura á pagar con el fin de evitar gastos inútiles; pero si la demanda no le fué denunciada no puede conocerla, y en este caso es justo que no sufra gastos que estuvo en la imposibilidad de evitar. (4) El acreedor que puede tener un recurso contra el caucio-

1 Denegada, 3 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 230).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 404.

3 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. II, p. 59, nota 2. Hay que agregar Poitiers, 16 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 108).

4 Observaciones del Tribunal, núm. 3 (Loché, t. VII, p. 412).

nante por los gastos que hace contra el deudor debe, pues, denunciar la demanda al caucionante.

El art. 2016 supone que el acreedor es demandante. ¿Qué debe decidirse si el deudor intentó una acción contra aquél y si sucumbe? La dificultad está en saber si, en este caso, es necesario una denuncia para que el caucionante esté obligado á los gastos á que fué condenado el deudor. Nos parece que el texto decide la cuestión. En principio el caucionante está obligado á los gastos, puesto que el acreedor tiene el derecho de perseguir al deudor principal y que esta promoción es una consecuencia de la inejecución de la obligación; y el caucionante responde de la obligación y de su inejecución. La ley hace una restricción á este principio en cuanto á los gastos posteriores á la demanda, pero esta disposición sólo recibe aplicación al caso en que una instancia se formó contra el acreedor. Debe, pues, aplicarse el principio general según el cual el caucionante está obligado á todas las obligaciones del deudor principal resultantes del contrato al que accedió. Hay una sentencia de la Corte de Burdeos en este sentido. (1) En el caso un arrendamiento había sido caucionado; la caución está indefinida; se decía especialmente que el caucionante se obligaba al pago de daños y perjuicios que pudiera tener que pagar el arrendatario á consecuencia del arrendamiento. El arrendatario intentó un proceso contra el dador, bajo el pretexto de que éste no cumplía sus obligaciones; el primer juez comprobó que esta demanda injusta no tenía más objeto que eludir el pago de las rentas. En apelación el caucionante opuso que el dador no le había denunciado el proceso; la Corte contesta de hecho que el caucionante no ignoraba que existieran dificultades entre las partes, y en derecho que el art. 2016 no era aplicable al caso.

1 Burdeos, 19 de Julio de 1849 [Dallez, 1850, 2, 59].

§ V.—DE LA OBLIGACIÓN DE DAR CAUCIÓN.

Núm. 1. ¿Cuándo hay obligación de dar caución?

180. El deudor puede estar obligado á dar caución en virtud de una convención, en virtud de la ley ó de una sentencia. De ahí la división de la caución en convencional, legal y judicial. Esta división no es de pura teoría. El título *De la Caución* contiene un capítulo especial acerca de la caución legal y de la caución judicial (arts. 2040 y 2043); estas cauciones están regidas en ciertas puntos por reglas especiales; importa, pues, saber si una caución es legal, judicial ó convencional.

181. No hay ninguna dificultad en cuanto á la caución legal. Es necesario un texto terminante para que el caucionante esté obligado en virtud de la ley, y las disposiciones que prescriben la obligación de dar caución son de estricta interpretación; esto es la aplicación de un principio general; no puede haber obligación legal sin ley y el intérprete no puede extender las obligaciones legales, ni siquiera por razón de analogía, porque extender una obligación que sólo el legislador tiene el derecho de imponer es hacer la ley. Importa, pues, conocer los casos en los que la caución es legal; son poco numerosos.

En todas otras materias que las mercantiles el extranjero que sea demandante tendrá que dar caución para el pago de los gastos y daños y perjuicios resultantes del proceso, á no ser que posea en Francia inmuebles por suficiente valor para asegurar el pago (art. 16). Esta es la caución conocida bajo el nombre de *judicatum solvi*.

Los enviados á posesión provisional de los bienes de un ausente deben dar caución para la seguridad de su administración (art. 120). La ley no impone esta obligación á todo administrador de bienes ajenos. Así el padre administrador de los bienes de sus hijos no tiene que dar ninguna

garantía, ni caución, ni hipoteca; los tutores y los maridos, administradores legales tienen la hipoteca legal, pero no deben dar caución.

«El usufructuario da caución de gozar como buen padre de familia» (art. 601). Esta obligación no incumbe á todos los usufructuarios. El marido tiene el goce de todos los bienes de la mujer bajo el régimen de la comunidad legal, pero sin tener que someterse á la caución; lo que se concibe, puesto que el usufructo pertenece á la comunidad; luego á ambos esposos. Bajo el régimen dotal el marido tiene el usufructo exclusivo de los bienes dotales; no obstante, el art. 1550 declara que el marido no tiene que dar caución para recibir la dote si no fué estipulado en el contrato de matrimonio; la caución sería, pues, convencional. Sólo hay un caso en el que el marido tiene que dar caución en materia de convenciones matrimoniales; esto es cuando se estipuló un *preciput* para la mujer y que ésta obtiene el divorcio ó la separación de cuerpo; el *preciput*, dice el art. 1518, queda entonces provisionalmente en poder del marido, con cargo de dar caución; lo que debe entenderse, de la mitad del *preciput*, como lo hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio*.

La obligación de dar caución está también impuesta al usuario y á aquel que tiene el derecho real de habitación (art. 626).

Los hijos naturales llamados á la sucesión á falta de parientes, y el esposo supérstite, sucesor irregular, deben dar caución para la restitución del mobiliario en el caso en que se presentaran herederos del difunto en el intervalo de tres años (arts. 771 y 773).

El heredero beneficiado está obligado, si lo exigen los acreedores, á dar caución por el valor de los muebles comprendidos en el inventario y por la parte de precio de los inmuebles no delegados á los acreedores hipotecarios (artículo 807).

El vendedor no está obligado á la entrega, aunque hubiera concedido un plazo para el pago, si después de la venta el comprador ha quebrado civil ó mercantilmente, á no ser que el comprador le dé caución de pagar al vencimiento (art. 1613).

Si el comprador está perturbado ó tiene justo temor de ser perturbado por una acción hipotecaria ó por reivindicación puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haga cesar la perturbación si no prefiere dar caución (art. 1653.)

Cuando el adquirente hace á los acreedores inscriptos las notificaciones prescritas para la purga los acreedores tienen el derecho de purgar, á cargo, entre otras condiciones, de ofrecer dar caución hasta concurrencia del precio y de los cargos (art. 2185).

Hay todavía casos para los que el Código de Procedimientos y el Código de Comercio prescriben la obligación de dar caución. Traducimos á los textos (Código de Procedimientos, arts. 135 y 155; Código de Comercio, arts. 114, 120, 151, 131, 346, 384 y 444). (1)

182. La caución es judicial cuando el juez ordena á una de las partes que ministre caución para garantizar los derechos eventuales de la otra parte. Esto es lo que sucede cuando concede una provisión ó cuando autoriza la ejecución provisoria de la sentencia con cargo de dar caución (Código de Procedimientos, arts. 135 y 155.) Lo mismo pasa con las sentencias pronunciadas por los tribunales de comercio (art. 439).

El art. 135 ha sido reemplazado en Bélgica por la ley de 25 de Mayo de 1841 que dice: «La ejecución provisional sin caución será ordenada, aun de oficio, si hay título auténtico, promesa reconocida ó condena precedente por sentencia firme sin apelación. En todos los demás casos la

1 Pont, t. II, p. 213, núm. 431.

ejecución provisional podrá ser ordenada con ó sin caución.»

¿Los tribunales pueden condenar al deudor á dar caución? Presentamos la cuestión sin resolverla, puesto que no entra en nuestro trabajo. La Corte de Lieja ha confirmado una sentencia del Tribunal de Tongres, la que, declarando al demandado deudor de 7000 francos, lo había condenado á dar caución, y á falta de hacerlo al pago de dicha suma. El hermano de la demandada caucionó por ella, pero bajo condición de que no estaría obligado á pagar la deuda más que seis meses después de la muerte de su padre común. ¿Era esta una caución judicial? La negativa fué sentenciada, y con razón. En efecto, el hermano se había ofrecido espontáneamente y había estipulado sus condiciones; una convención había intervenido, pues, y, por consiguiente, la caución era convencional. (1)

183. ¿Es judicial la caución cuando el juez la ordena en virtud de la ley ó de la convención? Nó, sólo hay caución judicial cuando la ordena el juez por su propia autoridad. Cuando decide una contestación acerca del punto de saber si la parte en causa está obligada á dar caución, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de una convención, no es el juez quien ordena la caución, decide sólo que la parte debe darla, ya por la ley ó ya por el contrato. La caución será, pues, legal ó convencional.

El Código de Procedimientos prescribe las formas en las cuales las cauciones judiciales deben ser recibidas. No basta para que una caución sea judicial que se reciba en estas formas; si fué ordenado por la ley es legal, aunque la ley dispusiese que debe decidir en justicia (art. 2185 y Código de Procedimientos, arts. 832, 518). Asimismo las partes que estipulan una caución pueden convenir que se recibirá en

1 Lieja, 22 de Abril de 1863 (Pasicrisia, 1863, 2, 181).

formas judiciales; esto no impide que la caución sea convencional. (1)

184. ¿Cuándo es convencional la caución? La cuestión parece implicar la respuesta; sin embargo, exige una palabra de explicación. Los arts. 2018 y 2019 determinan las cualidades que debe reunir el caucionante cuando el deudor está obligado á dar uno. ¿Estas disposiciones se aplican á la caución convencional? Nó y sí: nó, si la convención dice que tal persona es caucionante del deudor y esta persona se obliga con este título. De ordinario el caucionante interviene en el acta misma en que accede. En este caso no hay lugar á aplicar los arts. 2018 y 2019; el acreedor acepta al caucionante que presenta el deudor y este concurso de consentimientos forma el contrato; el acreedor no puede ya pretender que el caucionante no tiene las cualidades exigidas por la ley; le tocaba no aceptarlo si no tenía las cualidades legales; pero una vez que lo aceptó todo está consumado. Los arts. 2018 y 2019 no reciben su aplicación sino cuando la convención dice que el deudor dará caución; en este caso el deudor debe presentar un caucionante reuniendo las condiciones legales, si no el acreedor podrá desecharlo. (2)

Núm. 2. De las cualidades que deben tener los caucionantes.

1. Condiciones generales.

185. El art. 2018 dice que el deudor *obligado á dar caución* debe presentar un caucionante que tenga las cualidades enumeradas. ¿A qué caucionantes se aplica esta disposición? Está concebida en los más generales términos; es, por consiguiente, aplicable á todos los casos en que hay

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 678, notas 3 y 4, pfo. 425. Pont, t. II, p. 213, número 434.

2 Durantón, t. XVIII, p. 329, núm. 324 y todos los autores.

obligación de dar caución; luego á la caución legal, judicial ó convencional. El art. 2040 lo dice de las cauciones legales y judiciales: "Todas las veces que una persona está obligada por la ley ó por una sentencia á dar caución el caucionante ofrecido debe tener las condiciones prescritas por los arts. 2018 y 2019." Queda la caución convencional que está sometida á las mismas condiciones; esto resulta implícitamente del art. 2040 (núm. 184). Hay, pues, un derecho común que rige todas las cauciones en lo que se refiere á las cualidades que deben tener los caucionantes; lo que es muy lógico. Aunque haya diversas clases de caucionantes sólo hay una caución en este sentido: que todas tienen por objeto garantizar al acreedor; luego todos los caucionantes deben tener las condiciones que la ley prescribe con el fin de que el acreedor encuentre en ellos la garantía que busca. Hay, además, otras cauciones legales y judiciales; las expondremos más adelante.

186. La primera condición requerida por el art. 2018 es que el caucionante tenga capacidad para contratar; era inútil indicar esta condición, puesto que es común á todos los contratos, luego á la caución. Tal como la formula la ley la condición es inexacta, pues no basta la capacidad de contraer para ser capaz de caucionar, es necesario ser capaz de disponer (núm. 160).

187. El art. 2018 exige en segundo lugar que "el caucionante tenga suficientes bienes para responder del objeto de la obligación." ¿Qué se entiende por *responder*? La ley no exige que el caucionante dé una hipoteca, se contenta con la garantía que ofrece el principio del art. 2092: todo deudor que compromete su persona compromete también sus bienes. Esta garantía se considera en general como suficiente aunque no ofrezca una entera seguridad; la prenda que la ley da al acreedor se pierde por la enajenación que haga de sus bienes, á no ser que lo haga en fraude de sus acree-

dores. Si la caución es convencional el acreedor es libre de estipular una garantía real, pero el caucionante judicial ó legal no puede ser obligado á dar hipoteca.

188. El caucionante debe tener *bienes suficientes*. ¿De qué bienes se trata? El art. 2019 contesta que la solvencia de un caucionante no se estima más que en atención á sus propiedades inmuebles, excepto en materia mercantil ó cuando la deuda es módica. Hay, pues, una regla y hay dos excepciones. La regla es que por *bienes suficientes* la ley entiende la *propiedad inmobiliar*. Esto excluye desde luego toda clase de muebles, corporales ó no. Esta es una disposición tradicional. Para juzgar de la solvencia de un caucionante, dice Pothier, y si sus bienes son suficientes para responder de la deuda no se toman ordinariamente en consideración sus bienes muebles, visto que éstos se enajenan fácilmente y que no se pueden hipotecar. (1) Estas razones no son muy decisivas. Los inmuebles también se enajenan con facilidad y dejan con esto de ser prenda del acreedor; se les puede hipotecar, es verdad, pero el acreedor no tiene derecho á exigir una hipoteca cuando la caución es legal ó judicial; y ¿y si se contenta con una garantía personal por qué no bastarían los muebles para establecer la solvencia del caucionante? El verdadero motivo de la ley se liga á la poca importancia que se daba á la riqueza inmobiliar en el derecho antiguo. Las cosas han cambiado mucho en un nuevo estado social; el legislador hubiera debido abandonar la tradición; es absurdo que un aldeano que posea una hectárea de terreno pueda ser caucionante, mientras que el rico banquero ó el comerciante millonario no puedan serlo si no poseen inmuebles. Según la legislación francesa las acciones del Banco de Francia y las rentas del Estado pueden ser vueltas muebles; no obstante, no formarían un bien su-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 390. Treillard, *Exposición de los motivos*, núm. 8 (Loché, t. VII, p. 417). Pont, t. II, p. 67, núm. 123.

ficiente en el sentido del art. 2018, puesto que no son propiedades inmuebles. (1)

189. La ley se relaja en su severidad para las deudas civiles cuando son módicas. ¿Qué es una deuda módica? ¿Y en qué consiste la garantía en este caso? La ley no define lo que se entiende por deuda módica, y hay que confesar que esto era imposible, puesto que la importancia de una deuda es cosa enteramente relativa; habrá, pues, que dejar al juez un poder discrecional. La ley no dice tampoco cómo se estimará la solvencia del caucionante; todo lo que resulta del art. 2019 es que se considera su fortuna mobiliaria. Pothier dice que se admitirán para caucionantes á los *comerciantes* que tienen una casa bien establecida, aunque su fortuna sólo consista en bienes muebles. ¿Por qué no las personas no comerciantes? Es evidente que la calidad de comerciante no puede ser una condición: no hay condición legal; de modo que la cuestión de solvencia se deja á la apreciación de los tribunales.

El art. 2018 agrega que hay también excepción en *materia de comercio*. Esta expresión es muy vaga. ¿Entiende por esto la ley que la deuda sea comercial ó basta que el caucionante sea comerciante? La primera interpretación está más conforme al texto; no se puede decir que la *materia* sea *comercial* cuando la deuda es civil; además, la ley pone las materias comerciales en la misma línea que las deudas módicas; se trata, pues, de la naturaleza de las *deudas*; poco importa que el caucionante sea ó no comerciante. Esta interpretación, conforme á la letra de la ley, conduce á una consecuencia que pugna con la razón. Se trata de apreciar la solvencia del caucionante, y la naturaleza de la deuda es indiferente cuando se trata de apreciar si una caución presenta ó no garantías suficientes. La posición social del caucionante es la que debiera decidir; se concibe

1 Troplong, *De la caución*, núm. 204.

que un rico negociante se admita como caucionante aunque no posea inmuebles, aunque la deuda fuera civil; mientras que no se comprende que una persona no comerciante se admita como caucionante de una deuda mercantil cuando no tiene fortuna inmobiliar. Pero el texto debe prevalecer á estas consideraciones, pues no deja muchas dudas. (1)

190. Tal es la regla con las modificaciones que la ley le ha hecho. La aplicación de la regla presenta dificultades que el art. 2019 prevee. Desde luego decide que no se considera los inmuebles litigiosos. Se debe, pues, admitir que le toca al juez apreciar si la propiedad del inmueble que presenta el caucionante es litigiosa; es decir, hay duda en el punto de saber si este inmueble pertenece al caucionante. La duda existirá si hay pleito acerca de la propiedad, pero la ley no exige que lo haya, como consta en el artículo 1700; la definición que da este artículo no puede aplicarse al art. 2019, puesto que no hay ninguna relación entre la cesión de derecho litigioso de que habla el art. 1700 y las garantías que debe prestar el caucionante. Un derecho puede ser litigioso sin que sea objeto de un proceso, que es lo que supone el art. 1597. No estando el juez ligado por ninguna definición goza del mismo poder de apreciación. (2) Encontramos dicho poder á cada paso en esta materia; lo que es bastante natural, puesto que se trata de saber si un caucionante es solvente, y la solvencia es una cuestión de hecho más que de derecho; solamente la ley no ha querido conceder al juez un poder del todo discrecional porque este arbitrio estaría en pugna con nuestro derecho público; ha, pues, determinado las bases conforme á las que el juez estimará la solvencia; pero el poder de apreciación del juez reaparece en la apreciación de estas bases.

1 Véase, en diverso sentido, Pont, t. II, p. 66, núms. 120 y 121 y los autores que cita.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 678, nota 7, pfo. 425.

191. El inmueble, aunque no sea litigioso, pudo no ofrecer garantía al acreedor; tal es el caso en que estuviera gravado con hipotecas que absorbieran su valor. Es cierto que el juez no admitiría semejante garantía porque era ilusoria. Cuando la ley habla de *bienes bastantes* y de las propiedades inmobiliarias (arts. 2018 y 2019) entiende un bien que sea propiedad del caucionante, un inmueble hipotecado por todo su valor pertenece á los acreedores inscriptos más que al deudor. Si las hipotecas no absorben el valor del inmueble se deducirá el monto de los créditos hipotecarios para valuar la seguridad que ofrece al acreedor. Sucedería lo mismo con los derechos reales que gravan el inmueble, tales como servidumbres reales ó personales, derecho de enfiteusis ó de superficie. (1)

192. El art. 2019 agrega que no se consideran los inmuebles cuya discusión fuera muy difícil por la distancia de su situación. No se trata de una dificultad de derecho, pues que la discusión de los bienes situados en Francia se hace en todas partes conforme á las mismas reglas; y no se puede decir que ley entendió hablar de bienes situados en el extranjero, puesto que la ley no limita sus disposiciones á estos bienes. El art. 2019 entendió, pues, hablar de dificultad de hecho, de viajes por hacer, de relaciones con los abogados ú oficiales ministeriales. Esto tal vez sea llevar muy lejos las exigencias. (2) Hoy, sobre todo, no hay distancias debido á los maravillosos inventos del vapor y de la electricidad.

El Orador del Gobierno ha querido limitar esta condición que realmente es muy vaga. «Hemos establecido por regla, dice, que el caucionante debe presentar bienes en jurisdicción del tribunal de apelación en que se deba dar.» (3) El

1 Durantón, t. XVIII, p. 334, núms. 327 y todos los autores.

2 Durantón, t. XVIII, p. 335, y todos los autores.

3 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 417).

error de Treilhard es evidente, ha aplicado á la situación de los inmuebles lo que el art. 2018 dice del domicilio del caucionante. Si hacemos notar este error no es con objeto de criticar; no hay un autor, por exacto que sea, que no se el puedan señalar inexactitudes: *errare humanum est*. Pero es bueno demostrar que no se debe tener una confianza muy grande en los trabajos preparatorios de que los autores modernos abusan muy amenudo para hacer decir á la ley otra cosa de lo que dice. Si los intérpretes en vez de buscar el sentido de la ley en la tradición ó en los trabajos preparatorios tuvieran más respeto á los textos el número de las controversias disminuiría mucho.

193. El art. 2018 exige aún otra condición para que una persona pueda presentarse como caucionante. «Se necesita que su domicilio esté en jurisdicción de la corte de apelación en que se deba dar.» La facilidad de promover, dice la Exposición de los Motivos, forma parte en la solvencia. Aquí la ley ha precisado; quiso conciliar el interés del deudor obligado á ministrar un caucionante y el del acreedor. El primero está interesado en encontrar un caucionante que satisfaga todas las condiciones de la ley; se debía, pues, dejarle cierta latitud en lo relativo al domicilio. En cuanto al acreedor la ley tuvo presente su interés en todas las condiciones que ella prescribió; lo resguarda aun obligando al deudor á presentar un caucionante domiciliado en jurisdicción de la corte á la que se lleven todas las contestaciones que puedan surgir en esta materia.

Pero la ley olvidó decidir cuál es el domicilio en que se debe dar la caución; ¿es el del acreedor ó el del deudor? ¿Es el lugar en que se contrajo la deuda? En esto hay controversia. Como es especialmente en interés del acreedor en el que la ley prescribe las condiciones del art. 2018 nos parece que en caso de duda se debe uno pronunciar en su favor. Esto puede ser inconveniente para el deudor; sucede

lo mismo con todas las condiciones que la ley establece; todas imponen restricciones y toda restricción es molesta. Siempre se necesita un principio, y es incontestable que si la ley establece condiciones es en favor del acreedor; se debe, pues, interpretarlos en su favor. (1)

194. Si hay contestación acerca de una de las condiciones que la ley prescribe en los arts. 2018 y 2019 ¿quién deberá probar que existe ó que no existe? Hay una pequeña duda; en nuestro concepto se deben aplicar los principios generales de la prueba, puesto que la ley no los deroga. ¿Quién es el demandante en el caso? El deudor que presenta el caucionante; está obligado á presentar uno que reúna las condiciones prescriptas por la ley; no puede, pues, presentar á cualquiera persona recargando al acreedor la prueba de que el caucionante presentado no llena las condiciones legales; se necesita que él mismo pruebe que el caucionante presenta bienes bastantes y que está domiciliado en la jurisdicción de la Corte de Apelación; se probará la suficiencia de bienes solamente con que el caucionante posea inmuebles libres hasta concurrencia del monto de la caución. Si el acreedor objeta que los inmuebles son litigiosos ó que sea difícil la discusión debe probar el fundamento de su excepción. Esto resulta de la redacción del Código. El primer inciso del art. 2018 determina las condiciones que el deudor debe probar, puesto que es él quien debe presentar un caucionante que tenga las cualidades legales; pero, dice el segundo inciso, si los inmuebles fuesen litigiosos ó de difícil discusión entonces toca al acreedor establecer que no se le puede considerar; esto implica una excepción cuya prueba incumbe al que la opone. (2)

1 Troplong. *De la caución*, núms. 193 y 194. Massé y Vergé sobre Zacharæ, t. V, p. 64, nota 7. En sentido contrario, Ponsot, p. 170, núm. 159, seguido por Pont, t. II, p. 71, núm. 131.

2 Compárese Ponsot, p. 157, núms. 143 y 144; Pont, t. II, p. 69, núm. 128.

195. El caucionante solvente en el momento en que se le recibió puede volverse insolvente. ¿Cuál es, en este caso, el derecho del acreedor? El art. 2020 contesta á la pregunta: «Cuando el caucionante admitido por el acreedor voluntariamente ó en justicia después se vuelve insolvente se debe dar otro.» Hubo acerca de este punto una gran discusión en el Consejo de Estado: Treillard, que asistió, la resume en la Exposición de los Motivos. En apoyo del principio, tal como fué formulado por el Código Civil, se decía que si el acreedor exige un caucionante es para asegurar la ejecución de la obligación; por lo que quiere un caucionante siempre solvente y que le ofrezca una garantía real hasta que sea ejecutada la obligación. Chabot, en su informe al Tribunalado, se expresa con más precisión. La caución, dice, es la condición expresa de la obligación; el acreedor no hubiera tratado con el deudor si éste no hubiese ministrado un caucionante bueno y solvente; luego cuando se vuelve insolvente es justo que el acreedor pueda exigir otro, si no ocurriría que no habiendo querido tratar con sólo el deudor se encontraba, sin embargo, reducido á tenerlo como único deudor. En otros términos: el contrato quedaría roto; para mantenerlo como las partes entendieron formularlo el deudor debe dar otro caucionante al acreedor.

Se objetaba contra esta doctrina que en derecho romano el deudor no estaba obligado á dar otro caucionante cuando el que el acreedor había aceptado se había vuelto insolvente. El deudor, se decía, ha satisfecho su obligación ministrando un caucionante aceptado por el acreedor; no es garante de la insolvencia, este es un caso fortuito que el acreedor debe soportar. (1) Pothier se había ya aparta-

1 Sesión del Consejo de Estado, del 16 Frimario, año XII, núm. 8 (Loché, t. VII, p. 402). Treillard, Exposición de los motivos, núm. 9 (Loché, página 417). Chabot, Informe núm. 11 (Loché, p. 424).

do del rigor romano que no consideraba en nada la intención de las partes contratantes, y, sin embargo, es este el elemento dominante de la convención. Cuando el acreedor estipula una garantía hipotecaria y que los inmuebles lleguen á perecer ó á deteriorarse por caso fortuito puede reclamar el reembolso de su crédito; sólo que, no teniendo la culpa el deudor, se le admita á ofrecer un suplemento de hipoteca (art. 2131, y Ley Hipotecaria, art. 79). La ley lo decide así porque la hipoteca es la condición bajo la que el acreedor ha prestado los fondos al deudor. Esta misma razón para decidir existe cuando el acreedor ha estipulado una caución; sólo trató bajo condición de caución; debe tener el derecho de romper el contrato si el deudor no ministra un nuevo caucionante.

El art. 2020 añade: «Esta regla recibe excepción sólo en el caso en que la caución sólo fué dada en virtud de una convención por la cual el acreedor exigió tal persona por caucionante.» Pothier hacía otra distinción poco jurídica entre el caso en que el deudor se había obligado á dar caución determinada y el caso en que había contratado bajo la garantía de un caucionante indeterminado; en esta hipótesis admitía que el deudor no estaba obligado á nueva caución. (1) La disposición del Código es más justa. No debe verse lo que ha hecho el deudor sino lo que el acreedor ha exigido. La regla es que el acreedor tiene el derecho de pedir un nuevo caucionante. ¿Cuándo debe esta regla recibir excepción? Cuando es el acreedor quien es responsable de la elección del caucionante; es decir, cuando él ha indicado nominalmente y exigido por convención al caucionante vuelto insolvente. Entouces puede decirse que el deudor ha cumplido la única obligación que le incumbía: la de ministrar el caucionante exigido por el acreedor; á éste toca sufrir la consecuencia de la elección que impuso al deudor.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 391.

En este caso, dice Chabot, siendo determinado el caucionante la garantía del deudor también está determinada; si la da su obligación está cumplida; en lugar de estipular un caucionante indeterminado sin designarlo, sin hacer que esta sea una condición del contrato, el acreedor entiende estipular una garantía suficiente para toda la duración del contrato. (1)

196. Queda una dificultad en la que hay controversia. El acreedor puede exigir otro caucionante cuando el que dió el deudor se ha vuelto insolvente. ¿Qué se entiende por insolvencia? El art. 2020 es una continuación de los artículos 2018 y 2019 que establecen que el deudor debe dar un caucionante bueno y solvente y que determinan las condiciones requeridas para que un caucionante se repunte insolvente; cuando, pues, una de estas condiciones llega á faltar debe decidirse que hay insolvencia. No es la insolvencia ordinaria la quiebra civil ó mercantil, es la insolvencia legal consecuencia de la solvencia legal. Esta interpretación de la ley está también en armonía con los motivos en los que está fundada la disposición del art. 2020. Es porque la ley del contrato está rota por lo que el deudor tiene que dar otro caucionante; ¿y cuál es la ley del contrato? Que el deudor dé una caución que presente las condiciones de solvencia definidas por el art. 2019; luego si una de estas condiciones llega á faltar el acreedor no tiene ya la garantía que estipuló; por consiguiente, puede pedir que se la den con otro caucionante. Así el caucionante presentado por el deudor poseía una casa cuyo valor era suficiente para responder del objeto de la obligación; esta casa es destruida por un incendio; desde luego el caucionante es legalmente insolvente, aunque poseyera valores muebles más que suficientes para asegurar el pago; pero estos valores no se toman en consideración para estimar la solvencia

1 Pont, t. II, p. 75, núms. 138-143.

del caucionante; éste no es ya solvente desde que no tiene inmuebles; luego el deudor debe dar otro caucionante. (1)

197. Si la solvencia del caucionante sólo ha disminuido hay lugar á ministrar un caucionante suplementario. Se debe decir así por analogía del art. 2131 (Ley Hipotecaria, art. 79). En el caso en que la garantía hipotecaria ha disminuido por un deterioro ó un accidente en los fundos hipotecados el deudor está sometido á ministrar un suplemento de hipoteca. Esto concilia todos los intereses. Es más fácil para el deudor encontrar un caucionante suplementario que un nuevo caucionante que garantice toda la deuda, y ambos caucionantes reunidos presentarán al acreedor una seguridad suficiente. (2)

198. ¿Debe aplicarse al domicilio del comerciante lo que el art. 2020 dice de la insolvencia? El comerciante tenía su domicilio en la jurisdicción de la corte de apelación en que debía ser dada la caución. Posteriormente al contrato cambia de domicilio, estableciéndose en la jurisdicción de otra corte de apelación. ¿Podía el acreedor pedir que el deudor le dé otro caucionante? La afirmativa está enseñada, y aunque esta opinión sea rigurosa nos parece segura. Es la aplicación del principio en el que se funda la disposición del art. 2020. El domicilio es una de las cualidades que la ley exige para el caucionante que debe dar el deudor; si no tiene ya el domicilio que debía tener y tenía la ley del contrato está rota y, por consiguiente, el acreedor puede forzar al deudor á ministrar un nuevo caucionante. (3)

199. El deudor obligado á ministrar un caucionante no encuentra uno que tenga las cualidades requeridas por la ley. ¿Se le admitirá á reemplazarlo por una garantía real?

1 Pont, t. II, p. 77, núm. 144. En sentido contrario Ponsot, p. 181, número 166.

2 Ponsot, p. 189, núm. 169, y todos los autores.

3 Durantón, t. XVIII, p. 330, núm. 325, y todos los autores.

En nuestro concepto la negativa es segura; no depende del deudor cambiar la ley del contrato; y el acreedor estipuló y el deudor ofreció un caucionante; es de principio que el acreedor no puede ser forzado á recibir otra cosa de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó aun más grande (art. 1243). Pothier, que prevee este argumento, decide, no obstante, lo contrario. Se debe permitir fácilmente, dice, á aquel que está obligado á dar un caucionante dar prendas en lugar de caución, porque no teniendo aquel á quien se debe la caución más interés que el de procurarse seguridad, y encontrándola en la prenda tanto y aun más, fuera por su parte un mal humor negarse á la seguridad real. Pothier subordina el derecho á la equidad; esto es sobrepasar el poder del intérprete: la convención es la ley y no pertenece al juez modificarla. No se trata de un interés como lo dice Pothier, se trata de un derecho contractual; no se puede reprochar al acreedor poner en ello mal humor; contestaría que usa de su derecho. (1) El art. 2041 viene en apoyo de la opinión general; dice que aquel que, obligado por la ley ó por sentencia á ministrar un caucionante no encuentra uno está recibido á dar en su lugar una prenda que responda bastante. Luego cuando la ley quiere permitir que el deudor reemplace una garantía personal por una garantía real lo dice; cuando no lo dice es que no quiere ni puede permitirlo. Se concibe que la ley que ordena una caución la reemplace por una prenda; lo mismo sucede cuando el juez obliga á una de las partes á dar caución, pues lo hace en virtud de la ley. Pero el legislador no puede autorizar que el juez viole la ley del contrato substituyendo una garantía real á la garantía personal que el acreedor estipuló. Se diría en vano con Pothier que la prenda es una garantía más segura que la caución; el legislador no admite

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 392. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 79, núm. 250, y todos los autores.

esta objeción cuando se trata de un derecho convencional. El deudor que ofrece á su acreedor un pedazo de tierra que vale los mil francos que le debe también podría decir que un inmueble es un valor más seguro que una suma de dinero; el art. 1243 rechaza, sin embargo, esta pretensión, y por identidad de razón se debe rechazar al deudor que ofrece una prenda cuando debe una caución.

II. De la caución legal y de la judicial.

200. Según el art. 2040 los caucionantes legales y judiciales deben primero llenar las condiciones pre-critas por los arts. 2018 y 2019; la ley añade que el caucionante judicial debe además no tener fuero; y según el art. 2060, núm. 5, el encarcelamiento por deuda tenía lugar contra los caucionantes judiciales que se sometían á ello. «Se necesitan más fuertes ligas, dice la Exposición de los Motivos, y mayores seguridades para las obligaciones que se contraen en justicia.» Esta es una frase de las que se encuentran muchas en los oradores del Gobierno; nunca se contrata en justicia. ¿Acaso la justicia estipula ó promete? Esto no tiene sentido. La caución no cambia de naturaleza según que es convencional ó judicial; siempre es una garantía, y ésta debe ser la misma, sea el juez quien la ordene ó las partes que la estipulen. Es inútil insistir en esta crítica, puesto que el art. 2040 sólo es historia ya, habiendo sido abolida en Francia y en Bélgica la prisión por deuda.

201. Por una singular anomalía la disposición excepcional del art. 2040 no se aplicaba á la caución legal; de modo que la justicia gozaba de una autoridad más grande que la ley. Lo mismo sucede con otra disposición excepcional. Según el art. 2042 el caucionante judicial no puede demandar la excusión del deudor principal; y por vía de consecuencia el art. 2043 añade que aquel que caucionó simplemente al

caucionante judicial no puede pedir la excusión del deudor principal ni del caucionante. Esto es una disposición tradicional que es muy difícil justificar. Domat invoca el favor de las deudas por las que el caucionante judicial está exigido; motivo muy vago y que se podría hacer valer para muchas deudas. La única razón que se puede dar es la que Domat agrega: es que la autoridad de la justicia lo pide así, puesto que el deudor contrae con la justicia. A decir verdad el deudor no contrae con la justicia como no contrae con la ley; el legislador ordena y el juez manda, ni uno ni otro contratan. Queda la garantía del acreedor, que debiera ser siempre la misma.

202. El art. 2041 contiene una disposición común al caucionante judicial y al caucionante legal; el deudor se admite á dar en su reemplazo una *prenda en garantía*. En el proyecto sometido al Consejo de Estado se leía: «Siendo suficiente una *prenda*.» Los autores se atienen á la primitiva redacción; (1) Troplong hasta pone la palabra *ó* en lugar de *en*. No reconocemos al intérprete el derecho de cambiar el texto del Código; hay que atenerse al texto. Hay dos garantías: la prenda y la anticresis; la ley sólo habla de la prenda, luego sólo ésta debe admitirse en lugar de la caución. Esto se comprende, la prenda ofrece facilidades de realización que no presenta la anticresis.

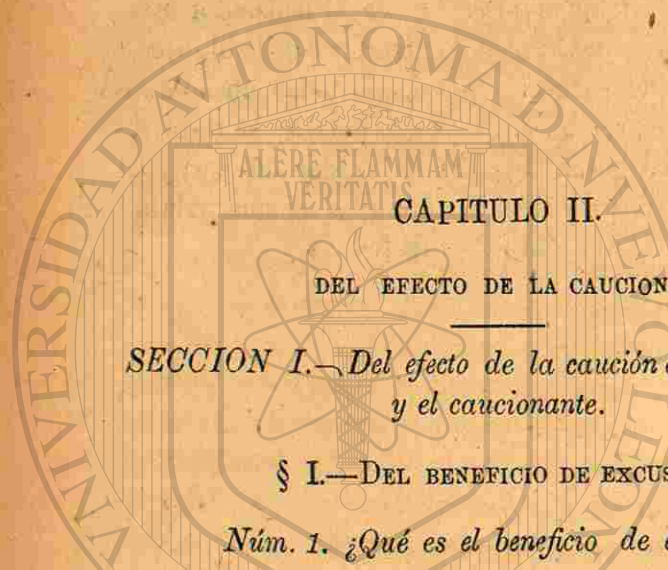
El art. 2041 da lugar á otra dificultad. Se pregunta si el deudor se admitiría á dar una hipoteca. La cuestión está controvertida: unos dicen que sí, otros que no. Troplong encontró el medio de decir *sí* y *no*. En nuestro concepto la solución negativa no es dudosa; á la ley, y sólo á ella, toca decidir qué garantía puede reemplazar la que ella prescribe: ¿es la prenda, es la hipoteca ó es la anticresis? ¿Con qué derecho el intérprete diría es la hipoteca cuando la ley dice que es la prenda? La opinión general es que el deudor

1 Pont, t. II, p. 217, núm. 443.

no puede ofrecer una hipoteca. Esta es también la opinión de Troplong; enseña en su *Comentario de las Hipotecas* propósito de la caución del postor, y da de ello una buena razón: es que las incomodidades y las formalidades de la hipoteca hacen de ella una garantía menos segura que la prenda. En su *Comentario Acerca de la Caución* Troplong añade: «No quisiera, sin embargo, decidir de un modo absoluto que la oferta de una hipoteca no es nunca aceptable. El art. 2041 no está redactado de un modo limitativo y la palabra *prenda* puede entenderse *lato sensu* de la hipoteca. El juez debe consultar las circunstancias y decidir según los casos particulares, teniendo en cuenta la moralidad del deudor, su buena fe, su crédito.» (1) Así á la cuestión de derecho Troplong comienza por responder que *no*; luego dice que *sí*, abandonando el asunto al juez. Rechazamos con todas nuestras fuerzas semejante modo de tratar las cuestiones de derecho. Si es una cuestión de derecho hay que hacer un lado las consideraciones de hecho, pues que conducen á dar al juez un poder discrecional. ¿Será para eso que el legislador ha reemplazado el arbitrio de los parlamentos por un código de leyes destinado á encadenar al juez? ¿Y cuáles consideraciones son las que se colocarán en lugar de la ley? El deudor debe una caución: presenta una hipoteca. ¿De qué se trata? ¿De discutir si la hipoteca vale una caución ó una prenda? Nó, al legislador toca pensar estas consideraciones. Y si fuera permitido al intérprete invocarlas, podría decir que el *deudor* presenta garantías para permitirle reemplazarlas por una caución ó una prenda ó por una hipoteca? Es precisamente porque la ley no tiene confianza en la garantía personal del deudor por lo que le obliga á dar caución ó dar prenda. Y se vendría uno á prevalecerse de las garantías que presenta la persona del

1 Véanse, en diverso sentido, los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, p. 680, nota 12, pfo. 425.

deudor contra la ley que las declara insuficientes. ¿Qué se dirá de la interpretación que Troplong da al art. 2041? Pretende que la ley no es restrictiva. ¿Acaso no son restrictivas todas las disposiciones que sólo toca al legislador establecer? La palabra *prenda* puede entenderse de la hipoteca. ¡Y qué! Se trata de garantías que tienen todas un nombre técnico: caución, prenda, anticresis, hipoteca; se trata de decidir cuál de esas garantías debe el deudor ofrecer; y el legislador se valdría para decidir el punto de una palabra que comprende todas las garantías reales.



CAPITULO II.

DEL EFECTO DE LA CAUCION.

SECCION I.—*Del efecto de la caución entre el acreedor y el caucionante.*

§ I.—DEL BENEFICIO DE EXCUSION.

Núm. 1. *¿Qué es el beneficio de excusión?*

203. El art. 2021 dice: «El caucionante no está obligado para con el acreedor á pagarle sino á falta de pago del deudor, quien debe previamente ser excutado en sus bienes.» Es necesario ligar esta disposición á la del art. 2011, según la cual el caucionante se somete hacia el acreedor á la obligación principal si el deudor no la satisface él mismo. Si se atiende uno á la letra de estos artículos se pudiera creer que el caucionante no está obligado directamente; que el acreedor debe primero dirigirse al deudor principal y que sólo cuando éste no paga es cuando el caucionante puede ser demandado. Esta interpretación conduciría á la consecuencia de que el acreedor debe constituir al deudor en apremio antes de poder promover contra el caucionante. Esta es la opinión de Delvincourt seguida por Durantón y por Zachariæ. (1)

1 Durantón la desarrolla largamente (t. XVIII, p. 341, núm. 331). Todos

Esta opinión no encontró eco. (1) Se le hace decir á la ley lo que no dice. El art. 2011 dispone que el caucionante se obliga á satisfacer la obligación si el deudor no la cumple, y esto significa que hay un deudor principal cuyo caucionante garantiza la obligación; en otros términos, que la caución es una obligación accesoria. Ordinariamente el acreedor se dirige al deudor principal y sólo ocurre al caucionante cuando el deudor no le paga. Pero el art. 2011 no le hace de ello una obligación, no habla de la acción del acreedor contra el caucionante; es, pues, imposible que la subordine á un apremio. En cuanto al art. 2021 no dice tampoco que el acreedor deba poner en apremio al deudor antes de promover contra el caucionante; define el beneficio de excusión y decide que cuando el acreedor promueve contra el caucionante éste puede oponerle este beneficio; lo que implica que el acreedor tiene el derecho de promover antes de ejercer la excusión en los bienes del deudor y también antes de haberlo apremiado. Todo lo que resulta del art. 2021 es que el caucionante puede obligar al acreedor á ejercer la excusión de los bienes del deudor principal. En este sentido está obligado hacia el acreedor á pagarle solo si no paga el deudor. (2)

Esta interpretación del texto está también en armonía con el espíritu de la ley y con la intención de las partes contratantes. El acreedor que estipula una caución quiere asegurar el pago de su crédito; lo que implica que puede dirigirse al caucionante desde que no paga el deudor. No se le puede obligar á perseguir al deudor ni, por consiguiente, á apremiarlo; desde que al vencimiento el deudor no

los traductores de Zachariæ se han pronunciado contra él. Aubry y Rau, t. IV, p. 681, nota 6, pfo. 426; Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 67, nota 3.

1 Se cita en favor de esta opinión una sentencia de la Corte de Bruselas de 18 de Octubre de 1821 (Pasierisia, 1821, p. 476). La sentencia no decide la cuestión de principio, más bien se refiere á la disposición del art. 1912.

2 Pont, t. II, p. 82, núms. 154 y 155 y la mayor parte de los autores.

paga el acreedor debe tener el derecho de demandar al caucionante. Obligarlo á promover contra el deudor es desviarse del objeto que el acreedor tuvo de asegurar su pago al vencimiento, ya contra el deudor, ya contra el caucionante. Diría en vano el caucionante que su obligación sólo es accesoria. Sin duda, pero este sólo prueba una cosa: es que la deuda debe en definitiva ser sufrida por el deudor principal; por esto la ley da al caucionante que paga un recurso contra el deudor; esta subrogación es de esencia de la caución porque es de su esencia que el deudor soporte la deuda y no el caucionante que interviene sólo por amistad ó por complacencia (arts. 2028, 2029 y 2037). Otra es la cuestión de saber cuáles son los derechos del acreedor contra el caucionante. Este debe pagar desde que el deudor no paga; tal es el principio.

204. Se dirá que si así es el caucionante no debiera tener el beneficio de excusión, puesto que por efecto de este beneficio se obliga al acreedor á perseguir al deudor y vender sus bienes, lo que es precisamente lo contrario del objeto que se propone el acreedor al estipular la caución. La objeción está muy fundada si se atiende uno al rigor de los principios. En el antiguo derecho romano el caucionante no podía oponer al acreedor la excepción de excusión. Fué Justiniano quien la introdujo, y su innovación se hizo de derecho común en Francia y en Bélgica. (1) Pero la misma palabra de la excepción prueba que esto es una derogación del rigor de los principios; se la llama *beneficio*, es decir favor, porque deroga el derecho estricto del acreedor. Chabot lo confiesa en su informe al Tribunado: «Según el rigor del derecho, dice, el caucionante podía ser demandado por el acreedor desde el momento en que el

1 Había, sin embargo, una costumbre, la de Luxemburgo, que no admitía la excusión. Esto fué sentenciado así por el Consejo de Estado, decreto de 8 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 172).

deudor retardase el pago, puesto que se comprometió á ejecutar la obligación del deudor principal en el caso en que el deudor no la ejecutara.» Cuando el legislador deroga el derecho estricto es siempre por consideraciones de equidad. Son, en efecto, razones de equidad las que Chabot alega para justificar el beneficio de excusión. Desde luego el beneficio supone que el deudor presenta medio de solvencia y que sería fácil al acreedor obligarle á la ejecución: ¿por qué en tales circunstancias se impondría esta excusión al caucionante? ¿No es natural y equitativo que el acreedor, único interesado, haga las promociones más bien que el caucionante que no tiene ningún interés en la transacción? La intención de las partes contratantes, se dice, está acorde con la equidad: el caucionante sólo se obliga á pagar en el caso en que el deudor no esté en condición de hacerlo; todo lo que entiende garantizar es el pago. Esto no es enteramente exacto; no sólo se trata de lo que piensa el caucionante, se trata de saber cuál es la intención de ambas partes contratantes; y si su intención fuera realmente que el caucionante no tuviera que pagar sino en el caso en que el deudor principal estuviera fuera de estado de hacerlo el caucionante tendría un derecho contractual y sería inútil hablar de equidad. Por esto Chabot no habla más que de la intención del caucionante y se apresura á añadir una nueva consideración de equidad. ¿No debe, dice, tratarse al caucionante con alguna consideración cuando la caución es un acto de beneficencia, siempre que en definitiva el acreedor se encuentre enteramente asegurado? (1) Tal es también el único motivo que el Orador del Gobierno hace valer contra el rigor romano. «Era un rigor muy grande, dice Treilhard, contra personas que a menudo se veían obligadas sólo por un sentimiento de benefi-

1 Chabot, Informe núm. 12 [Loché, t. VII, p. 424].

cencia y generosidad." (1) En fin, el Orador del Tribunado dice igualmente que es justo venir en auxilio de los que, al obligar al prójimo, no entienden que este acto de beneficencia puede serles nocivo. (2) El motivo de equidad es incontestable, sólo que supone que la caución es gratuita, y la ley no la declaró gratuita por su esencia; puede, pues, hacerse á título oneroso, y en este caso todas las consideraciones que se han invocado en favor del beneficio de excusión llegan á caer; lo que no impide que el caucionante pueda oponerlo. Hay en esto una verdadera anomalía.

205. ¿Hay casos en los que el caucionante goza del beneficio de excusión? Los autores enumeran un número bastante grande. (3) Estas serían tantas excepciones á una regla general, pues el beneficio de excusión es una regla que la ley establece, por muy discutibles que sean los motivos en que se ha fundado. "El caucionante, dice el artículo 2021, sólo está obligado para con el acreedor á falta del deudor, quien debe ser precisamente excusado en sus bienes." Luego todo caucionante goza del beneficio de excusión. Si hay excepciones á esta á regla deben también ser establecidas por la ley, pues sólo el legislador puede crear excepciones á las reglas que consagra. De esto se sigue que no puede haber más excepciones que las que resultan de la ley. Ya hemos encontrado una de ellas: el caucionante judicial, dice el art. 2042, no puede pedir la excusión del deudor principal. Esta excepción confirma la regla; de esto se sigue que todo caucionante legal ó convencional puede oponer al acreedor el beneficio de excusión.

206. La ley permite al caucionante renunciar este beneficio (art. 2021). Esto es la aplicación de un principio general: cada cual puede renunciar un derecho que sólo fué

1 Treillard, Exposición de los motivos, núm. 11 (Loché, t. VII, p. 417).

2 Lahary, Discurso núm. 16 [Loché, t. VII, p. 441].

3 Troplong, *De la Caución*, núms. 233 y 239.

establecido en su favor; y la excusión del deudor principal es esencialmente un favor que el legislador concedió al caucionante (núm. 204). La renuncia puede ser expresa; se ha hecho de estilo que el caucionante renuncie el beneficio de excusión en la misma acta en que se obliga; de modo que las partes contratantes restablecen el derecho estricto, el que el legislador había derogado por motivo de equidad. (1) La renuncia puede también ser tácita; esto es el derecho común, el que la ley no deroga. ¿Cuándo es tácita la renuncia? Esto es una cuestión de hecho cuya solución depende de la intención de las partes [contratantes, intención que se manifiesta por hechos en lugar de manifestarse por palabras. Pothier discute los ejemplos en los que la voluntad del caucionante es más ó menos dudosa. (2) Creemos inútil entrar en este debate dependiendo todo de los términos de la convención y de las circunstancias de la causa; es decir, de elementos que varían de un caso á otro; y es difícil discutir y criticar decisiones de hecho, puesto que todo depende de la impresión que hacen en el espíritu del juez las circunstancias, que está en medida de apreciar mejor que el intérprete, que no tiene á la vista más que una colección de sentencias. (3)

El art. 2021 da como ejemplo de renuncia tácita: "Cuando el caucionante se obliga solidariamente con el deudor el efecto de su compromiso se fija por los principios que han sido establecidos acerca de las deudas solidarias." Estos últimos términos son demasiado absolutos; el caucionante solidario no se resuelve en todo un deudor solidario, hay diferencias á las que volveremos. Un punto es seguro: es que el caucionante solidario renuncia el beneficio de excusión, pues el efecto esencial del compromiso solidario contraído

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 87, núm. 160.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 408.

3 Compárese denegada, 16 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 102).

por el caucionante es el de hacerlo considerar como deudor principal para con el acreedor, en este sentido: que éste puede perseguir al caucionante como si estuviera solo obligado al pago de la deuda (art. 1200). (1)

207. La solidaridad ha dado lugar á una dificultad. Un comerciante subscribe vales á la orden bajo caución solidaria con su padre. Un tercero garantiza la solvencia del caucionante y pone al efecto su endose en los vales. Este, demandado por pago de los vales, pretendió que era simple certificador del caucionante y con este título opuso la excepción de excusión. El demandante sostuvo que el endosante era deudor solidario y que, como tal, no podía prevalecerse del beneficio de excusión. Fué sentenciado por la Corte de París que la excepción de excusión podía ser invocada por el endosante cuando sólo certifica al caucionante. Recurso de casación. La Cámara de Requisiciones decidió que esto era una cuestión de intención: ¿aquel que endosó entendió obligarse no sólo como certificador del caucionante sino como deudor solidario? La Corte de Apelación se había limitado á reconocer la intención del endosante de no ser más que el certificador del caucionante, interpretando los términos del acta por el subscripto, y esta interpretación es soberana.

Quedaba por saber si el certificador del caucionante había renunciado el beneficio de excusión dando un endose que vuelve al deudor solidario. La Corte de Casación dijo que aquel que ofrece la solvencia del caucionante se compromete á pagar si éste no es solvente; es decir, que estipula virtualmente y necesariamente que el caucionante será perseguido antes que él. (2)

208. Hay caso en que en virtud de los principios generales de derecho el caucionante no puede ya oponer el be-

1 Massé y Vergé sobre Zachariae, t. V, p. 70, nota 14.
2 Denegada, 4 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 123).

neficio de excusión. (1) Si sucede al deudor principal y si es demandado por el acreedor no goza ya de los beneficios de caucionante, pues la caución se extinguió por la confusión de las cualidades de deudor y caucionante en una misma persona; vuelto deudor principal como heredero el caucionante deja de serlo, puesto que el deudor no puede caucionarse á sí mismo.

El caucionante de un vendedor forma contra el comprador una acción de reivindicación; el comprador lo rechaza por la excepción de garantía, no pudiendo ser vencido aquel que debe garantizar. ¿Es que en este caso el caucionante podía invocar el beneficio de excusión y obligar al comprador á ejercer su recurso ante todo contra el vendedor? Nó, dice Pothier, pues la excepción de excusión implica que el deudor principal puede pagar la deuda, y en el caso el vendedor no podría satisfacer la garantía defendiendo al comprador contra la reivindicación del caucionante; éste sólo puede defender al comprador, lo debe como garante; luego no hay lugar á excusión en los bienes del deudor principal. (2)

La insolvencia del deudor principal es notoria: ¿podrá el caucionante oponer al acreedor el beneficio de excusión? Nó; aunque la ley no lo dice terminantemente esto resulta implícitamente de las condiciones que prescribe para que el caucionante pueda gozar del beneficio de excusión; tiene que indicar los bienes del deudor principal que el acreedor pueda excusionar útilmente, y si el deudor no tiene bienes, ó si sus bienes están embargados por acreedores hipotecarios, toda excusión se hace imposible. (3)

209. ¿Pueden admitirse excepciones al beneficio de excu-

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 85, núm. 158.

2 Pothier, *De la venta*, núm. 177.

3 París, 21 de Abril de 1806 [Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 370 2.º]
P. de D. TOMO XXVIII—31

sión que no resulten de los principios generales? Nó (número 205). Tal es la excepción que algunos autores admiten en materia comercial. Las reglas establecidas acerca de la caución por el Código Civil son aplicables en materia comercial, á no ser que el Código de Comercio no las derogue, y ningún texto de este Código habla del beneficio de excusión; no puede, pues, haber derogaciones. Esto es decisivo. (1)

Se sorprende uno de leer en el Comentario de Troplong acerca de la caución que todos los autores están acordes en reconocer que entre comerciante no hay lugar al beneficio de excusión. Y aunque todos los autores lo dijeran habría que ver si tienen razón; ¿tienen derecho de crear una excepción que la ley ignora? Esta es una de esas cuestiones que basta presentar para resolverlas. No hay argumento que pueda dar al intérprete el poder de hacer la ley. Y los que Troplong alega no son seguramente hechos para justificar semejante usurpación. Decir que «en materia mercantil la confianza, el crédito, la buena fe, deben ser exuberantes,» es hacer frases. Agregar que, «esta excepción sólo sería un estorbo á la marcha de los negocios que deben llegar á pronta conclusión» es una razón dirigida al legislador, y el intérprete no tiene que ver lo que el legislador debiera haber hecho; tiene que limitarse á ver lo que hizo. Troplong añade «que en las operaciones mercantiles la caución *no siempre* es gratuita; y ¿cómo podría el fiador abrogarse tras una excepción introducida para aquel que se carga generosamente con la deuda ajena?» Los malos argumentos traicionan las malas causas. ¿De que la caución no siempre *es gratuita* puede concluirse que el caucionante no goza *nunca* del beneficio de excusión? Habría cuando menos que limitar la excepción al caso en que la caución es interesada, y, por

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. II, p. 69, nota 13, y los autores que citan Pont, t. II, p. 85, núm. 158.

consiguiente, habría que admitir la misma excepción en materia civil. ¿Y procediendo así el intérprete no haría la ley? (1)

Núm. 2. De las condiciones requeridas para el beneficio de excusión.

210. El Relator del Tribunado establece el principio que el Código sigue en esta materia. La ley prescribe condiciones rigurosas para el ejercicio del derecho que concede al caucionante: ¿por qué se muestra tan severa cuando se trata de un beneficio? La ley quiere, dice Chabot, que la excusión reclamada sea de naturaleza á ser corta y fácil; que no exponga al acreedor á retardos considerables ó á contestaciones penosas, y, en fin, que el acreedor no esté obligado á anticipar los gastos. (2) Estas condiciones han sido criticadas en el seno del Tribunado por Gaupil-Préfeln. Considera el beneficio de excusión como un derecho inherente á la caución; y bajo este punto de vista no hace mal en decir que el beneficio debe ser organizado de modo que el rigor de las condiciones á las que se le somete no lo haga ilusorio. ¿Pero es exacto el punto de partida? ¿Es verdad decir que el compromiso del caucionante se reduce á garantizar, en favor del acreedor, el pago de la deuda después que éste había inútilmente excusionado al deudor en sus bienes? (3) Chabot establece los verdaderos principios; transcribimos sus palabras; este es el mejor comentario de la ley.

«La caución tiene por objeto asegurar la ejecución de la obligación principal; pero para que la obligación principal esté ejecutada *como debe serlo* es necesario que la deuda es-

1 Troplong, *De la caución*, núm. 233.

2 El principio está tomado en Pothier, *De las obligaciones*, núm. 412.

3 Discurso de Gaupil-Préfeln, en la sesión del 21 Pluvioso, año XII (Loché, t. VII, ps. 429-432).

té pagada á su vencimiento. El caucionante está, pues, obligado no sólo á pagar la deuda cuando el deudor no lo hace él mismo sino también pagarla á su vencimiento fijado por la convención. Resulta que en el momento del vencimiento si el deudor no paga el acreedor debería tener el derecho de obligar al caucionante al pago.»

Tal es el derecho estricto. La ley lo deroga concediendo al caucionante el *beneficio* de excusión; es un favor considerable, puesto que el caucionante obtiene un plazo que no tiene el deudor y se encuentra así descargado de una de las obligaciones principales del deudor: el pago al vencimiento del plazo. Puesto que esto es un beneficio la ley que lo concede puede poner en ello las condiciones que juzgue convenientes; debe, sobre todo, cuidar de que la derogación del derecho del acreedor se concilie con la equidad. (1)

211. «El acreedor no está obligado á excusar al deudor principal sino cuando lo requiere el caucionante á las primeras promociones dirigidas contra él» (art. 2022). ¿Quiere esto decir, como lo sentenció la Corte de París, que la excepción de excusión debe ser opuesta desde la entrada de la causa ó, como se dice, *in limine litis*? (2) Se puede citar en apoyo de esta interpretación el informe de Chabot: «El acreedor no está obligado á excusar al deudor principal sino cuando el caucionante lo requiere expresamente; hasta es necesario que lo requiera en las primeras promociones practicadas contra él; no se le admitiría si hubiera defendido en el fondo, es una *excepción moratoria* que debe ser opuesta *in limine litis*. Sería demasiado penoso para el acreedor que el caucionante que lo hubiese fatigado por largas chicanas pudiera alejar el pago de la deu-

1 Respuesta de Chabot, en la sesión del 23 Pluvioso, año XII (Loché, t. VII, ps. 433 y siguientes).

2 París, 21 de Abril de 1810 (Dallez, en la palabra *Caución*, núm. 370, 2.º)

da pidiendo la excusión del deudor.» Es verdad que la excepción de excusión sólo es *moratoria*, y estas excepciones deben, en general, ser opuestas inmediatamente. Pero el beneficio de excusión es una excepción enteramente especial, y es por motivos especiales por lo que el legislador quiso que fuera opuesta en las primeras promociones. En el derecho antiguo había controversia acerca de la naturaleza de la excepción de excusión. Muchos autores sostenían que era perentoria, y concluían de esto que podía ser opuesta en cualquier estado de la causa; una sentencia del Parlamento de Tolosa lo había resuelto así. Pothier, al contrario, enseñaba que la excepción era *moratoria*, puesto que tendía á diferir la acción del acreedor contra el caucionante y no á excluirla enteramente. En esta opinión se aplicaba la regla general que quiere que toda excepción *moratoria* se oponga antes de la contestación de la demanda. (1)

El proyecto de Código Civil decía simplemente que el acreedor sólo está obligado á excusar al deudor cuando lo requiere el caucionante, lo que parecía permitir al caucionante oponer la excepción en cualquier estado de la causa. Esta redacción ha sido combatida por proposición del Tribunalado; importa hacer constar cuál fué el objeto del cambio. Se lee en las Observaciones de la Sección de Legislación: «La Sección propone agregar estas palabras: *en las primeras promociones dirigidas contra él*. Si, en efecto, varias promociones han tenido lugar contra el caucionante sin que haya requerido la excusión de los bienes del deudor se le considera haber renunciado la facultad que le da la ley. El acreedor no debe ser juguete del capricho del caucionante, debe poder continuar el camino que le dejó perseguir el silencio del caucionante.» (2) El Tribunalado no

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. 1 (t. III, página 470). Pothier, *De las obligaciones*, núm. 410. Pont, t. II, p. 89, núm. 167.

2 Observaciones del Tribunalado, núm. 5 (Loché, t. VII, p. 412).

dice que el beneficio de excusión es una excepción moratoria; si el caucionante no puede ya oponerla después de las primeras promociones es porque su silencio implica una renuncia; debe, pues, verse si realmente el silencio del caucionante tiene este significado; por tanto, la cuestión se resuelve en una dificultad de hecho. Esta es la observación de Merlin: "No resulta, dice, de la adición propuesta por el Tribunalado que el Código Civil niegue la excusión al fiador cuando no la opuso desde luego; sólo debe concluirse que no puede ya usarla cuando intervinieron discusiones propias para presumir que renunció dicha excepción." Merlin añade que el texto del Código no implica que el beneficio de excusión deba ser opuesto *in limine litis*; las palabras *en las primeras promociones* no son sinónimos de la expresión *entrada de causa*. Esto es, pues, una cuestión de hecho. Generalmente habrá renuncia del beneficio de excusión si el caucionante interesado en oponerlo luego no lo hace. Sin embargo, puede suceder que no haya entendido renunciar un beneficio que, en las circunstancias de la causa, ni siquiera podía hacer valer. Merlin da un ejemplo. El caucionante pretende que la caución es nula; litiga y sucumbe. ¿Puede todavía oponer la excepción de excusión? Merlin contesta que esto no es dudoso. En efecto, el caucionante que sostiene que la caución es nula se encuentra en la imposibilidad de oponer el beneficio de excusión, puesto que oponiéndolo reconocería que es caucionante, mientras que pretende que no lo es. (1)

212. "El caucionante que requiere la excusión debe adelantar el dinero suficiente para hacerla" (art. 2023). Esta condición es una de las que han sido muy atacadas en el seno del Tribunalado; obligar al caucionante, decía el tribu

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. 1. Durantón, tomo XVIII, pfo. 347, núm. 334. La opinión de Merlin es seguida por todos los autores.

no Goupil-Préfein, á hacer el anticipo de los gastos que exigiera la excusión es concederle por una parte un beneficio y por la otra quitárselo implícitamente. Chabot le contestó, y la respuesta es perentoria: "¿En favor de quién se hace la excusión de los bienes del deudor? No es en favor del acreedor, puesto que lo obliga á promociones desagradables y que alejan el pago de la deuda cuando podía desde luego apremiar al caucionante al pago. La excusión sólo se hace, pues, para el fiador; no tiene más objeto que aceptar lo del pago; sólo á él aprovecha, puesto que procura su descargo y, cuando menos, le da un plazo. ¿No es justo que anticipe los fondos necesarios para una excusión que sólo se admite en interés suyo?"

¿Se pregunta si el caucionante debe ofrecer de antemano los gastos en el momento en que requiere la excusión? La Corte de Casación se pronunció por la negativa, y creemos que hizo bien. No pertenece al intérprete crear formalidades ni condiciones; y las que prescribe la ley no pueden ser extendidas ni agravadas. Y el art. 2023 sólo habla de la oferta de gastos; esto es decisivo. Tal es también la tradición. Hay una sentencia contraria de la Corte de Burdeos, y se pretende que dicha decisión está en el espíritu de la ley. (1) Esto es confesar que el texto guarda silencio; y el espíritu de la ley no basta para prescribir condiciones que el caucionante estaría obligado á cumplir bajo pena de decaimiento.

213. "El caucionante que requiere la excusión debe indicar al acreedor los bienes del deudor principal" (artículo 2023). ¿De qué bienes se trata? Puesto que la ley habla de bienes en general hay que concluir que el caucionante puede indicar bienes muebles. Esta es la opinión general, y

1 Véanse las autoridades, en diverso sentido, en Pont, t. II, p. 94, número 175.

tiene una base inquebrantable, la del texto. (1) Sin embargo, Zachariæ dice que el caucionante, según la naturaleza de los casos, no puede ordinariamente indicar al acreedor más que inmuebles, pues para los demás bienes siempre hay duda de que basten al pago. El motivo nos parece tan erróneo como la opinión en apoyo de la que se invoca. ¿Dónde se dice que los bienes que indique el caucionante deban ser suficientes para el íntegro pago de la deuda? Esta es una condición que la ley ignora y que el intérprete no tiene el derecho de prescribir. Por esto Zachariæ fué abandonado por sus traductores en este punto. (2) Se podría objetar que en la opinión general el acreedor recibirá un pago parcial y que tiene derecho al íntegro. Nuestra contestación está en el texto de la ley. Al dar el beneficio de excusión al caucionante la ley autoriza implícitamente el pago hasta concurrencia de los bienes del deudor; luego un pago parcial si los bienes no bastan para pagar al acreedor. Pero este pago sólo es parcial en apariencia, pues desde el momento en que el acreedor lo recibe puede pedir que el caucionante lo complete. (3)

214. El art. 2023 dice que el caucionante debe señalar al acreedor los bienes del deudor principal; luego *todos* los bienes. Esta es la doctrina de Pothier: el señalamiento de bienes, dice, se debe hacer en una sola vez; el caucionante debe comprender en él todos los bienes que quiera que el acreedor discuta; no se le admitiría á señalar otros después de la discusión de los ya señalados. Esta opinión está admitida por los autores modernos. Sin embargo, se debe hacer una restricción. El caucionante no puede estar obligado á lo imposible; cuando la ley dice que debe señalar los bienes del deudor supone que los conoce; si no fuera así ó si

1 Durantón, t. XVIII, p. 374, núm. 352, y todos los autores
2 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 68, nota 7.
3 Durantón, t. XVIII, p. 355, núm. 338.

el deudor adquiere nuevos bienes no se puede tratar de obligar al caucionante á indicarlos; á lo imposible nadie está obligado. (1) Aún más, nos parece difícil decidir, como lo hace Pothier, que el caucionante debe señalar todos los bienes que conocía, bajo pena de decaimiento; la ley no pronuncia el decaimiento, ni siquiera dice en términos positivos que el señalamiento debe comprender todos los bienes. Luego lo que se pudiera deducir de un señalamiento incompleto es que el caucionante sería, en verdad, admitido á señalar los bienes que se habían omitido, pero no estaría obligado á los daños y perjuicios si este señalamiento tardío causara un daño al acreedor. Esto se halla fundado también en la razón, en el sistema del beneficio de discusión; no se comprende que el acreedor promueva contra el deudor, aunque éste posea bienes bastantes para satisfacer la obligación del acreedor; se necesita que la discusión agote su patrimonio; solamente que esta discusión se debe conciliar con el interés del acreedor. (2)

215. El art. 2023 enumera los bienes del deudor que el caucionante no puede indicar. Desde luego no puede señalar los bienes situados fuera de la jurisdicción de la corte de apelación del lugar en que se hizo el pago. El legislador quiere, como lo dice el Relator del Tribunal, que la discusión sea corta y fácil; luego debió excluir la discusión de bienes cuya situación la hiciera de difícil realización.

La ley no permite que el caucionante señale bienes litigiosos; Chabot da la razón: el acreedor no puede ser forzado á sostener pleitos que puedan ser largos é inciertos cuando debió contar con la ejecución que le prometió el caucionante. No se debería concluir de esto que los bienes no son litigiosos más que cuando ya han sido objeto de un pleito

1 Durantón, t. XVIII, p. 355, núm. 338.
2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 411.

(art. 1701); la ley no define lo que en el art. 2023 entiende por bienes litigiosos, se atiende por esto mismo á la apreciación de los tribunales (núm. 190). Se juzgó que los bienes vencidos por sucesión al deudor, pero aún indivisos, eran bienes litigiosos en el sentido del art. 2023; (1) en efecto, los bienes indivisos no pueden ser expropiados; es necesario, ante todo, pedir la partición, lo que puede conducir á una instancia judicial (art. 2025).

En fin, la ley no admite á discusión los bienes hipotecados que ya no se hallan en posesión del deudor. Chabot da por motivo que podía haber un largo debate con los detentores de estos bienes y con los acreedores. Esta condición se había criticado en el Tribunado. El Relator se limita á contestar que la equidad exige que la discusión no sea larga ni difícil. Se puede agregar que la posesión del tercero adquirente es tan favorable como el ejercicio del beneficio de discusión; hé aquí por qué el Código Civil concede al tercero detentor el beneficio de discusión que suspende la venta de la heredad (art. 2170). (2) La Ley Hipotecaria belga no ha mantenido este beneficio.

216. Pothier pregunta si el que ha caucionado á uno de los deudores puede exigir que el acreedor discuta los bienes que posea los demás codeudores. Decide la cuestión afirmativamente en razón de equidad y por motivo de derecho. Pothier insiste en la razón humanitaria, como dice. Es equitativo que una deuda sea pagada por los que son verdaderos deudores y que aprovechen el contrato más que los que son deudores por otro; el beneficio de discusión no tiene otro fundamento. Es porque es humanitario que el acreedor, cuando él es poco menos que indiferente, evite estas molestias al

1 Tolosa, 9 de Marzo de 1819 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 196), Compárese sentencia del Tribunal de Bruges, 2 de Agosto de 1875 (Pasicrisia. 1875, 2, 299).

2 Durantón, t. XVIII, p. 356, núm. 338.

caucionante y se haga pagar por el verdadero deudor. Esta argumentación da una idea del modo de ser de Pothier; le gusta decidir en equidad más que con el rigor del derecho. Pero lo que Pothier podía hacer á falta de ley los intérpretes del Código Civil no pueden. Hemos hecho más de una vez la observación; las cuestiones de derecho no se deciden por equidad sino por los textos y principios que de ellos se desprenden. Se trata de saber no si es equitativo que el acreedor discuta los bienes de los codeudores solidarios que no están caucionados sino que si el caucionante puede obligarlo á ello. Pothier mismo no se conforma con la equidad, busca apoyarse en derecho. Se puede también decir, agrega, que el que se hace caucionante por uno de los deudores solidarios es también *en algún modo* caucionante de los demás (1) Hé aquí un argumento poco digno de Pothier; no se atreve á decidir que el caucionante de uno de los solidarios es caucionante de los demás, se conforma con decir *en algún modo*. Es esto confesar que el caucionante de uno no es de los otros, ¿y cómo lo sería? ¿Es que la caución no es un contrato formado entre el acreedor caucionado y el fiador? ¿Y el fiador se puede prevalecer de que el deudor que ha caucionado tiene codeudores que quedan fuera de la convención? ¿Una convención puede tener un efecto cualquiera con respecto á los que han sido partes? Sin duda la obligación, de todos los codeudores es más que una y sola obligación, ¿pero en qué sentido y con relación á quién? Con relación al acreedor y para el pago de la deuda principal; esto no impide que haya tantas ligas particulares como deudores, y que cada uno de los codeudores puede estar diferentemente obligado que otro (art. 1201); con mayor razón el acreedor puede estipular para uno garantías que no esti-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 412, seguido por Troplong, Massé y Vergé, Taulier y Daloz. En sentido contrario, Bougnét, sobre Pothier, y Pont, t. II, p. 97, núm. 183.

pula para los otros. El caucionante no está, pues, ligado más que con respecto al codeudor que ha caucionado; los demás le son extraños, y se quiere que pueda mandar á los acreedores, á excusionar sus bienes! Lo que nos sorprende más que la opinión de Pothier es que haya encontrado partidarios bajo el imperio del Código Civil cuando el art. 2030 exige que el fiador haya caucionado á todos los deudores solidarios para tener recursos solidarios contra cada uno en su totalidad. Luego el caucionante no tiene recurso solidario contra los que no han caucionado. Hé aquí el verdadero principio, que es elemental; las convenciones no tienen efecto más que entre las partes contrayentes.

217. ¿Qué sucedería si el caucionante hubiese señalado los bienes del deudor principal y que el acreedor no los excusione? ¿El acreedor tendrá derecho contra el caucionante si el deudor llega á hacerse insolvente? El art. 2024 decide la dificultad en estos términos: "Toda vez que el caucionante haya señalado los bienes por el artículo precedente, y que haya ministrado el dinero suficiente para la excusión, el acreedor es, hasta concurrencia de los bienes señalados, responsable, con relación al caucionante, de la insolvencia del deudor principal convertido por la falta de promociones." Hubo acerca de este punto una larga discusión en el Consejo de Estado; creemos inútil analizar el debate; el principio que ha consagrado el Código fué expuesto de una manera clara y precisa por Tronchet; basta con transcribir su explicación, es el comentario auténtico de la ley. (1)

El caucionante debe pagar por el deudor. Tal es la regla general. El beneficio de excusión solamente le da la facultad de probar que el deudor puede pagar, y entonces la equidad exige que el acreedor excusione los bienes del deudor.

1 Sesión del Consejo de Estado de 23 Frimario, año XII, núm. 5 (Loché, t. VII, p. 408.

dor principal. Para el ejercicio de este derecho la ley quiere que el caucionante señale los bienes y que anticipe los gastos. Cuando se llenan estas condiciones el acreedor debe hacer las promociones necesarias. Tronchet dice que en este caso el acreedor se hace mandatario del caucionante y que, por consecuencia, es responsable de la inejecución de su mandato. ¿No sería más verdadero decir que la obligación de excusionar es una obligación legal? Siendo la excusión un derecho para el caucionante resulta una obligación para el acreedor, y el derecho, del mismo modo que la obligación correlativa, tiene su principio en la ley. Si el acreedor no promueve falta á su obligación y debe ser responsable. Quedan por precisar las condiciones bajo las que esta obligación le incumbe, y cuáles son las consecuencias de su inejecución.

Las condiciones son las que la ley exige en el beneficio de excusión; es decir, el señalamiento de bienes á excusionar y el adelanto de los gastos. Acerca de este último punto se debe observar que el caucionante no está obligado á hacer el ofrecimiento de los gastos; pero si no está obligado á hacerlo se quiere que tenga gran interés en ofrecer espontáneamente el adelanto. En efecto, el acreedor no está legalmente obligado á excusionar los bienes sino cuando los gastos le han sido adelantados, y no es responsable de la falta de promociones sino también bajo esta condición. Cuando el caucionante ha satisfecho la ley el acreedor está obligado á excusionar los bienes que se le han señalado. Si hay bienes no señalados no es responsable de no haberlos excusionado; de modo que el caucionante tiene también interés en señalar todos los bienes del deudor.

En cuanto á la responsabilidad que el acreedor contrae si no promueve el art. 2024 dice que es responsable hasta concurrencia de los bienes señalados, bien entendido del valor líquido de dichos bienes y deducción hecha de los gas-

tos que la promoción ocasione. La responsabilidad siempre está limitada por el daño que resulta de la inejecución de la obligación; toca al caucionante probar cuál es este daño; es decir, el que la excusión de bienes pudiera producir: queda obligado por el resto, si lo hay. No se necesita decir que el beneficio de excusión no descarga al caucionante. Tronchet hizo la observación, y la cosa es evidente; si los bienes del deudor no bastan á saldar la deuda el caucionante está forzado á completar el pago.

218. La Corte de Casación hizo la aplicación del artículo 2024 en una especie que presentaba una pequeña duda; mejor dicho, las leyes son claras, la mala interpretación que se les dió es lo que hizo llevar el asunto ante la Corte de Casación. En la especie el caucionante había requerido la excusión de una cosa gravada con una hipoteca especial y dos terrenos hipotecados; habiendo restringido el acreedor la excusión de la casa la Corte de Pau lo declaró responsable de la falta de promoción. Ante la Corte de Casación se sostuvo que la sentencia atacada había violado el art. 2209, que dice: «El acreedor no puede promover la venta de los inmuebles que no le fueron hipotecados sino en el caso de insuficiencia de bienes que le fueron hipotecados.» La Corte contesta que la cuestión por resolver era decidida no por el art. 2209 sino por el 2024. En efecto, no se trataba de un acreedor hipotecario que expropia á su deudor y que se pone en conflicto con sus acreedores personales, que es el caso del art. 2209; se trataba de la obligación que la ley impone al acreedor para excusar los bienes del deudor principal cuando el caucionante pide la excusión, que es el caso del art. 2024; y este artículo quiere que el caucionante señale todos los bienes del deudor, sin distinción de bienes hipotecados y bienes que no lo estén, y el acreedor está obligado á excusar todos los bienes que ha señalado el caucionante. El recurso, que reprobaba

á la Corte de Apelación haber violado el art. 2209, él mismo hacía una mala aplicación de él.

§ II.—DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN.

Núm. 1. El principio.

219. Muchas personas se vuelven caucionantes del mismo deudor por una misma deuda. ¿Se divide la obligación de pagar la deuda entre los fiadores? El art. 2025 dispone que los caucionantes están obligados cada uno á toda la deuda. Sin embargo, dice el art. 2026, cada uno de ellos puede exigir que el acreedor divida de antemano su acción y la reduzca á la parte y porción de cada caucionante. De este modo la división de la obligación entre los fiadores no se hace de pleno derecho, no há lugar sino por demanda del caucionante perseguido del acreedor. El caucionante puede ser accionado por el todo, pero tiene el derecho de exigir que el acreedor divida su acción; esto es lo que se llama beneficio de división.

Las disposiciones de los arts. 2025 y 2026 derogan los principios generales que rigen las obligaciones contraídas por muchas personas. Cuando varios deudores principales se obligan conjuntamente por una deuda no están obligados cada uno de ellos más que por su parte, á menos que haya estipulación de solidaridad. La división entre los deudores de una misma deuda se hace, pues, de pleno derecho, mientras que entre fiadores la división es un beneficio que sólo tiene lugar cuando lo requiere el caucionante. Este es el principio tradicional. Pothier hace constar la diferencia que acabamos de señalar entre los codeudores y los fiadores, y pide la razón. Contesta que es de la naturaleza de la caución que el caucionante se obliga á todo lo que debe el deudor principal; por consecuencia, cada uno de los caucionantes

está considerado como si contrajera este compromiso, á menos que declare expresamente que sólo se obliga por una parte. Nos parece que esto es responder á la cuestión con la cuestión misma. Se pregunta por qué los fiadores están obligados cada uno por el todo cuando los codeudores no lo están más que por su parte, y se contesta que cada caucionante está obligado por el todo porque resulta de la naturaleza de la caución. Sin duda cuando sólo hay un caucionante responde por toda la deuda, del mismo modo que el deudor único debe pagar toda la deuda, pero cuando hay varios caucionantes ¿por qué la obligación de pagar una deuda divisible no se divide entre ellos como se divide entre los deudores principales? Es cierto que la razón que Pothier toma de Vinnius no contesta á la cuestión. Domat también dice que si varios se hacen caucionantes por una misma deuda cada uno responde por el todo, porque cada uno promete la seguridad de toda la deuda; es decir, que cada fiador está obligado por el todo porque cada uno está obligado por el todo. Domat agrega que la obligación de los fiadores es naturalmente *solidaria entre ellos*. (1) Esto es decir demasiado; no hay verdadera solidaridad entre caucionantes, como lo veremos más adelante. Y si se admite la solidaridad resulta una nueva anomalía. El primer efecto de la solidaridad es que el acreedor puede dirigirse al deudor que quiera elegir, *sin que éste pueda oponerle el beneficio de división*. Esto es de la esencia de la solidaridad (art. 1203) mientras que los fiadores tienen el beneficio de admisión. La obligación de los fiadores no es, pues, solidaria; si cada uno de ellos está obligado por el todo cada uno también puede pedir la división. De esta manera la obligación de los fiadores no difiere más que en un punto de la de los codeudores; entre

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 415. Domat, *Leyes civiles*, lib. III, título IV, sec. II, núm. 6.

éstos la dimisión es de derecho y entre aquéllos se hace por demanda del caucionante. Pedimos la razón de esta diferencia.

En el Consejo de Estado se adoptó el principio tradicional sin discusión. El Tribunado, menos inclinado á la tradición, se dividió (1) en el seno de la Sección de Legislación; se pidió que se aplicase á los fiadores el principio que rige á los codeudores; es decir, á la división de la obligación de pleno derecho. En apoyo de esta proposición se dice que los caucionantes no deben tratarse con menos favor que los deudores principales. Y cada responsable se considera haberse comprometido por su parte, salvo estipulación solidaria. ¿No debe suceder lo mismo con cada caucionante? El proyecto admitía esta división si los caucionantes la piden; se la encuentra, pues, justa, y si es justa ¿no es más sencillo establecerla de derecho pleno? Si el caucionante puede obtener la división cuando está pedida no se ve por qué no lo pudiera sin pedirla; si, por el contrario, pugna que la división tenga lugar de plano porque cada caucionante se obligó por el todo está razón debería igualmente impedir que en ningún caso el beneficio de división fuese concedido.

Esta argumentación nos parece irrefutable, y en realidad no se la ha contestado. ¿Qué se dijo en el Tribunado en favor de la opinión que el Código ha consagrado? Que esto es la tradición. Sea, ¿pero el principio tradicional se funda en derecho ó la razón? En derecho se contesta que los fiadores difieren de los deudores; cuando éstos se obligan conjuntamente no se les considera obligarse más que en su parte civil, luego separadamente; mientras que es de naturaleza de la caución que cada fiador se obliga por toda la deuda; lo dice la definición del art. 2011. Nó, la ley no

1 Observaciones del Tribunado (Loché, t. VII, p. 413).

dice lo que se le hace decir; supone que sólo hay un caucionante; si hay varios garantizan también el pago de toda la deuda, pero esta garantía se divide entre ellos. En cuanto al beneficio de división se dice que sólo es una gracia, no puede invocarse contra el principio. Nuestra contestación es siempre la misma: ¿por qué la división sólo es una gracia? Pedimos un motivo jurídico que justifique la tradición, y se nos contesta por la tradición. (1) Puesta la cuestión á votación hubo empate, lo que arrastró el mantenimiento del principio tradicional.

220. Queda una duda acerca de la naturaleza de la obligación de los fiadores: ¿son deudores solidarios? Domat los calificaba así (núm. 219); y el art. 2025 parece reproducir la doctrina tradicional, diciendo que los caucionantes están obligados cada uno á toda la deuda. No obstante, debe decidirse que los fiadores no están obligados solidariamente. En efecto, la definición que el art. 1200 da de la solvencia no se aplica á la obligación de los fiadores. Para que haya solidaridad es menester que cada deudor pueda ser apremiado por el todo; y los fiadores no pueden ser apremiados á pagar toda la deuda, puesto que tienen el derecho de exigir que el acreedor divida su acción (art. 2026); mientras que en caso de solidaridad el deudor demandado por el acreedor no le puede oponer el beneficio de división (artículo 1203).

La situación de los fiadores es enteramente anormal. Cada uno está obligado á la deuda y no pueden ser apremiados á pagar toda la deuda. ¿En qué sentido están obligados á pagar toda la deuda? Pothier contesta que cada fiador es verdadero deudor total de la deuda antes que la división haya sido pronunciada por el juez por la excepción opuesta por el caucionante; resulta que si uno de los fiadores ha pagado toda la deuda no tiene ninguna repetición

1 Compárese Delvincourt, t. III, p. 257, nota 2.

contra el acreedor para las partes de sus cofiadores, pues pagó lo que debía. (1)

Pero la obligación de los cofiadores no produce los verdaderos efectos de la solidaridad. El art. 1203, que no permite á los deudores solidarios oponer el beneficio de división, no es aplicable á los fiadores, puesto que gozan del beneficio de división. En consecuencia los arts. 1205, 1206 y 1207 no son aplicables ya á los cofiadores, pues estas disposiciones suponen que cada deudor es realmente obligado á toda la deuda, mientras que los caucionantes no pueden ser apremiados más que al pago de su parte civil. Esta es la opinión general. (2) Troplong enseña que los cofiadores están obligados *in solidum*; la palabra, dice, es legal. ¿Y cuál es la ley que declara solidarios á los cofiadores? Son las institutas. Creemos que el Código Civil es nuestra única ley. Después de esto Troplong confiesa que los cofiadores no son verdaderos deudores solidarios y que el beneficio de división les da algo de mixto y anormal. Luego añade que pertenecen á la clase de los deudores solidarios más bien que á la clase de los deudores ordinarios. (3) ¿Qué son, pues, en definitiva? No se sabe. Hay que añadir que el legislador es el verdadero culpable.

221. El art. 2026 define el beneficio de división: cada cofiador puede exigir que el acreedor divida su acción, y la división se hace, como entre los codeudores, por parte y porción de cada caucionante. ¿Cómo conciliar este beneficio con el principio establecido por el art. 2025, según el cual cada caucionante está obligado por toda la deuda? Los oradores encargados de explicar los motivos de la ley están embarazados cuando se trata de justificar el beneficio de división. Treilhard dice en la Exposición de los Motivos: «Los

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 426.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 685, nota 20, pfo. 426, y los autores que citan.

3 Troplong, *De la caución*, núm. 290.

caucionantes sin contradicción están obligados á toda la deuda. Bien se sigue de esto que si entre ellos sólo uno es solvente éste soportará la totalidad de la deuda; pero si varios caucionantes se encuentran en condición de pagar ¿por qué el acreedor no pediría su parte á cada uno? Quiso asegurar su pago, no corre ningún riesgo cuando varios caucionantes son solventes; la división de la acción no le procura en este caso ningún perjuicio, y se pudo admitirla sin herir el objeto de la caución." (1) El Orador del Gobierno se coloca en el terreno del interés para explicar una regla de derecho; esto no es lógico. Toca á las partes contratantes vigilar sus intereses; la ley debe determinar las consecuencias que resultan de la naturaleza de las convenciones. Bajo este punto de vista la división de la obligación entre los fiadores es más que un beneficio, es el derecho común. Así considerada la división se explica por sí misma, mientras que, en el sistema del Código, la división es una excepción y la excepción es una anomalía inexplicable. Chabot se limita á decir en su informe al Tribunalado que el beneficio de división no causa ningún perjuicio al acreedor. Esto es verdad, pero la consecuencia lógica debía ser la de consagrarla como derecho común, á reserva de que el acreedor estipule la solidaridad si el derecho común no le ofreciera suficiente garantía.

Núm. 2. Condiciones del beneficio de división.

222. La división es un beneficio, luego una excepción que el caucionante debe oponer al acreedor. Este tiene el derecho de promover por el todo contra cada caucionante en virtud del principio de que los caucionantes están obligados cada uno á toda la deuda (art. 2025), á reserva de que el caucionante demandado oponga la excepción de división.

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 15 (Loché, t. VII, p. 418).

Mientras que el acreedor no promueve los caucionantes quedan bajo el imperio de este principio. Luego antes de la acción y antes de la excepción opuesta á la acción cada caucionante es deudor de toda la deuda. El Relator del Tribunalado lo dice y esto es evidente. Siguese de esto que el caucionante no sería admitido, antes de toda promoción judicial, á ofrecer el pago de su parte en la deuda; el acreedor podría negarse á recibir ofrecimientos parciales; en efecto, el que hace la oferta debe ofrecer lo que debe (artículo 1258, 3.º) y el caucionante debe toda la deuda. (1) Siguese del mismo principio que si uno de los caucionantes se vuelve insolvente antes que el beneficio de división haya sido opuesto la pérdida resultante de la insolvencia recae en los caucionantes solventes; esto es lo que dice el segundo inciso del art. 2026; no sucede lo mismo si la insolvencia sobreviene después de la división, pues la división tiene por efecto que el caucionante no es ya deudor más que de su parte viril en la deuda.

223. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que el caucionante goce del beneficio de división? El art. 2026 no prescribe más que una: es que el caucionante exija que el acreedor divida su acción. La ley no dice, como lo hace para el beneficio de excusión, que el caucionante debe oponer el beneficio en las primeras promociones dirigidas contra ella. Pothier da la razón de esta diferencia; la excepción de división, dice, se relaciona más con las excepciones perentorias que con las moratorias, puesto que tiende á excluir enteramente la acción del acreedor contra el que la opone por las partes de sus cofiadores. El caucionante puede pedir la división hasta que sea condenada. Pero ya no puede exigirla una vez pronunciada la sentencia. Dejándose condenar por el todo sin prevalecerse del beneficio de división

1 Chabot, Informe núm. 4 [Loché, t. VII, p. 425. Pont, t. II, p. 105, número 195].

el caucionante la renuncia implícitamente; en efecto, debe exigir la división para gozar del beneficio; si no la exige permanece siendo lo que era en derecho: deudor del total, y condenado en tal calidad tiene que pagar. Esto supone que la sentencia ha pasado á autoridad de cosa juzgada. Si el caucionante interpone apelación la sentencia está nulificada y, por consiguiente, los derechos del caucionante permanecen enteros; podrá, pues, en apelación oponer el beneficio de división, como puede oponer toda excepción perentoria. Esta es la opinión común. (1)

¿Qué debe decidirse si el acreedor promueve contra el caucionante en virtud de un título ejecutorio sin ocurrir á la justicia? Hay alguna incertidumbre en este punto en la doctrina. Unos dicen que el caucionante puede prevalecerse del beneficio de división mientras no pagó toda la deuda. Otros agregan una restricción: según ellos el caucionante no podía ya oponer la división después de la venta de los bienes. (2) Nos parece que ambas decisiones son muy absolutas. ¿Por qué se admite que el caucionante perseguido por el acreedor puede oponer el beneficio de división hasta sentencia del juez? Es porque se supone que el caucionante mantiene todos sus derechos defendiéndose contra el acreedor. Pero el caucionante puede renunciar un derecho que sólo es un favor; puede renunciar en principio hasta que haya pagado ó haya sido condenado al pago; sin embargo, con una restricción: es que su defensa no implique una renuncia. En este sentido la cuestión de renuncia es de hecho más bien que de derecho; el juez decidirá según las promociones del caucionante. Sólo que hay un límite en el que la renuncia se hace imposible: es el del pago ó de la condena pasada á autoridad de cosa juzgada.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 425. Durantón, t. XVIII, p. 367, número 348. Pont, t. II, p. 106, núms. 198 y 200.

2 Véase, en diverso sentido, Ponsot, p. 244, núm. 222. Durantón, t. XVIII, p. 368, núm. 348, y Pont, t. II, p. 108, núm. 201.

224. La ley no exige que el caucionante que opone el beneficio de división haga el anticipo de los gastos que el acreedor tendrá que hacer al promover contra los demás fiadores. ¿Cuál es la razón de esta diferencia que la ley hace á este respecto entre la excepción de división y la de excusión? Procede de la naturaleza de ambas excepciones. La última es una excepción moratoria; tiene lugar únicamente en el interés del caucionante y deroga el derecho estricto del acreedor; es, pues, justo que el caucionante haga el anticipo de los gastos. La excepción de división, al contrario, es perentoria; el acreedor no tiene ya acción contra el fiador que la opone más que por su parte civil; á decir verdad, es un derecho para el caucionante más bien que un beneficio; hubiera sido injusto obligar al caucionante á anticipar los gastos de una promoción que le es enteramente extraña. (1)

225. El art. 2025 dice que el caucionante puede oponer el beneficio de división á no ser que haya renunciado á este beneficio. Puede renunciarlo, puesto que es un favor que la ley le concede. La renuncia expresa es normal en las actas de caución. Puede también ser tácita. Este es el derecho común (núm. 206). Cuando los caucionantes se obligan solidariamente renuncian por esto mismo el beneficio de división (art. 1203). Esto prueba que los fiadores no son solidarios por el solo hecho de la caución.

226. El acreedor por su parte puede renunciar á la acción por el todo que tiene contra los caucionantes. Esta renuncia, como todas, puede ser expresa ó tácita. El art. 2027 prevee un caso de renuncia tácita: «Si el acreedor dividió él mismo y voluntariamente su acción no puede revocar esta división.» El acreedor tenía el derecho de promover por él todo; si promueve contra el cofiador por su parte civil por esto mismo renuncia á su acción por el total. No

1 Pont, t. II, p. 106, núm. 197, y los autores que cita.

debe confundirse el caso previsto por el art. 2027 con la renuncia á la solidaridad prevista por el art. 1211. Cuando hay solidaridad la ley no se contenta con una acción dividida para admitir la renuncia, exige un consentimiento del deudor ó una sentencia de condenación. Mientras que para con los fiadores la acción dividida del acreedor basta para implicar la renuncia. La razón de esta diferencia procede de que los cofiadores no son deudores solidarios; y no siéndolo deberían seguir el derecho común: ser deudores divididos; al dividir su acción el acreedor vuelve, pues, á la división de derecho que debiera existir entre los cofiadores; no hace más que evitar la excepción que el fiador no hubiera dejado de oponerle. El legislador debía admitir fácilmente la renuncia del acreedor á un derecho que en realidad no lo es, puesto que el caucionante puede nulificarlo oponiendo su beneficio. Pasa enteramente de otro modo cuando el acreedor ha estipulado la solidaridad; no la estipula para renunciarla; la ley tenía, pues, que admitir difícilmente su renuncia á un derecho que es un elemento esencial del contrato.

Si los fiadores fueran realmente deudores solidarios como lo dice Damat, v con él Troplong (núm. 220), el art. 2027 sería una anomalía inexplicable. En la opinión común la aparente contradicción desaparece; previendo hipótesis diferentes el art. 2027 y el 1211 es natural que la solución sea distinta. Si los caucionantes se obligaron solidariamente ya no podría prevalecerse del art. 2027; el art. 1211 les sería aplicable, puesto que, según el art. 2021, el compromiso solidario de los caucionantes se fija por los principios que el Código tiene establecidos para las deudas solidarias. El acreedor no sería, pues, considerado como renunciando á su acción solidaria por sólo que hubiese formado una demanda contra uno de los fiadores *por su parte*; se necesitaría, además, que el demandado hubiera consentido la de-

manda ó que hubiera intervenido una sentencia de condena. (1)

Núm. 3. Efecto de la división.

227. Pothier determina el efecto de la excepción de división en los siguientes términos: "El juez dividirá la deuda entre los fiadores que son solventes y restringirá á la parte del fiador que opuso la división la demanda que fué dada contra él." El beneficio de división tiene, pues, una gran importancia en lo que se refiere al riesgo de insolvencia. Antes que haya sido opuesta la excepción cada fiador es deudor del total de la deuda; si uno de ellos se vuelve insolvente los otros quedan obligados por la insolvencia. El art. 2026 reproduce la doctrina de Pothier. Importa, pues, fijar el momento preciso hasta el cual los caucionantes soportan el riesgo de la insolvencia de uno de ellos. El artículo 2026 lo dice: es el momento en que la división está *pronunciada* por el juez. Así hasta la sentencia los caucionantes solventes son responsables de la insolvencia. A partir de la sentencia los caucionantes no pueden ya ser buscados por razón de la insolvencia sobrevinida desde la división. Esto es una consecuencia del principio que rige la excepción de división. La división no existe de derecho; de esto se sigue que hasta la sentencia que la pronuncia los caucionantes están obligados cada uno por el todo. Esta es la ventaja que resulta para el acreedor del principio establecido por el art. 2025. A partir de la sentencia que divide la deuda el caucionante no es ya deudor más que por su parte viril, y si hay lugar por la parte que debe sufrir en las insolvencias anteriores; en cuanto á las que sobrevinie-

1 Durantón, t. XXVIII, p. 365, núm. 347. Aubry y Rau, t. IV, p. 685, nota 12, pfo. 426. Pont, t. II, p. 115, núms. 218-220.

ran el acreedor las soporta, puesto que tiene tantos deudores distintos como caucionantes hay. (1)

228. Cuando es el acreedor quien divide voluntariamente su acción el art. 2027 dispone que no puede revocar esta división aunque hubiere, aun anteriormente al tiempo en que la consintió, caucionantes insolventes. Resulta de esto que hay una diferencia importante entre el efecto del beneficio de división opuesto por el caucionante y el efecto de la división que resulta de la voluntad del acreedor. El beneficio de división no descarga á los caucionantes del riesgo de la insolvencia sino á partir de la sentencia que la pronunció, mientras que la división voluntaria pone todas las insolvencias, aun anteriores á la demanda, á cargo del acreedor. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? El acreedor que divide su acción espontáneamente cuando hay un caucionante insolvente renuncia el derecho que le da esta insolvencia. Es en este sentido en el que el art. 2027 dice: "Si el acreedor ha dividido voluntariamente su acción." La palabra voluntariamente implica que el acreedor que promueve en conocimiento de causa sabe que hay insolvencia; desde luego no se puede dar otro sentido á su acción dividida si no es la intención de renunciar á su acción por el todo que le pertenece; los caucionantes no son ya más que deudores divididos, obligados cada uno por su parte viril. (2) Si el acreedor no tenía conocimiento de la insolvencia habría que decir que conserva su derecho de reclamar contra los caucionantes la parte del insolvente, pues no hay renuncia sin voluntad de renunciar, y esta voluntad no se comprende más que si el acreedor sabe que hay insolventes.

229. ¿Se hace la división entre todos los que son caucionantes? En principio sí, siempre que, como lo dice el artículo 2025, sean caucionantes del mismo deudor y de la

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 426. Pont, t. II, p. 113, núm. 211.

2 Pont, t. II, p. 116, núm. 222.

misma deuda. De esto se sigue que la división no tiene lugar más que entre los caucionantes principales. El fiador perseguido por el acreedor no podría pedir que la acción fuera dividida entre él y su certificador, pues él mismo es deudor principal para con su certificador; éste es caucionante del caucionante, no es caucionante del deudor principal. (1)

Dos deudores de una deuda solidaria dan cada uno un caucionante diferente; el caucionante de uno no puede pedir que la acción se divida entre él y el caucionante del otro deudor solidario. (2) Los dos caucionantes han, en verdad, caucionado la misma deuda, puesto que la deuda de uno de los codeudores solidarios es la deuda del otro; pero no han caucionado el mismo deudor, puesto que los dos deudores solidarios son personas distintas y obligadas en virtud de una liga diferente. Se dice en vano que todos los deudores solidarios no son considerados más que como un solo y mismo deudor; esto es verdad, en cierto sentido, para con el acreedor, pero no lo es en lo relativo á las relaciones de los codeudores entre sí ni en lo relativo á las relaciones de los caucionantes.

230. ¿Se hace la división para con el caucionante cuya caución es nula? Hay que distinguir si la caución es nula, es decir, anulable, ó si es nula de plano, es decir inexistente. En esta última hipótesis no hay ninguna dificultad. Cuando la caución no existe para la ley por falta de consentimiento, por ejemplo, no hay caucionante y no puede tratarse de dividir la acción para con aquel que no caucionó ninguna deuda. La caución nula, por el contrario, existe; la división puede, pues, hacerse; pero si por la acción del acreedor el caucionante opusiera la nulidad de su compro-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 418.

2 Pont, t. II, p. 111, núm. 209, según Pothier, *De las obligaciones*, número 419. En sentido contrario, Troplong, núms. 306 y 307.

miso el acreedor tendría un recurso contra los demás caucionantes; en efecto, la caución anulada se considera como si no hubiera existido nunca, y la división no tiene lugar más que entre caucionantes que responden cada uno de la deuda. Luego no se puede tener en cuenta al caucionante cuyo compromiso fué anulado. (1)

SECCION II.—*Del efecto de la caución entre el deudor y el caucionante.*

§ I.—DE LA ACCION PERSONAL DEL CAUCIONANTE
CONTRA EL DEUDOR.

231. Según el art. 2028 "el caucionante que pagó tiene su recurso contra el deudor principal, ya que la caución haya sido dada á conciencia del deudor ó á excusas suyas." Cuando sabe el deudor que el fiador lo caucionó el consentimiento del deudor y del caucionante han formado contrato de mandato, sea que el consentimiento sea tácito ó expreso. Esta es la aplicación de los principios que rigen el mandato; puede ser tácito, y lo es cuando, en el momento en que el caucionante se compromete por el deudor, éste sabe que se comprometió y no se opone á ello; el Código dice á sabiendas del deudor; Pothier dice á sabiendas y con gusto, lo que es más exacto; es la traducción de la ley romana: *Semper qui non prohibet pro intervenire, mandare creditur.*

Si el caucionante se compromete á excusas del deudor no hay mandato, puesto que no hay concurso de consentimientos. Se forma en este caso un cuasicontrato de gerencia de negocios; el caucionante gira voluntariamente el negocio del deudor; debe, pues, tener contra él la gerencia de negocios. (2) Hay diferencia entre el mandato y la gerencia

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 424. Pont, t. II, p. 109, núm. 208.
2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 429.

de negocios; ya la hemos señalado (t. XX, núms. 310-319). En lo relativo al recurso del caucionante contra el deudor no hay diferencia entre la acción de mandato y la acción de gerencia de negocios; el art. 2028 coloca ambas acciones en la misma línea; producen, pues, el mismo efecto. Chabot hace la observación en su informe al Tribunado. La caución, dice, es por parte del caucionante hacia el deudor un acto de beneficencia; luego el deudor debe completa indemnización al caucionante, aunque se haya dado la caución á sus excusas. (1) Se debería decir que la gerencia de negocios es más favorable aún que el mandato; en el caso de mandato el caucionante interviene en la demanda y á solicitud del deudor, mientras que toma la iniciativa al promover espontáneamente; siendo mayor el servicio es justo que el deudor lo tenga en cuenta, indemnizándolo completamente como si se hubiera formado un contrato entre las partes. Es verdad que la caución puede no ser gratuita; el deudor puede pagar el servicio prestado, lo que supone un contrato: el mandato asalariado; en cuanto á la gerencia de negocios es ordinariamente gratuita. El art. 2028 no distingue la caución gratuita de la que se da á título oneroso. Se debe, pues, decidir que en toda hipótesis el caucionante tiene derecho á una indemnización completa.

232. ¿Cuál es el efecto del recurso que pertenece al caucionante contra el deudor? El recurso tiene lugar desde luego para el principal (art. 2029); es decir, para todo lo que el caucionante ha debido pagar al acreedor; si debió pagar intereses éstos forman en su respecto una suma principal tanto como el principal de la deuda; esto es solamente con relación al deudor que se distingue entre el capital y los intereses; respecto al caucionante todo lo que debe pagar es una deuda principal. Si el recurso se extiende á todo lo que

1 Chabot, Informe núm. 19 (Loché, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 119, número 227.

miso el acreedor tendría un recurso contra los demás caucionantes; en efecto, la caución anulada se considera como si no hubiera existido nunca, y la división no tiene lugar más que entre caucionantes que responden cada uno de la deuda. Luego no se puede tener en cuenta al caucionante cuyo compromiso fué anulado. (1)

SECCION II.—*Del efecto de la caución entre el deudor y el caucionante.*

§ I.—DE LA ACCION PERSONAL DEL CAUCIONANTE
CONTRA EL DEUDOR.

231. Según el art. 2028 "el caucionante que pagó tiene su recurso contra el deudor principal, ya que la caución haya sido dada á conciencia del deudor ó á excusas suyas." Cuando sabe el deudor que el fiador lo caucionó el consentimiento del deudor y del caucionante han formado contrato de mandato, sea que el consentimiento sea tácito ó expreso. Esta es la aplicación de los principios que rigen el mandato; puede ser tácito, y lo es cuando, en el momento en que el caucionante se compromete por el deudor, éste sabe que se comprometió y no se opone á ello; el Código dice á sabiendas del deudor; Pothier dice á sabiendas y con gusto, lo que es más exacto; es la traducción de la ley romana: *Semper qui non prohibet pro intervenire, mandare creditur.*

Si el caucionante se compromete á excusas del deudor no hay mandato, puesto que no hay concurso de consentimientos. Se forma en este caso un cuasicontrato de gerencia de negocios; el caucionante gira voluntariamente el negocio del deudor; debe, pues, tener contra él la gerencia de negocios. (2) Hay diferencia entre el mandato y la gerencia

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 424. Pont, t. II, p. 109, núm. 208.
2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 429.

de negocios; ya la hemos señalado (t. XX, núms. 310-319). En lo relativo al recurso del caucionante contra el deudor no hay diferencia entre la acción de mandato y la acción de gerencia de negocios; el art. 2028 coloca ambas acciones en la misma línea; producen, pues, el mismo efecto. Chabot hace la observación en su informe al Tribunado. La caución, dice, es por parte del caucionante hacia el deudor un acto de beneficencia; luego el deudor debe completa indemnización al caucionante, aunque se haya dado la caución á sus excusas. (1) Se debería decir que la gerencia de negocios es más favorable aún que el mandato; en el caso de mandato el caucionante interviene en la demanda y á solicitud del deudor, mientras que toma la iniciativa al promover espontáneamente; siendo mayor el servicio es justo que el deudor lo tenga en cuenta, indemnizándolo completamente como si se hubiera formado un contrato entre las partes. Es verdad que la caución puede no ser gratuita; el deudor puede pagar el servicio prestado, lo que supone un contrato: el mandato asalariado; en cuanto á la gerencia de negocios es ordinariamente gratuita. El art. 2028 no distingue la caución gratuita de la que se da á título oneroso. Se debe, pues, decidir que en toda hipótesis el caucionante tiene derecho á una indemnización completa.

232. ¿Cuál es el efecto del recurso que pertenece al caucionante contra el deudor? El recurso tiene lugar desde luego para el principal (art. 2029); es decir, para todo lo que el caucionante ha debido pagar al acreedor; si debió pagar intereses éstos forman en su respecto una suma principal tanto como el principal de la deuda; esto es solamente con relación al deudor que se distingue entre el capital y los intereses; respecto al caucionante todo lo que debe pagar es una deuda principal. Si el recurso se extiende á todo lo que

1 Chabot, Informe núm. 19 (Loers, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 119, número 227.

el caucionante ha pagado está también limitado al pago de lo que ha desembolsado. El recurso es una acción de indemnización; el caucionante tiene derecho á una indemnización completa (núm. 231), pero no tiene derecho más que á una indemnización; si paga en papel moneda no puede reclamar más que el valor real que tenía el papel moneda en el momento del pago. (1)

233. El art. 2029 dice que el caucionante tiene un recurso tanto para el principal como para los intereses. Si por *principal* se entiende lo que el caucionante ha desembolsado por el deudor se debe entender por intereses los de los adelantos hechos. Cuando, pues, el deudor debía una suma capital é intereses el caucionante tiene derecho á éstos no sólo del capital é intereses, el caucionante á estos no sólo del capital sino de los intereses mismos. La Corte de Tolosa lo juzgó así y no tiene duda. Se objetaba que los intereses no pueden producir interés más que con la condición determinada por el art. 1154. La objeción confundía la obligación del deudor y la del caucionante; con respecto al deudor se distinguen los intereses del capital y se aplica, si há lugar, el art. 154; pero con relación al caucionante no se puede distinguir; todo lo que está obligado á pagar por el deudor forma en su respecto una deuda capital y tiene derecho á los intereses de esta deuda. (2)

Hay una pequeña dificultad en lo referente al momento á partir del que se deben los intereses al caucionante. Conforme al derecho común los intereses no corren sino á partir del día de la demanda judicial. ¿Se aplica esta regla al caucionante? La negativa es segura cuando el caucionante se obliga en virtud de un mandato; se le aplica en este caso el art. 2001, según el cual «el interés de los anticipos he-

1 Ponsot, *De la caución*, p. 263, núm. 234.

2 Tolosa, 4 de Febrero de 1829 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 241). Duranton, t. XVIII, p. 374, núm. 352, y todos los autores.

chos por el mandatario le es debido por el mandante desde el día en que los anticipos están comprobados.» ¿Sucede lo mismo cuando el caucionante se compromete como gerente de negocios? Si se atuviera uno al art. 2011 la cuestión sería, cuando menos, dudosa; hemos enseñado que el gerente de negocios no puede prevalecerse de la disposición excepcional del art. 2001 (t. XX, núm. 330); si, pues, la dificultad debiera decidirse por este artículo habría que pronunciarse contra el caucionante. En nuestro concepto el art. 2028 quita toda duda. Diciendo que el caucionante tiene derecho á los intereses la ley entiende los intereses de sus anticipos, puesto que la ley se les atribuye; se debe concluir de esto que corren de pleno derecho. El informe de Chabot que hemos ya citado (núm. 231) confirma la interpretación que damos al texto. Sienta en principio que el deudor debe *entera* indemnización al caucionante aunque la caución haya sido dada sin su conocimiento; luego la intención del legislador ha sido poner la gestión de negocios en la misma línea que el mandato; es en este sentido en el que el art. 2028 dice que el recurso del caucionante tiene lugar tanto para los intereses como para lo principal. Esta es la opinión generalmente seguida. (1)

234. El art. 2028 dice que el caucionante tiene también un recurso por los gastos. Puede haber dos clases de gastos: los que el acreedor ha hecho contra el deudor principal y los que ha hecho contra el caucionante. En cuanto á los primeros están comprendidos en la deuda principal que tiene que pagar el caucionante; en efecto, esta deuda comprende desde luego todo cuanto debe el deudor en lo principal y los intereses; luego los gastos que el acreedor estuvo obligado á hacer contra el deudor cuando éste no paga su deuda. Sólo que la ley quiere que el acreedor denuncie la promoción al caucionante y decide, en consecuencia, que

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. IV, p. 689 y nota 12, pfo. 427.

el caucionante debe pagar los gastos de la primera demanda y los gastos posteriores á la denuncia que se hace de ella al caucionante. Transladamos acerca de estos gastos á lo dicho acerca del art. 2018. En cuanto á los gastos que el acreedor hace contra el caucionante el art. 2028 dice: «El caucionante no tiene recurso *más que* por los gastos hechos por él desde que denunció al deudor principal las promociones dirigidas contra él.» Delvincourt hizo notar, el primero, que hay un descuido de redacción en esta disposición; en lugar de decir que el caucionante no tiene recurso *más que* por los gastos que hizo desde que denunció las promociones debe decirse que el caucionante no tiene recurso por los gastos que hizo *más que* desde que denunció las promociones. La redacción del Código parece decir que el caucionante no tiene recurso por los gastos hechos por el acreedor contra el deudor principal; lo que es un error evidente, puesto que el art. 2016 dice lo contrario. La ley quiere que el caucionante denuncie al deudor principal las promociones dirigidas contra él porque el deudor está interesado en detenerlas pagando la deuda con el fin de evitar gastos inútiles. Si el caucionante no hizo esta denuncia tiene la culpa y, por consiguiente, no podrá reclamar los gastos contra el deudor, menos los de la primera demanda formada contra él y los gastos de la denuncia tardía; estos son gastos necesarios que deben por esto mismo estar á cargo del deudor. (1)

235. El art. 2028 agrega que «el caucionante también tiene recurso por los daños y perjuicios, si hay lugar.» La ley dice *si hay lugar* porque es de principio elemental que sólo hay lugar á daños y perjuicios cuando hay un daño causado; y puede suceder que el caucionante no haya sufrido ningún daño; no tiene entonces derecho más que á ser indemnizado completamente por sus anticipos. Si sufrió un

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 123, núms. 239 y 240, y los autores que cita.

perjuicio tiene derecho á una reparación; por ejemplo: tuvo que procurarse á tipo muy crecido el dinero para pagar la deuda: el interés legal al que tiene derecho en virtud del art. 2028 no lo indemnizaría enteramente y tiene que indemnizársele completamente.

El art. 1153 prevee el caso en que los intereses legales no bastan para indemnizar al caucionante del perjuicio que sufre; después de haber establecido como regla que en las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma los perjuicios y los intereses que resultan del retardo en la ejecución no consisten *nunca* más que en la condena á los intereses fijados por la ley el artículo añade: «excepto las reglas particulares al comercio y á la caución.» Es por aplicación de esta reserva por lo que el art. 2028 da derecho al caucionante, primero, á los intereses de sus anticipos, y luego, á los daños y perjuicios. (1) A decir verdad estos daños y perjuicios no son intereses moratorios, son intereses que compensan el daño que el caucionante sufre por la caución; no hay, pues, excepción á la regla establecida por el art. 1153, es más bien una causa diferente de indemnización.

236. ¿Tiene el caucionante el recurso determinado por el art. 2028 cuando caucionó al deudor apesar suyo? Se tuvo razón en decir que la cuestión es ociosa. Ya hay imprudencia en caucionar á ruego del deudor, pues quien cauciona paga; no se encontrarán muchas personas bastante imprudentes para prestar este servicio al deudor apesar suyo. Sin embargo, los autores descubren todos la cuestión, y hay que decir algo de ella. En nuestro concepto el caucionante no tendría ningún recurso. El art. 2028, que concede una acción al caucionante, supone que hay mandato ó gestión de negocios; es decir, que existe un lazo jurídico entre el deudor y el caucionante; cuando éste no es geren-

1 Durantón, t. XVIII, p. 372, núm. 351, y todos los autores.

te de negocios ni mandatario ¿con qué derecho ejercería una acción contra el deudor? Unos dicen que hay gestión de negocios; esto no es admisible: trasladamos á lo que fué dicho acerca de los cuasicontratos (tomo XX, números 336-338). Otros dicen que el caucionante tiene derecho á la acción *de in rem verso*; esto es muy dudoso; el deudor que se opone á que el caucionante intervenga por él se opone por esto mismo á que el caucionante promueva contra él.

Se invoca en vano la equidad y la máxima de que nadie puede enriquecerse á expensas ajenas: la primera regla de equidad quiere que se inmiscue uno en los negocios ajenos apesar del dueño. Ni siquiera hubiera liberalidad, como se pretende, pues la donación exige el concurso de consentimientos de ambas partes, y en el caso el deudor se niega. En definitiva, hay un hecho enteramente anormal por razón del cual la ley no da acción. (1)

237. ¿Cuál es la condición bajo la cual el caucionante tiene derecho á un recurso contra el deudor? El art. 2028 contesta que tiene un recurso cuando ha *pagado*; es, pues, el pago el que es el principio de su acción recusoria. La palabra pagar debe tomarse en su sentido más lato; desde que el caucionante ha satisfecho la obligación del deudor, de un modo cualquiera, tiene un recurso contra él; basta que el deudor esté liberado por el hecho del caucionante aunque no hubiere hecho un pago propiamente dicho. El caucionante perseguido por el acreedor puede oponerle la compensación de lo que le debe el acreedor; el caucionante queda liberado en este caso y libera al deudor, y compensar es pagar; luego el caucionante tiene un recurso contra el deudor. Lo mismo sucedería si el acreedor hubiera consen-

1 Véanse, en diverso sentido, los autores citados por Aubry y Rau (t. II, páginas 689 y siguientes, notas 14 y 15, pfo. 427) y por Pont, (t. II, p. 125, número 245).

tido en libertar al deudor haciendo una novación con el caucionante. (1)

¿Qué debe decirse de la remesa de la deuda? Si la remesa se hace á título oneroso no es más que una donación en pago ó una novación; en una y otra hipótesis hay lugar á recurso. Ordinariamente se entiende por remesa la liberación á título gratuito. Hay que ver entonces si el acreedor quiso extinguir la deuda para con el deudor y el caucionante; en este caso no puede tratarse de recurso. Pero si el acreedor entendió hacer una liberalidad al caucionante éste tendría un recurso contra el deudor principal, pues libera á éste mediante la donación que recibió; es como si hubiera pagado la suma debida por el deudor y que después el acreedor le hubiera devuelto el dinero que éste hubiera recibido. (2)

238. Para que el caucionante que ha pagado tenga un recurso se necesita que haya pagado como el deudor mismo lo hubiera debido hacer. El Relator del Tribunado formula el principio en estos términos: "El caucionante no puede perjudicar los derechos del deudor," Chabot da como ejemplos: si el caucionante paga antes de que venza la obligación no puede ejercer su recurso sino hasta este vencimiento; y si paga más de lo que se debía no puede repetir el excedente al deudor. (3)

Pothier deduce otra consecuencia del mismo principio: el caucionante debe oponer al acreedor las excepciones que el deudor podía hacer valer contra la demanda; caucionó un precio de venta y el comprador perdió el pleito; si el cau-

1 Denegada, 7 de Marzo de 1876 (Daloz, 1876, 1, 350). En el caso el deudor principal había quebrado, lo que hacía la deuda exigible. El caucionante obtuvo su liberación conviniendo con el acreedor en que el crédito que no producía intereses los produciría en adelante. Fué sentenciado que el caucionante tenía un recurso contra el deudor no sólo por la deuda principal sino también por los intereses ofrecidos por el caucionante para liberar al deudor.

2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 126, núm. 232; y los autores citados.

3 Chabot, Informe núm. 21 [Loché, t. VII, p. 426].

cionante perseguido por el acreedor tiene conocimiento de la evicción debe oponer la excepción que el deudor tenía el derecho de oponer, sin lo que no tendrá recurso, pues que pagaría una deuda que no existía. Si no opone la excepción porque no tenía conocimiento de la evicción tendrá un recurso porque el comprador vencido debería haberlo advertido de la evicción; no estando advertido el caucionante paga porque se creía obligado á hacerlo.

¿Qué se debe decidir si la deuda había prescrito? Pothier contesta que el caucionante no está obligado á oponer la prescripción, porque esto lo puede rechazar su conciencia; pero en este caso deberá poner en causa al deudor, pues que es su derecho prevalecerse de la prescripción y á él le corresponde apreciar si usa de su derecho. (1)

239. El caucionante que paga la deuda debe tener cuidado de avisar al deudor principal del pago que hizo; entendemos siempre por pago toda extinción de la obligación principal que da al caucionante un recurso contra el deudor. Si el caucionante no avisa al deudor es responsable de las consecuencias de su negligencia. Esto es lo que dice el art. 2031: "El caucionante que ha pagado una primera vez no tiene recurso contra el deudor principal que ha pagado una segunda vez cuando no le ha advertido el pago hecho, á salvo su acción en repetición contra el acreedor."

Resulta de esta disposición que el caucionante debe siempre advertir al deudor del pago que ha hecho, sin distinguir si paga después de una promoción ó antes y voluntariamente. El segundo inciso del art. 2031 hace esta distinción; volveremos á ella; el primero está concebido en términos generales; en efecto, no habría ningún motivo para distinguir. Que el pago hecho por el caucionante sea voluntario ó obligado no importa, en uno y otro caso el

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 433 y 434.

deudor ignora si el caucionante ha descuidado advertirselo. Y no se puede objetar que el deudor debe, antes de pagar, informarse de si el caucionante ya haya pagado, pues que generalmente el acreedor se dirige al deudor antes de accionar al caucionante; el deudor perseguido debe, pues, creer que la deuda no está pagada.

El caucionante perseguido por el acreedor debe denunciar las promociones al deudor principal si quiere tener un recurso contra él por los gastos que ocasiona la demanda. ¿Si ha hecho esta denuncia deberá además advertir al deudor el pago? La afirmativa nos parece segura; resulta de los términos generales del art. 2031 que no distingue si el aviso prescrito por el art. 2029 tuvo lugar ó no. Sin embargo, nos parece que en el caso en que el caucionante hubiera denunciado las promociones al deudor sin avisarle del pago no se podría ya hacer responsable de plano al caucionante si el deudor pagara después de que éste lo hubiera hecho. Hay también en este caso una imprudencia que reprochar al deudor que sabiendo que hay promociones paga sin informarse del resultado de éstas. Habría, pues, culpa por ambas partes; el juez del hecho tendrá que tomar en consideración esta culpa recíproca para decidir en quién recae la responsabilidad.

La ley no dice cómo debe darse el aviso que prescribe. Se permanece, pues, en los términos del derecho común en cuanto al modo de dar conocimiento del hecho al deudor y en cuanto á la prueba de este aviso. Durantón dice que la prueba testimonial estaría admitida indefinidamente; es decir, cualquiera que fuera el monto del litigio, porque el aviso es un simple hecho ó, como se dice en la escuela, un hecho material. (1) Esto nos parece muy dudoso. Un hecho que ordena la ley es un hecho legal; luego un hecho jurídico, y este hecho tiene consecuencias jurídicas: el cau-

1 Durantón, t. XVIII, p. 377, núm. 356.

cionante tiene su recurso si advirtió al deudor que efectuó el pago, mientras que no lo tiene contra el deudor cuando no se lo avisa. Esto es decisivo.

Si el caucionante no dió aviso al deudor y éste paga segunda vez la deuda ¿cuál será la consecuencia? En el momento en que el deudor paga la deuda está ya extinguida; hace, pues, un pago indebido y por consiguiente, tiene acción de repetición contra el acreedor. El es, pues, quien debiera promover. El art. 2031 deroga el derecho común: el deudor está liberado para con el caucionante y éste es quien debe promover la repetición; de modo que es en el caucionante en quien recaen las dificultades del proceso y el riesgo de la insolvencia del acreedor, lo que es muy justo; fué descuidado y tiene que sufrir las consecuencias de su descuido.

240. Hay una hipótesis análoga que el Código no prevé. El deudor paga sin avisar al caucionante. Este, en la ignorancia en que se encuentra de la extinción de la deuda, paga por segunda vez. Hace un pago indebido; tiene por este punto una acción de repetición contra el acreedor. ¿Pero hay que ir más allá y decidir que el caucionante puede promover por la acción de mandato para hacerse reembolsar la suma que pagó á cargo de subrogar al deudor á su acción de repetición contra el acreedor? Pothier lo decidía así conforme al derecho romano. (1) En el silencio del Código nos parece imposible imponer al deudor una obligación que la ley no le impone y sancionar esta obligación con una pena civil, la de sufrir el riesgo de la insolvencia del acreedor. La Corte de Lyon se pronunció por la doctrina tradicional distinguiendo, sin embargo, entre el pago hecho voluntariamente por el caucionante de una deuda extinguida y el pago hecho por la promoción del acreedor. En el primer caso decidió que había culpa por parte del

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 437.

caucionante en haber pagado espontáneamente y sin necesidad una letra de cambio ocho años después de su vencimiento; en el segundo declaró responsable al deudor por no haber avisado al caucionante la extinción de la deuda; la obligación del deudor de avisar al caucionante, dice la Corte, es correlativa á la que el art. 2031 impone al caucionante, y la Corte concluye de esto que el caucionante tiene una acción de indemnización contra el deudor en virtud del art. 2001. (1)

Esta decisión suscita muchas dudas. ¿Puede admitirse una obligación legal por analogía? Nó. Y si hubiera obligación legal de avisar al caucionante esta obligación existiría sin distinción entre el caso en que el caucionante paga voluntariamente y el caso en que paga por promoción del acreedor. Todo cuanto puede decirse es que de hecho puede haber una culpa imputable al caucionante ó al deudor, y cada uno de ellos responderá del daño que cause por su culpa. (2)

241. El art. 2031 prevé un segundo caso en el que el caucionante no tiene recurso contra el deudor aunque haya pagado la deuda. Se supone que paga sin que se le demande, no avisa al deudor y sucede que éste, en el momento del pago, tenía medio de hacer retirar la demanda; la ley decide que, en este caso, el caucionante no tendrá recurso contra el deudor principal; sólo le da una acción de repetición contra el acreedor. En la teoría del Código el caucionante debe avisar al deudor antes de pagar con el fin de ponerlo en condición de hacer valer sus derechos contra el acreedor. Es verdad que el caucionante puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á la deuda (art. 2036); pero puede no conocerlos, pues que es extraño á la deuda; es,

1 Lyon, 14 de Mayo de 1857 (*Dalloz*, 1858, 2, 83). *Zscharise y sus editores Aubry y Rau*, t. IV, p. 690, nota 16, pfo. 427.

2 *Pent*, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 129, núm. 255.

pues, natural que denuncie las promociones al deudor principal; si no lo hace tiene culpa y debe sufrir sus consecuencias.

¿Qué debe decidirse si el caucionante paga por las promociones que el acreedor dirige contra él? Si se atiende uno al texto hay que decir que el caucionante conserva su recurso cuando se le demanda y que está obligado á pagar. Tal es también la opinión de Domat. «Si el fiador, dice, apremiado para pagar, paga la deuda de buena fe para evitar una ejecución ó un embargo de sus bienes, y no sabiendo que el deudor tenía una compensación que hacer ó que había pagado ó que tenía otros medios de defensa contra el acreedor, no dejará de tener el recurso, pues al deudor debe imputarse el no haberle advertido no pagar.» (1) Esto zanja la dificultad; el art. 2031 reproduce la doctrina tradicional, y los principios se oponen á que se extienda un decaimiento legal. (2) ¿Pero si no hay culpa legal por parte de caucionante y responsabilidad en derecho no debe tenerse en cuenta la culpa que le sería imputable según el derecho común? La afirmativa nos parece segura. Todo lo que puede concluirse del art. 2031 es que no hay responsabilidad legal á cargo del caucionante que paga por las promociones del acreedor; pero puede haber una culpa que reprocharle según las circunstancias de la causa; y la ley no se tiende á descargar al caucionante de la responsabilidad de las culpas que pueda cometer; esta derogación del derecho común sería inexplicable. (3)

§ II.—DE LA ACCION SUBROGATORIA.

242. «El caucionante que ha pagado la deuda está subrogado á todos los derechos que tenía el acreedor contra el

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. III, tit. IV, sec. III, pfo. VII.

2 Troplong, *De la Caución*, núms. 383-386. Ponsot, p. 276, núm. 249. Aubry y Rau, t. IV, p. 690, nota 17, pfo. 427. En sentido contrario Delvincourt y Durantón.

3 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 231, núm. 258.

deudor» (art. 2029). Esta disposición es una aplicación del principio establecido por el art. 1251, núm. 3. «La subrogación tiene lugar de plano en provecho de aquel que, teniendo que pagar la deuda ajena, tenía interés en pagarla.» El caucionante está obligado á la deuda del deudor principal; no sólo tiene interés en pagar la deuda, puede estar obligado á ello, y tiene que hacerlo. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* que Dumoulin fué el primero quien propuso esta subrogación legal; pero por grande que fuera su autoridad esta opinión no podía prevalecer al derecho antiguo, pues no pertenece al intérprete crear casos en que la subrogación tiene lugar de plano. Los autores del Código Civil han dado sanción de ley á la doctrina del gran jurisconsulto (t. XVIII, núms. 95-96). Hay, pues, que aplicar á la subrogación del caucionante lo que hemos dicho de la subrogación del art. 1251, 3.º y de sus efectos.

243. El caucionante tiene dos acciones, una personal nacida del mandato ó de la gestión de negocios y la acción subrogatoria. Esta es generalmente más favorable, puesto que da al caucionante las garantías que aseguran el pago del crédito, especialmente los privilegios y las hipotecas. Sin embargo, la acción personal puede ser más ventajosa que la acción subrogatoria. Si la deuda no produce interés el caucionante no podrá reclamarlo en virtud de la acción subrogatoria, puesto que esta acción no le da otros derechos que los que pertenecen al acreedor, mientras que como mandatario, y en la opinión común como gerente de negocios, el caucionante tiene derecho á los intereses desde el día de sus anticipos. En este caso la acción personal es más ventajosa suponiendo que el deudor sea solvente. (1)

El caucionante tendría también interés en promover por acción personal si la acción del acreedor hubiera prescripto,

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 456, núm. 1156.

y prescribirá siempre antes que la acción de mandato ó de gestión de negocios, puesto que ésta no toma nacimiento más que en el día en que pagó el caucionante, y dura treinta años á partir del momento del pago.

En fin, el caucionante que ejerce la acción hipotecaria del acreedor está sometido, en caso de pago parcial, á la disposición del art. 1253, mientras que el acreedor no puede oponerla cuando el caucionante promueve en virtud de la acción personal. (1) Volveremos á este punto.

Por otra parte, no deben confundirse las condiciones requeridas para que el caucionante tenga la acción personal y la que está requerida para estar subrogada. No tiene la acción personal sino cuando paga como mandatario ó gerente de negocios; en nuestra opinión sólo tiene acción cuando caucionó apesar del deudor. Para la acción subrogatoria basta que el caucionante se encuentre en los términos de los arts. 2059 y 1251, 3.º por esto sólo: que está obligado por el deudor principal; queda subrogado al acreedor cuando le paga la deuda. Para la subrogación no hay que considerar las relaciones personales que existen entre el caucionante y el deudor, basta que haya caucionado la deuda y que la pague. (2) Debe entenderse por pago la extinción de la deuda; poco importa el modo de extinción siempre que el acreedor reciba lo que se le debe y que el deudor quede liberado (núm. 237).

244. El art. 2029 dice que el caucionante está subrogado á todos los derechos que tenía el acreedor contra el deudor. Los términos absolutos de la ley zanján la dificultad que había detenido á Dumoulin; según éste el caucionante no podrá ejercer más que los derechos que pertenecían al acreedor cuando la caución porque el caucionante no podía tener en vista más que las seguridades por razón de las

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 689, nota 9, pfo. 427.

2 Pont, t. II, p. 138, nota 1; Aubry Rau, t. IV, p. 686, nota 1, pfo. 427.

que había consentido en caucionar la deuda. El Código no entra en estas consideraciones de intención siempre difíciles de apreciar: la subrogación pone al caucionante en el lugar del acreedor; debe, pues, ejercer todos los derechos de éste. (1)

Para uno de estos derechos hay controversia. Se pregunta si el caucionante subrogado puede ejercer el derecho de resolución que pertenece al acreedor. Ya hemos examinado la cuestión en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, número 111).

245. Hay otra cuestión que está muy controvertida: ¿cuál es el efecto de la subrogación cuando hay conflicto entre el caucionante subrogado y el tercero tenedor obligado hipotecariamente por la deuda caucionada? Hemos igualmente examinado el punto en el título que es el sitio de la materia (t. XVIII, núms. 123-126).

246. ¿Qué comprende la subrogación? La subrogación en la teoría del Código, tomada de Pothier, es una cesión ficticia del crédito y el acreedor no puede ceder más que los derechos que tiene; el crédito pasa, pues, tal como lo poseía el acreedor á la persona del subrogado. Este principio decide una cuestión controvertida. Se pregunta si el caucionante puede reclamar, mediante la subrogación, los gastos de las promociones que el acreedor ha ejercido contra él y los daños y perjuicios á que tiene derecho. En cuanto á los daños y perjuicios no hay ninguna duda, en nuestro concepto; no es un derecho del acreedor; no está, pues, comprendido en la cesión que se le considera hacer al caucionante; este derecho es personal del caucionante, tiene su principio en el mandato ó en la gestión de negocios; luego el caucionante sólo puede ejercerlo como mandatario ó gerente. En cuanto á los gastos que el acreedor hace contra el deu-

1 Troplong, núm. 376. Ponsot, p. 294, núm. 259. Pont, t. II, p. 138, número 272.

dor se les deben considerar como un accesorio del crédito garantizado por las seguridades ligadas á ello, puesto que el crédito no puede ejercerse más que promoviendo contra el deudor. ¿Pasa lo mismo con los gastos que el acreedor hace contra el caucionante? Acerca de este punto hay controversia. Nos parece que no hay lugar á distinguir entre los gastos que el acreedor hace, ya sea contra el deudor, ya contra el caucionante; tiene una acción directa contra uno y otro y tiene que promover para obtener el pago de lo que se le debe; el caucionante le reembolsa estos gastos; luego son un accesorio del crédito y, por consiguiente, están comprendidos en el crédito que el acreedor se considera ceder al caucionante que le paga. (1)

247. El caucionante hace un pago parcial, ya porque sólo caucionó una parte de la deuda, ya porque el acreedor ha consentido en recibir un pago dividido. Se debe aplicar en este caso al caucionante subrogado el principio de que la subrogación no perjudica al acreedor, principio del cual el art. 1252 consagra una consecuencia. Por consiguiente, el acreedor será pagado de todo lo que se le queda á deber de preferencia al caucionante. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*; la aplicación al caucionante no es dudosa. Pero para que haya lugar á aplicar el art. 1252 es necesario que el caucionante promueva por acción subrogatoria y que se halle en conflicto con el acreedor, uno y otro ejerciendo su derecho hipotecario en el mismo inmueble hipotecado para la seguridad del crédito. Si no hay garantías reales el acreedor no tiene derecho de preferencia en el dinero que se distribuye entre el caucionante y él; no hay, pues, lugar á ejercer el derecho de preferencia que el art. 1252 reserva al acreedor. Este derecho de preferencia está fundado en que la subrogación no puede ser

¹ Véanse, en diverso sentido, Aubry y Rau, t. IV, p. 686, nota 3, pfo. 427, y Pont, t. II, p. 140, núm. 274.

invocada por el subrogado contra el subrogante, y en el caso el caucionante no promueve en virtud de la subrogación, promueve en virtud de su acción personal, así como el acreedor; desde luego sus derechos respectivos están regidos no por el art. 1252 sino por el art. 2093 (Ley Hipotecaria, artículo 8). Según cuyos términos los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores y el precio se distribuye entre ellos por contribución. (1)

248. El art. 2030 prevee el caso en que el fiador ha caucionado á los acreedores solidarios de una misma deuda; si la paga tendrá contra cada uno de ellos la repetición del total de lo que pagó. Esta es la aplicación de los principios que rigen la solidaridad y la subrogación. Cada codeudor solidario está obligado por toda la deuda como si fuera solo y único deudor; luego aquel que cauciona á todos los codeudores está obligado por cada uno de ellos como si fuera solo deudor de toda la deuda, y, por consiguiente, está subrogado al acreedor por el todo contra cada uno de ellos (arts. 1200 y 1251, 2.º)

249. El art. 2030 suscita una cuestión difícil y en la que hay duda. Se supone que el fiador no cauciona más que á uno de los deudores solidarios: estará subrogado al derecho del acreedor contra este deudor y podrá, en consecuencia, demandarlo por toda la deuda haciendo valer las garantías que á ella se ligan. Esto es la aplicación del art. 1251, 3.º ¿El caucionante que paga toda la deuda tiene también un recurso contra los otros codeudores y cuál es este recurso? Hay un punto que nos parece seguro aunque esté controvertido: es que el caucionante no está subrogado á los derechos del acreedor contra los demás codeudores por el total del crédito. Esto resulta del art. 2030, el cual concede al caucionante un recurso por el *total* cuando cauciona á to-

¹ Denegada, 1.º de Agosto de 1860 (Daloz, 1860, 1, 502). Véase nuestro tomo XVIII, núm. 315.

dos los codeudores; luego cuando sólo caucionó uno sólo no tiene este recurso por el todo. Es verdad que este argumento está sacado del silencio de la ley y los argumentos llamados *a contrario* tienen poco valor; sin embargo, es difícil dar otro sentido á la ley, pues si se admite que el caucionante tiene un recurso por el todo contra los demás deudores solidarios se borran del art. 2031 las palabras "que caucionó á todos;" para que estas palabras tengan un sentido es necesario inducir de ellas que la decisión de la ley no es aplicable al caso en que un fiador sólo caucionó á uno de los deudores solidarios. La Corte de Casación lo sentenció así. (1)

Si el caucionante que paga la deuda por el deudor solidario á quien caucionó no tiene recurso por el total contra los codeudores ¿tiene al menos un recurso parcial y cuál es el principio de este recurso? La jurisprudencia le da un recurso contra los demás codeudores por la parte que deben soportar en la deuda entre sí; pero no está de acuerdo acerca del principio de donde procede esta acción recursoria. Hay acerca de esta cuestión dos sentencias de la Cámara de Requisiciones que parten de un principio enteramente distinto. La primera decide que el caucionante está subrogado á la acción del deudor, del que paga la deuda contra sus codeudores, y se sabe que esta acción se divide entre los codeudores, de modo que cada uno solo está obligado por su parte y porción. El segundo decide que el caucionante está subrogado al acreedor, pero que no puede ejercer los derechos del acreedor más que por una acción dividida. (2) Una y otra solución presentan dificultades. El art. 2029, que establece el principio de la subrogación, dice que el caucionante que paga está subrogado á los derechos del acreedor

1 Denegada, 10 de Junio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 361). Compárese denegada, 29 de Abril de 1854 (Daloz, 1854, 1, 283).

2 Véanse las sentencias citadas en la nota anterior.

contra el deudor; esto resulta, además, de la esencia de la subrogación, es una cesión ficticia; y el acreedor sólo puede ceder los derechos que le pertenecen; luego el caucionante que paga no puede estar subrogado más que á los derechos del codeudor contra sus codeudores, pues esta acción recursoria es extraña al acreedor, resulta de la subrogación del art. 1251, 3.º, modificada, en lo que se refiere á los codeudores solidarios, por el art. 1213. La subrogación admitida por la primera sentencia de la Sala de Requisiciones no está, pues, fundada en ningún texto: esto es decir que se debe apartar, pues se trata de una subrogación legal y no pudiera haberla más que en virtud de una ley terminante. Hay, pues, que atenerse á la última sentencia de la Corte de Casación y decidir la cuestión según los arts. 1251, 3.º, y 2029. Pero aquí surge una nueva dificultad. El acreedor tiene una acción por el total contra unos codeudores solidarios; si el caucionante que paga está subrogado á todos los derechos de aquel, como lo dice el art. 2029, hay que concluir que el caucionante tendría un recurso por el total contra cada deudor. Pero el art. 2030 no permite admitir esta conclusión; la Sala de Requisiciones lo confiesa: estando el caucionante subrogado á los derechos del acreedor, pero no pudiendo, según el art. 2030, ejercer estos derechos por el todo contra cada uno de los deudores, se llega á esta conclusión: que el caucionante no tiene acción contra los codeudores no caucionados por él más que por su parte en la deuda solidaria. Así la segunda sentencia llega á la misma solución que la primera, pero rechaza terminantemente el motivo de decidir invocado en la primera sentencia. En definitiva, el art. 2030 modifica el principio de la subrogación legal; la modificación es implícita; de esto la dificultad. Los autores se atienen unos á la última sentencia y otros á la primera. (1)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 687, nots. 4 y 5, pfo. 427. Pont, t. II, p. 143, núm. 278

250. Aunque ambas sentencias conducen á la misma solución falta mucho para que los motivos sean indiferentes. Conducen á consecuencias diferentes en el sistema que liga la subrogación del caucionante al recurso que el codeudor caucionado tiene contra sus codeudores; hay que decir que si los codeudores tienen excepciones que oponer al codeudor caucionado estas excepciones pueden también ser opuestas al caucionante, mientras que si el recurso de éste procede del acreedor ninguna excepción puede serle opuesta por parte de los deudores solidarios. Asimismo si hay codeudores solidarios que sean extraños á la deuda el caucionante no puede promover contra ellos porque el codeudor á quien está subrogado no hubiera tenido acción, siempre en el sistema de la primera sentencia; en el sistema de la segunda, al contrario, el caucionante tendría una acción, pues el acreedor á quien está subrogado puede obrar solidariamente contra todos los que están obligados hacia él como deudores solidarios, sin distinguir si están personalmente interesados ó no en la deuda. (1).

251. Si el caucionante estipula la subrogación del acreedor á quien paga hay nuevas dificultades. En principio la subrogación convencional no tiene más efecto que la subrogación legal; así el deudor solidario que se hace subrogar á los derechos del acreedor sólo tiene un recurso dividido contra sus codeudores, como lo tiene en virtud de la ley. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del art. 1215. ¿Sucede lo mismo con la subrogación que estipula el caucionante? Si se admite, como lo hemos dicho (núm. 249), que el caucionante está subrogado al acreedor en virtud de la ley, pero bajo la modificación del art. 2030, hay que aplicar el principio que acabamos de recordar; la subrogación convencional no tendrá más efecto que la subrogación legal modificada. Si, al contrario, se deci-

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, ps. 687 y siguiente, nota 6, pfo. 427.

de que los derechos del caucionante no proceden del acreedor entonces no hay subrogación legal; de donde hay que concluir que nada le impide estipular la subrogación, y la subrogación convencional tendrá, en este caso, los efectos que la ley liga á la subrogación en general. (1)

§ III.—DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DEL ART. 2032.

252. Hay casos en que la ley da una acción al caucionante contra el deudor antes que haya pagado para que éste le indemnice. El art. 2032 enumera estos casos. Desde luego el caucionante tiene una acción cuando está demandada en principio por el pago de la deuda. Chabot, en su informe al Tribunado, da como razón que el caucionante no está obligado hacia el deudor á pagar por él, ni á sufrir gastos, ni á ministrar los fondos necesarios para la excusión; el caucionante no se ha obligado más que para con el acreedor; cuando, pues, está amenazado de tener que pagar, de sufrir gastos ó ministrar los gastos necesarios para la excusión de los bienes del deudor, el caucionante le causa un perjuicio actual, aunque aun no haya pagado; y es de principio que el caucionante no puede nunca perder; de aquí la acción de indemnización que la ley le concede. El caucionante tiene otro medio de ponerse á cubierto del perjuicio que le amenaza por la promoción del acreedor: es el de llamar al deudor en causa (Código de Procedimientos, art. 175). Esta es una excepción moratoria que tiene la ventaja de suspender las promociones; y una vez que el deudor está presente en causa se le condenará inmediatamente á indemnizar al caucionante. (2)

1 Véanse, en sentido diverso, Aubry y Rau, t. IV, p. 688, nota 7, pfo. 427, y Pont, t. II, p. 144, núm. 279.

2 Chabot, Informe núm. 22 [Loché, t. VII, p. 426. Pont, t. II, p. 147, números 283 y 285].

253. En segundo lugar el caucionante puede promover la indemnización contra el deudor cuando éste quebró civil ó mercantilmente. Se supone que el acreedor, encontrando plena garantía en la caución, no se presenta á la quiebra para ser pagado ó no persigue al deudor quebrado para ser colocado entre los demás acreedores. Si el acreedor se presenta se entiende que el caucionante no puede presentarse, pues el concurso no puede admitir dos veces el mismo crédito; esto sería querer que el deudor pagara dos veces, lo que es absurdo. La Corte de Montpellier lo sentenció así en el caso siguiente. Una mujer se obliga solidariamente con su marido; según los términos del art. 1431 se la considera como caucionante para con su marido; con este título puede invocar el beneficio del art. 2032; habiendo quebrado el marido se presenta á la orden abierta en los inmuebles que pertenecen á éste y se hace colocar; pero los acreedores, hacia los que había obligado solidariamente, se presentaron también. Fué sentenciado que la mujer no podía ser pagada juntamente con los acreedores. No es este el caso previsto por el art. 2032, no pudiendo nunca el caucionante reclamar indemnización cuando el acreedor demanda el pago de lo que se le debe. (1) Esta es la opinión general. (2)

En este segundo caso el caucionante tiene derecho de promover en su nombre para prescribir la parte del acreedor en la distribución del dinero. Decimos que el caucionante será colocado á falta del acreedor. Según el derecho común habría un motivo de duda. El crédito del caucionante es eventual, puesto que está subordinado al pago que hace de la deuda. ¿Puede percibir lo que se debe al acreedor antes de haberle pagado? Esta duda arrastró á la Corte de Grenoble, la que sentenció que el caucionante no pudo reclamar una colocación actual en una orden contra el

1 París, 2 de Junio de 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

2 Durantón, t. XVIII, p. 383, núm 360 y todos los autores.

deudor. Esto es desconocer la disposición del art. 2032 que al dar al caucionante el derecho de *promover* le concede por esto mismo una acción eficaz y, por consiguiente, el derecho de ser colocado. Esta derogación del derecho común se concibe perfectamente. Cuando el deudor cae en quiebra civil ó mercantil es seguro que el caucionante tendrá que pagar, y no tendrá recurso más que el que el ofrece la colocación en el pasivo de la masa; es, pues, justo abrirle este recurso inmediatamente. (1)

254. En tercer lugar el caucionante puede promover contra el deudor "cuando éste se obligó á darle su descargo en cierto tiempo." Si este tiempo feneció el caucionante tiene derecho de promover porque sólo se obligó bajo la condición de obtener su descargo en el tiempo fijado por el contrato, y esta convención, como cualquiera otra, tiene que ser ejecutada. (2)

255. En cuarto lugar el caucionante puede promover contra el deudor "cuando la deuda se ha hecho exigible por el vencimiento del plazo para el que fué contraída." Cuando la deuda se ha hecho exigible el acreedor tiene el derecho de demandar al caucionante si lo demanda; éste podrá promover contra el deudor en virtud del núm. 1 del art. 2032. Aunque el acreedor no haga promociones la ley autoriza al caucionante á que promueva porque el caucionante está interesado en evitarlas y el deudor puede volverse insolvente.

256. En quinto lugar el caucionante puede promover contra el deudor "al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene plazo fijo, á no ser que la obligación principal, tal como una tutela, no sea de naturaleza á extinguirse antes de determinado tiempo." La ley permite al

1 Grenoble, 3 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 70). En sentido contrario, todos los autores (Pont, t. II, p. 143, nota 4).

2 Chabot, Informe núm. 22 (Loché, t. VII, p. 426).

caucionante promover después de un plazo que fija en diez años porque es preciso que el caucionante no quede indefinidamente comprometido. Este es el motivo dado por el Relator del Tribuado; dice *perpetuamente*, lo que no existe más que en las ventas perpetuas; (1) y aun éstas no son ya perpetuas, puesto que son rescatables. Si la obligación principal puede ser perpetua en este sentido ¿por qué no permite la ley que la caución tenga la misma duración? Esta es también una de esas disposiciones que suponen que el caucionante se obligó á título gratuito; y la equidad exige que aquel que sigue un servicio no esté durante toda su vida ligado por un compromiso oneroso para él. Aun así limitada la facultad que la ley da al caucionante es contraria á los principios, puesto que pudo desprenderse de su obligación por su sola voluntad. El legislador trató de corregir lo que esta disposición tiene de anormal agregando como condición que el caucionante no puede promover después de dos años sino cuando la obligación principal no tiene vencimiento fijo; si fué consentida por largo plazo el caucionante supo al comprometerse cuál sería la duración del compromiso; es, pues, necesario que lo cumpla.

Hay obligaciones, como la del tutor, que aunque no tengan plazo fijo son de naturaleza á no extinguirse antes de determinado tiempo, el que para el tutor es ordinariamente el de la mayor edad de su pupilo; ¿podría el caucionante en este caso pedir su descargo pasados diez años? Nó, pues conoció al contratar la naturaleza y duración de la obligación que caucionaba; cuando se trata de obligación de tutor debió saber que su administración no puede concluir sino con la misma tutela. Por la misma razón, dice Pothier, aquel que prestó caución por el marido por la restitución del dote de la mujer no puede pedir al marido, mientras dura el matrimonio, que lo descargue de su cau-

1 Bruselas, 1.º de Febrero de 1827 (Pasicrisia, 1827, p. 44).

ción, porque la obligación de restitución de dote es de naturaleza á no poderse pagar sino después de la disolución del matrimonio. (1) Lo mismo sucedería con una caución de una renta vitalicia ó de un derecho usufructuario.

257. Tales son los casos en los que, conforme al artículo 2032, el caucionante promueve contra el deudor antes de haber pagado. Se pregunta si esta disposición puede extenderse á casos análogos. No debería sentarse la pregunta. Todos reconocían que es por derogación de los principios y por consideración de equidad por lo que la ley permite al caucionante promover cuando aun no ha pagado; y las disposiciones excepcionales no se extienden ni aun por vía de analogía. Lo que es decisivo. (2)

258. ¿Cuál es el objeto de la acción que la ley concede al caucionante. El art. 2032 dice que el caucionante puede *promover*; es decir, demandar judicialmente al deudor para que lo *indemnice*. ¿A qué tiende esta acción de indemnización? Generalmente á descargar al caucionante de su compromiso, pero el deudor se puede hallar en la imposibilidad de dar esta descarga, pues el acreedor no la consentirá sino cuando pague el deudor ó dé nuevas garantías. Si el deudor no procura descargar al caucionante éste puede reclamar una indemnización. La ley no dice en qué consistirá ésta. No hay más que un medio de dar al caucionante una indemnización real consignarle una cantidad de dinero igual al monto de la obligación caucionada. Se ha dicho que el juez podría conformarse con dar en garantía al caucionante una prueba, una hipoteca ó una nueva caución. Nos parece que esto es alejarse de la ley, así como de su espíritu. La ley quiere que el caucionante sea *indemnizado*, y una garantía no es una indemnización.

1 Chabot, Informe núm. 22 (Loché, t. VII, p. 426). Pothier, *De las obligaciones*, núm. 442. Durantón, t. XVIII, p. 393, núm. 364.

2 Pont, t. II, p. 152, núm. 297, y los autores que cita.

Diciendo que el caucionante puede *promover* antes de pagar el art. 2032 indica cuál es el objeto de la acción. Cuando haya pagado el caucionante tiene un recurso cuyo objeto es indemnizar completamente. La acción anticipada que el caucionante puede ejercer en el caso previsto por la ley es una indemnización de igual naturaleza; solamente que como el caucionante aun no ha pagado el monto de la indemnización debe ser depositado. (1)

259. Se pregunta si el caucionante podría proceder por vía de embargo. La Corte de Burdeos juzgó muy bien que el caucionante no tenía este derecho. Conforme al artículo 2032 el caucionante puede promover para que lo *indemnicen*. Promover significa intentar una acción en justicia, y la acción es el derecho de perseguir ante los tribunales lo que se nos debe ó la reparación de un mal que se nos haga. Y no se debe nada al caucionante en tanto que no pague; todo lo que puede pedir es una indemnización que lo pone al abrigo de las promociones del acreedor y del peligro de la insolvencia del deudor. Sólo el juez puede determinar en qué consiste esta indemnización y cuál será su monto. Luego conforme al texto como al espíritu de la ley se necesita una acción judicial. El embargo no puede practicarse en los términos del Código de Procedimientos (art. 551) más que en virtud de una providencia ejecutoria y por cosas líquidas y ciertas. Y el caucionante no puede obtener una providencia precautoria, ni su derecho es líquido y cierto. (2)

260. ¿El caucionante que tiene derecho en virtud del artículo 2032 puede en vez de reclamar una indemnización reembolsar la deuda y ejercer en seguida su recurso contra el deudor? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto

1 Durantón, t. XVIII, p. 380, núm. 359. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 154, núm. 300; Aubry y Rau, t. IV, p. 691, nota 21, pfo. 427. Compárese Troplong, núm. 394, y Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 76, nota 13.

2 Burdeos, 22 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 261).

en la doctrina. Para que haya lugar á la deuda se debe suponer que la deuda no es exigible, porque si lo es el caucionante tiene el derecho de pagar, y pagando tiene la acción personal y la subrogatoria. Si la deuda no es exigible como una renta constituida el caucionante puede, después de diez años, promover contra el deudor si éste no le procura su descargo: es en este caso en el que el caucionante podrá reembolsar el capital de la renta y ejercer después su recurso contra el deudor. En nuestro concepto el texto decide la cuestión; el art. 2032 dice que el caucionante puede promover contra el deudor antes de haber pagado, con el fin de que se le indemnice; el caucionante tiene, pues, dos derechos: puede pagar, que es el derecho común, y puede, en ciertos casos, promover antes de haber pagado. Y nosotros suponemos que el caucionante no puede pagar, puesto que la deuda no es exigible; el único derecho que tuviera en este caso sería el de promover en indemnización.

Se objeta que el caucionante, teniendo el derecho de exigir que se le descargue, puede por esto mismo reembolsar la deuda, puesto que no hace más que lo que el deudor estaría obligado á hacer para obtener el descargo del caucionante. La objeción supone que el deudor no tiene otro medio de obtener su descargo más que el de pagar; esto no es exacto; el acreedor rentista le puede conceder el descargo del caucionante si el deudor le ministra nuevas garantías, y el deudor rentista puede estar interesado en dar seguridades en vez de reembolsar el capital, porque la mayoría de los rentas antiguas se constituyen á un tipo muy bajo. Esto prueba que el caucionante no tiene el derecho de reembolsar apesar del deudor, pues que reembolsando promovería contra el interés del deudor, de quien es mandatario ó gerente, lo que es contrario al principio del mandato y de la gerencia de negocios. Al caucionante, si no pue

de pagar, no le queda más que su acción de indemnización. (1)

261. Se ha sostenido que el caucionante tenía el derecho, en virtud del art. 2032, de ejercer las acciones de acreedor contra el deudor. Esta es una de esas opiniones extrañas que tienden á hacer un nuevo Código Civil. No ha encontrado eco; la Corte de Casación responde, y su respuesta es perentoria, que no existe en derecho francés subrogación anticipada, ni total ni parcial, siendo siempre el pago anticipado la primera condición de una subrogación cualquiera. Tampoco hay en el art. 2032 ninguna palabra que trate de una acción subrogatoria. La ley solamente da al caucionante el derecho de promover contra el deudor para ser indemnizado; el caucionante ejerce este recurso en su nombre propio en virtud de un derecho que le es propio y de ningún modo por cuenta del acreedor, ni en virtud de una acción que tomara por anticipado á éste. En definitiva, no hay nada de subrogación en la especie. (2)

262. El art. 2032 dice que el caucionante, aun antes de haber pagado, puede promover contra el deudor. ¿Se debe concluir de los términos generales de la ley que todo caucionante puede usar del derecho que consagra este artículo? La cuestión está controvertida. Desde luego en lo relativo al caucionante que se comprometió á excusas del deudor. Creemos, con la mayoría de los autores, que el artículo 2032 es aplicable al caucionante que se compromete como gerente de negocios, tanto como al que ha contratado en virtud de un mandato del deudor. En nuestro concepto el texto del Código no deja ninguna duda. El art. 2032 es una consecuencia del 2028. La ley determina los derechos que tiene el caucionante aun contra el deudor; distingue, en

1 Véanse, en diverso sentido, Merlin, *Cuestión de derecho*, en la palabra *Caución*, pfo. IV; Ponsot, p. 314, núm. 272; Pont, t. II, p. 154, núm. 301.
2 Casación, 19 de Diciembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 38).

efecto, el caso en que el caucionante ha pagado y el caso en que no la hecho. Ha pagado, tiene un recurso contra el deudor principal, sea que la caución haya sido dada á excusas ó á sabiendas del deudor. No ha pagado, tiene una acción en indemnización en los casos determinados por el artículo 2032. ¿De qué caucionante se trata en este artículo? Del que habla el art. 2028; es decir, del caucionante mandatario ó gerente de negocios. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Es por motivos de equidad y de favoritismo por lo que el art. 2032 deroga el derecho común; ¿y quién merece más favor: el caucionante que presta un servicio espontáneo, sin ser solicitado, ó el que se compromete á ruegos del deudor? (1)

Otro tanto diremos del caucionante solidario; está comprometido por una liga más estricta y más anerosa; merece, pues, más el favor que el simple caucionante. Se objeta que conforme al art. 2021 el compromiso del caucionante solidario se rige por los principios establecidos para las deudas solidarias. Ya hemos observado que se da á esta disposición un sentido que no tiene. La ley no entendió asimilar el caucionante solidario á un codeudor solidario, quiso solamente decidir que el caucionante solidario no goce del beneficio de excusión. Obligándose solidariamente el caucionante puede ser perseguido por toda la deuda como si fuera deudor principal; hé aquí lo que dice el art. 2021. Pero en la especie no se trata de las relaciones que existen entre el caucionante solidario y el acreedor sino de los derechos de aquél contra el deudor; el caucionante, aunque solidario, queda caucionante. Luego debe tener todos los derechos que la ley concede al caucionante. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 691, nota 20, pfo. 427, y los autores citados. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 155, núm. 303.

2 Ponsot, p. 320, núm. 276, y todos los autores.

SECCION III.—Del efecto de la caución entre los fiadores

263. «Cuando varias personas han caucionado á un mismo deudor por una misma deuda el caucionante que ha pagado la deuda tiene recurso contra los demás caucionantes, cada uno por su parte y porción» (art. 2033). Este principio lo tomaron de Pothier, que lo explica como sigue: ¿Tiene un caucionante acción contra sus fiadores? En derecho estricto no, á menos que pagando la deuda no se haya hecho subrogar á los derechos del acreedor. Tal era la doctrina romana: los caucionantes, decían los jurisconsultos, que caucionan á un mismo deudor no contraen entre ellos ninguna obligación, cada uno no tiene otra intención que la de prestar un servicio al deudor principal, cada uno sólo se propone hacer el negocio del deudor y no el de los fiadores. Este principio es evidente, dice Pothier, pero la consecuencia que los jurisconsultos romanos han sacado es muy dura. Pothier no dice que sea ilógica; lastima la equidad, que es el alma del derecho de costumbre, por lo que la jurisprudencia francesa jamás admitió la doctrina romana en este punto; siempre concedió al caucionante un recurso contra sus fiadores para repetir á cada uno de ellos su parte viril en la deuda. Esta acción, dice Pothier, no nace de la caución, puesto que el hecho de caucionar la misma deuda no era ninguna obligación entre los caucionantes; nace del pago que el caucionante ha hecho de toda la deuda y de la equidad que no permite que los fiadores obligados con la deuda, lo mismo que el caucionante que la ha pagado, se aprovechen á sus costas del pago que ha hecho. Pothier se toma el trabajo de calificar esta acción; no hay mandato, no hay gerencia de negocios, pues el fiador que ha pagado la deuda ha pagado lo que debía; pagó, pues, su obligación propia sin hacer el negocio de sus fiadores. Pothier llama á la acción que las costumbres dan al caucio-

nante útil para gerencia de negocios; aunque el caucionante, considerando su intención, haya hecho al pagar la deuda más bien su propio negocio que el de sus fiadores; sin embargo, de hecho hizo el negocio de éstos, puesto que los ha liberado de una deuda que era común á todos; la equidad exige, pues, que todos tengan su parte en un pago que les ha aprovechado. (1)

El Relator del Tribunado reproduce literalmente estas consideraciones y concluye, como Pothier, que es equitativo que los fiadores que aprovechan todos del pago tengan cada uno su parte en la deuda. Lahary, Orador del Tribunado, va más allá: dice que la doctrina de los jurisconsultos romanos era una de esas sutilezas que se sienten encontrar tanto en las leyes de Roma. (2) Bajo el punto de vista legislativo el reproche estaba fundado: más vale la equidad que el rigor del derecho, pero también se debe hacer justicia á los jurisconsultos que fueron nuestros maestros; lo que se llama sutileza no es más que el rigor lógico de la razón; es un dón precioso cuando se trata de interpretar leyes. Otra es la misión del legislador; se debe inspirar más bien en la equidad: es el espíritu de las costumbres, es el carácter que distingue á las naciones germanas.

264. Los autores modernos consideran la disposición del art. 2033 como una extensión del principio de la subrogación legal. (3) Esto no nos parece exacto; el texto mismo del Código prueba que el caucionante que paga la deuda no está subrogado en los derechos del acreedor contra sus fiadores. Si tomara el lugar del acreedor ejercería todos sus derechos; por consiguiente, siempre tendría una acción contra sus fiadores y por toda la deuda, deducción hecha de la parte que debe corresponderle. Y no es este el siste-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 445.

2 Chabot, Informe núm. 23 [Loersé, t. VII, p. 426]. Lahary, Discurso número 25, p. 443.

3 Durantón, t. XVIII, p. 398, núm. 366. Pont, t. II, p. 158, núm. 309.

ma de la ley; en los términos del art. 2033 el recurso del caucionante contra sus fiadores no tiene lugar sino cuando ha pagado en uno de los casos enunciados en el artículo predicho; es decir, como lo explica Chabot, que el caucionante no tiene recurso más que cuando ha pagado por promoción del acreedor ó cuando el deudor quiebre civil ó comercialmente, ó cuando el deudor se hubiese obligado á entregarle su descargo en cierto tiempo, ó cuando la deuda se hiciera exigible por el vencimiento del plazo; en fin, si ha pagado después de diez años una deuda sin vencimiento fijo. Fuera de estos casos el caucionante no tiene recurso, aunque haya pagado; no sucede, pues, á los derechos del acreedor; si tiene un recurso contra sus fiadores es que ha pagado en circunstancias en que aquellos tenían una acción de indemnización contra el deudor; por consecuencia, en casos en que tuvieran el mayor interés en que el pago se hiciese; es en razón del interés que los fiadores tenían en el pago por lo que debían soportar una parte de la deuda: cuestión de equidad. Cuando ésta no está en en causa la ley no concede más recursos. Por esto paga el caucionante sin haber sido promovido una deuda no vencida; no tendrá más recursos. No los tendrá tampoco, aun al vencer la deuda, suponiendo que el deudor no haya pagado, pues que no puede tener recurso sino cuando paga en uno de los casos previstos por el art. 2032. La ley supone que si el caucionante no se apurara mucho á pagar el deudor lo habría hecho; lo que hubiera liberado á los demás fiadores.

265. Algunos autores restringen el recurso del caucionante en los casos previstos por los núms. 1, 2 y 4 del art. 2032; niegan el recurso en los demás casos. ¿Con qué derecho derogan así el texto terminante? Confiesan que su interpretación se separa *un poco* del texto de la ley; se debe decir más, mutilan la ley. No reconocemos este derecho á los intérpretes, y en la especie no se puede ni aun invocar el es-

píritu contra el texto, puesto que el espíritu de la ley es igualmente cierto; el Relator del Tribunado lo explicó como acabamos de hacerlo. Es inútil insistir. (1)

266. El caucionante que paga tiene un recurso contra sus fiadores porque pagando hace su negocio. Esto supone que el pago los ha liberado; y para que los caucionantes estén liberados se necesita que se extinga la deuda. De aquí se sigue que el recurso está subordinado á una condición: que el pago sea válido. El Orador del Gobierno lo dice y resulta de la naturaleza misma de las cosas. Treilhard parte de un principio: que no es exacto decir que el caucionante que paga está subrogado á los derechos del acreedor y que puede, por consecuencia, ejercer contra los fiadores, cada uno por su parte, los derechos que el acreedor ejercería él mismo si no se le pagara. La consecuencia atestigua contra el pretendido principio; en efecto, el acreedor subrogante tiene una acción por el todo, mientras que el caucionante subrogado sólo tiene un recurso dividido. Lo que el Orador del Gobierno agrega es más exacto: «Es sin duda inútil repetir que se supone un pago válida por parte del caucionante; si había pagado sin liberar al deudor ó cuando éste no debía nada debería sufrir sólo la pena de su imprudencia.» Su recurso está fundado en una especie de gerencia de negocios (núm. 264), lo que implica un pago útil; es decir, liberatorio para los fiadores; si el pago no les aprovecha el caucionante no puede tener acción contra ellos. (2)

267. El caucionante que ha pagado toda la deuda no tiene más que un recurso dividido contra sus cofiadores. Esto es una disposición análoga á la del art. 1214. Los co-

1 Véase la refutación de Durantón y de Ponsot, en Pont, t. II, p. 157, número 308, y compárense los autores que cita.

2 Exposición de los motivos, núm. 20 [Locré, t. VII, p. 418]. Aubry y Rau, t. IV, p. 692, pfo. 428.

fiadores no son codeudores solidarios, pero hay esta analogía: que están obligados cada uno por toda la deuda (artículo 2025) ; Debe inducirse de esta analogía que se debe aplicar á los cofiadores el principio que rige las relaciones de los codeudores solidarios entre sí? Este es el interés de la cuestión. El codeudor solidario que paga toda la deuda no tiene más que un recurso dividido contra sus codeudores, aunque se hiciera subrogar convencionalmente, no teniendo la subrogación convencional más efecto que la subrogación legal. (Transladamos en cuanto al principio al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 360). Los autores aplican el mismo principio á la acción recursoria del caucionante contra sus cofiadores. (1) Esto es muy dudoso. Primero, los cofiadores no son codeudores solidarios. En seguida, el caucionante que paga la deuda no está subrogado al acreedor, no tiene más que una acción útil de gestión de negocio contra sus cofiadores (núm. 263). No hay, pues, en verdad, ninguna analogía entre los cofiadores y los codeudores solidarios. Por esto falta la base de la aplicación analógica. Suponiendo aún que el caucionante esté subrogado al acreedor todavía quedaría un motivo de duda; el art. 1214 deroga los efectos de la subrogación legal: ¿es permitido extender una disposición excepcional? En nuestro concepto el caucionante que paga permanece bajo el imperio del derecho común; puede estipular la subrogación, y ésta está regida por los principios generales.

1 Durantón, t. XXVIII, p. 401, núm. 368. Aubry y Rau, t. IV, p. 692, nota 2, pfo. 428. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. V, p. 78, nota 3. Pont, t. II, p. 262, núms. 321 y 323.

CAPITULO III.

DE LA EXTINCIÓN DE LA CAUCIÓN.

§ I.—DE LA EXTINCIÓN DIRECTA DE LA CAUCIÓN.

268. «La obligación que resulta de la caución se extingue por las mismas causas que las demás obligaciones» (art. 2034). Aquel que cauciona se obliga; síguese de esto que las causas que extinguen las obligaciones en general deben también extinguir la suya. (1) Deben, pues, aplicarse á la caución los principios que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* acerca de las causas que extinguen las obligaciones convencionales. Las reglas generales reciben, sin embargo, algunas modificaciones en su aplicación á la caución; las vamos á señalar.

269. La compensación se opera de plano por la sola fuerza de la ley, aun á excusas de los deudores. Pero para que así sea es preciso que cada deudor lo sea principal y directamente de aquel de quien es acreedor directo y principal. Y el caucionante, aunque deudor, sólo lo es accesoriamente; cuando se le demanda no puede ser apremiado al pago, puesto que goza del beneficio de excusión. Síguese de esto que si se hace acreedor del acreedor de la obligación principal el crédito del caucionante y la deuda resultante de la

1 Treillard, Exposición de los motivos, núm. 21 (Loché, t. VII, p. 419).

fiadores no son codeudores solidarios, pero hay esta analogía: que están obligados cada uno por toda la deuda (artículo 2025) ; Debe inducirse de esta analogía que se debe aplicar á los cofiadores el principio que rige las relaciones de los codeudores solidarios entre sí? Este es el interés de la cuestión. El codeudor solidario que paga toda la deuda no tiene más que un recurso dividido contra sus codeudores, aunque se hiciera subrogar convencionalmente, no teniendo la subrogación convencional más efecto que la subrogación legal. (Transladamos en cuanto al principio al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 360). Los autores aplican el mismo principio á la acción recursoria del caucionante contra sus cofiadores. (1) Esto es muy dudoso. Primero, los cofiadores no son codeudores solidarios. En seguida, el caucionante que paga la deuda no está subrogado al acreedor, no tiene más que una acción útil de gestión de negocio contra sus cofiadores (núm. 263). No hay, pues, en verdad, ninguna analogía entre los cofiadores y los codeudores solidarios. Por esto falta la base de la aplicación analógica. Suponiendo aún que el caucionante esté subrogado al acreedor todavía quedaría un motivo de duda; el art. 1214 deroga los efectos de la subrogación legal: ¿es permitido extender una disposición excepcional? En nuestro concepto el caucionante que paga permanece bajo el imperio del derecho común; puede estipular la subrogación, y ésta está regida por los principios generales.

1 Durantón, t. XXVIII, p. 401, núm. 368. Aubry y Rau, t. IV, p. 692, nota 2, pfo. 428. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. V, p. 78, nota 3. Pont, t. II, p. 262, núms. 321 y 323.

CAPITULO III.

DE LA EXTINCIÓN DE LA CAUCIÓN.

§ I.—DE LA EXTINCIÓN DIRECTA DE LA CAUCIÓN.

268. «La obligación que resulta de la caución se extingue por las mismas causas que las demás obligaciones» (art. 2034). Aquel que cauciona se obliga; síguese de esto que las causas que extinguen las obligaciones en general deben también extinguir la suya. (1) Deben, pues, aplicarse á la caución los principios que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* acerca de las causas que extinguen las obligaciones convencionales. Las reglas generales reciben, sin embargo, algunas modificaciones en su aplicación á la caución; las vamos á señalar.

269. La compensación se opera de plano por la sola fuerza de la ley, aun á excusas de los deudores. Pero para que así sea es preciso que cada deudor lo sea principal y directamente de aquel de quien es acreedor directo y principal. Y el caucionante, aunque deudor, sólo lo es accesoriamente; cuando se le demanda no puede ser apremiado al pago, puesto que goza del beneficio de excusión. Síguese de esto que si se hace acreedor del acreedor de la obligación principal el crédito del caucionante y la deuda resultante de la

1 Treillard, Exposición de los motivos, núm. 21 (Loché, t. VII, p. 419).

caución no se compensan de plano; la compensación sólo se opera en este caso desde el día en que fué opuesta por el caucionante. Transladamos á lo dicho acerca de este punto en el capítulo *De la extinción de las obligaciones* (t. XVIII, núms. 224 y 425).

270. La confusión no extingue las obligaciones en general sino por razón de la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de pedir su ejecución y, por consecuencia, en los límites de esta imposibilidad. De esto se sigue que los efectos de la obligación resultante de la caución subsisten en tanto que es posible perseguir su ejecución. Si, pues, el caucionante ha constituido una hipoteca la hipoteca subsiste aunque la caución esté relativamente extinguida por confusión, habiéndose vuelto el caucionante heredero del deudor principal ó habiéndose tornado el deudor en heredero del caucionante. Transladamos, en cuanto al principio y en cuanto á las consecuencias que resultan para la caución; á lo dicho acerca de la confusión en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 502).

El art. 2035 contiene una consecuencia del mismo principio; dice así: «La confusión que se opera en la persona del deudor principal y de su caucionante cuando se vuelven herederos uno de otro no extingue la acción del acreedor contra aquel que hizo caución del caucionante.» Cuando el deudor se hace heredero del caucionante la caución se extingue por confusión en este sentido: que el acreedor no tiene ya dos acciones, puesto que el deudor y el caucionante no son más que una misma persona y que el deudor no puede ser caucionante de sí mismo; es esta imposibilidad de perseguir al caucionante la que arrastra la extinción de la caución por confusión. Pero la imposibilidad no existe más que con relación al caucionante; no existe para con aquel que caucionó al caucionante; de esto se sigue que la obligación del certificador no se extingue.

271. Según el art. 2250 la interpelación hecha al deudor principal ó su reconocimiento interrumpe la prescripción contra el caucionante. Síguese de esto que la caución subsiste aunque la prescripción se haya cumplido sin interrupción para con el caucionante. Volveremos á la disposición del art. 2250 que no se concilia mucho con el principio establecido por el art. 2034.

§ II.—DE LA EXTINCION DE LA CAUCION POR LA EXTINCION DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

272. La caución es una obligación accesoria, y como lo accesorio no puede subsistir sin lo principal se sigue que la extinción de la obligación principal arrastra la extinción de la caución. La aplicación del principio suscita dificultades que vamos á examinar recorriendo los diversos modos de extinción de las obligaciones.

Núm. 1. Del pago.

273. Que el pago de la obligación extinga la caución esto es evidente. ¿Sucede lo mismo con los efectos de pago acompañados de depósito? El deudor que hizo el depósito puede retirarlo mientras no ha sido aceptado por el acreedor (art. 1201). Las ofertas reales sólo equivalen al pago cuando han sido aceptadas; en este caso la caución está extinguida porque la deuda principal está definitivamente extinguida. Hay también pago definitivo cuando el deudor obtuvo una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada que declaró sus ofertas y su depósito buenos y válidos; aunque retirase las cosas depositadas con el consentimiento del acreedor los caucionantes quedarían liberados (arts. 1261 y 1262). Transladamos, acerca del principio y consecuencias

que de él resultan, al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 210).

274. El pago con subrogación extingue la deuda para con el acreedor, pero subsiste para con el tercero subrogado por una ficción que la establece en su favor, y esta ficción tiene precisamente por objeto mantener las garantías accesorias que aseguran el pago de la deuda; de modo que los privilegios ó hipotecas subsisten, así como la caución (art. 1252). Ya hemos explicado esta materia difícil en el título *De las Obligaciones*.

La Corte de Casación ha pronunciado contra el caucionante una sentencia que todos los autores han criticado, Troplong resuelve los hechos diciendo: El deudor caucionado paga al acreedor sin subrogación; luego en derecho la caución estaba extinguida. Pero queriendo conservarse el medio de contratar otro préstamo transfiriendo al prestado la garantía de la caución el deudor se hizo dar por el acreedor un poder en blanco para traspasar al futuro prestamista el crédito en realidad extinguido con la caución que lo garantizaba. El empréstito se hizo con subrogación. Este era uno de tantos fraudes muy frecuentes en esta materia. Se trataba de saber si el caucionante sería víctima de ella. Sostuvo que estaba liberado por el pago hecho sin subrogación. En cuanto al préstamo contratado con subrogación no podía oponérsele, puesto que la subrogación á un crédito extinguido era imposible. Esta defensa no fué admitida por la Corte de París, y en el recurso intervino una sentencia de denegada; sin embargo, la Sala de Requisiciones había admitido la caución y la Cámara Civil sólo la desechó después de una deliberación en Sala de Consejo y por las conclusiones del Abogado General. (1) Ponsot dijo, en términos algo fuertes, que la sentencia nada valía, y en el fondo to-

1 Denegada, Cámara Civil, 12 de Febrero de 1840 (Daloz, en la palabra *Cau-
ción*, núm. 321).

dos los autores son de la misma opinión. (1) Creemos que la crítica es justa.

La Corte comienza por decir que el préstamo hecho con subrogación debe dar al prestamista todas las garantías que el acta le promete. Esto es sentar en principio lo que es el objeto del debate. ¿Podría haber subrogación contra el caucionante cuando la caución estaba extinguida por el pago que el deudor había hecho? Poco importa que el prestamista fuera de buena fe y que no tuviera ningún medio para conocer la extinción de la caución. En el caso había un fraude, el deudor había hecho revivir fraudulentamente un crédito extinguido; la dificultad estaba en saber á quién el fraude debía perjudicar, si al caucionante ó al tercero prestamista. Esto no era una cuestión de buena fe, es decir de hecho, era una cuestión de derecho. La Corte de Casación da en efecto motivos de derecho; estos motivos fueron los que se atacaron tan rudamente.

El caucionante, dice la Corte de Casación, estaba representado en el acta de préstamo por el deudor cuya fe había seguido. ¿En qué se funda esta pretendida representación? La Corte no lo dice. Ya hemos encontrado esta falsa teoría, que considera como representante del caucionante al deudor (t. XX, núm. 119); no resulta seguramente de la naturaleza de la caución. El caucionante obra como mandatario ó como gerente de negocios al caucionar al deudor; ¿cómo podría inducirse de esto que el caucionante da un poder al deudor para representarlo? En el caso esta pretendida representación no tenía sentido. El deudor, á la vez que pagaba, se reservaba el medio de engañar al caucionante haciendo revivir por el fraude una caución que estaba extinguida: ¿y se quiere que el caucionante dé un poder al deudor para defraudarle! ¿Se quiere que el caucionante es-

1 Ponsot, p. 432, núm. 342. Troplong, núm. 499. Pont., t. II, p. 195, número 393.

té representado en una acta que el deudor hace contra él en desprecio de sus derechos! ¿Qué contesta la Corte? «Si el deudor ha disimulado la extinción de la deuda con el fin de reservarse un medio para hacer un nuevo préstamo y comprometer en él de nuevo al caucionante éste debe imputarse no haberse puesto al tanto para con los terceros para comprobar la extinción de la deuda. La Corte olvida que el fraude comenzó cuando el pago que extinguía la deuda principal y la caución: ¿cómo podía el caucionante comprobar un pago que se hacía mediante un poder en blanco destinado á defraudarle? El caucionante no asiste al pago; no figurando en él debe ser admitido á probarlo, aun por testigos y por presunciones, según los arts. 1348 y 1350, puesto que se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. La Corte de París había desechado la prueba ofrecida por el caucionante por motivo de que el art. 1341 prohíbe alegar la prueba por testigos contra ó además de lo contenido en el acta. ¿Cuál era, en el caso, el acta en el que figurara el caucionante y contra el que no podía ser admitido á la prueba testimonial? El caucionante sólo había intervenido en el acta de caución, y en principio el deudor no prueba contra el acta que comprueba la deuda cuando pide probar que la deuda feneció; esto es elemental. En cuanto al acta de préstamo consentida por el deudor con subrogación en fraude del caucionante ésta no figuraba en ella y no estaba en ella representada; luego el art. 1341 no era aplicable en tanto que prohíbe alegar la prueba testimonial contra las actas. Quedaba por saber si, según el derecho común, el caucionante era de admitirse á probar el hecho del pago por testigos y por presunciones; el art. 1348 contesta á la cuestión: el caucionante se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, luego debía de ser admitido á la prueba por testigos.

275. El pago parcial da lugar á una dificultad de impu-

tación. Si hay dos deudas de las que una está considerada y la otra no la imputación del pago parcial hecho por el deudor tiene lugar según el derecho común en la deuda más onerosa, luego en la caucionada (art. 1256). Acerca de este punto no hay ninguna duda. No debe confundirse este caso con el en que el caucionante ha caucionado sólo una parte de la deuda; si el deudor paga un abono se debe imputar en la parte no caucionada. Aquí no se aplican las reglas establecidas por el art. 1256; estas reglas suponen deudas diferentes, mientras que en el caso sólo hay una deuda. La cuestión de saber cuál ha sido la intención de las partes contratantes al estipular una caución parcial; en general esta intención no es dudosa; el acreedor no tenía entera confianza en la solvencia del deudor; hace, pues, que le dé caución por la parte de la deuda que no está caucionada con el fin de que el acreedor conserve la garantía entera por la parte de la deuda que fué caucionada. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no nos parece dudoso. (1) Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Caen que aplica la regla de imputación del art. 2056; (2) Hemos ya contestado al argumento que se puede tomar en él.

Hay, sin embargo, una restricción que hacer á la opinión consagrada por la Corte de Casación. La Corte se funda en la intención de las partes contratantes, pero las partes son libres de manifestar una voluntad contraria, puesto que no se trata más que de intereses privados. La Corte de Casación lo sentenció así manteniendo una sentencia de la Corte de Orleans por motivo de que la interpretación de los jueces del hecho era soberana. (3)

1 Casación, 12 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 278). En el mismo sentido, Troplong, núms. 247, 500 y 501; Aubry y Rau, t. IV, p. 692, nota 1, párrafo 429; Pont. t. II, p. 195, núm. 394.

2 Caen, 16 de Julio de 1854 (Dalloz, 1854, 5, 98).

3 Denegada, 13 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 133).

Núm. 2. De la novación.

276. «La novación operada para con el deudor principal libera á los caucionantes» (art. 1281), á reserva de que el acreedor exija su accesión; en este caso si acceden quedan obligados á la nueva deuda en virtud de una nueva caución; y si no acceden el antiguo crédito subsiste con la caución que á él se ligaba. Traducimos á lo dicho acerca del artículo 1281 en el título *De las Obligaciones*.

277. ¿Cuándo hay novación? Acerca de este punto hay grandes dificultades que ya hemos examinado en el lugar de la materia. En general la recepción por el acreedor de un pagaré á la orden no opera novación y no libera al caucionante. Se juzgó que también así sucede cuando el pagaré ha sido recibido después del vencimiento del plazo. En el caso no había ninguna duda acerca de la intención del acreedor; no había hecho más que un reconocimiento provisional de la cantidad, salvo á girar un recibo después del pagaré; así la recepción del pagaré no era más que un medio para facilitar el pago; y sucede así ordinariamente, puesto que no se reciben pagarés sino bajo la condición tácita de la entrega.

Una madre se compromete á reembolsar todos los efectos que su hijo pidiera á un banquero en el caso en que dichos efectos se perjudicaran. El monto de los efectos ascendía en 1843 á 83,000 francos comprobados por operaciones que no se habían pagado; el hijo deudor substituyó estas operaciones hechas con deudores ficticios por otras que firmó en provecho del banquero. Los pagarés renovados no habían sido pagados, el banquero persiguió al caucionante. Este pretendía que la renovación de los pagarés implicaba la novación. La Corte de París juzgó que la substitución de los efectos subscriptos directamente á los mandatos ó efectos de correspondencia precedentemente negociados por el deu-

dor con el banquero no se podían considerar en razón de las circunstancias en las que habían tenido lugar operando novación. La cosa era evidente; el acreedor no podía tener la intención de hacer novación porque hubiera perdido la garantía de la caución recibiendo pagarés que no tenían ningún valor si no estaban garantizados por el caucionante. Luego no es en interés del banquero en el que se firmaron los pagarés y se recibieron; la substitución se había hecho sólo en interés del deudor, á título de prorrogación de cambio. En el recurso recayó una sentencia de denegada. (1)

278. El art. 2039 contiene una aplicación de estos principios; dice que «la prórroga del plazo concedida por el acreedor al deudor principal no descarga al caucionante que puede, en este caso, perseguir al deudor para obligarlo á pagar.» Prorrogar un plazo no es novarlo. Hay, sin embargo, una consideración que se podría hacer valer en favor del caucionante: es que el deudor puede volverse insolvente durante la prórroga del plazo; sería contrario, si no al derecho estricto al menos á la equidad, el hacer recaer esta insolvencia en el caucionante cuando no ha consentido la prórroga. Fué, sin duda, por este motivo por el cual las costumbres de Bruselas habían dispuesto en contra al derecho romano que «cuando cualquiera se constituye fiador pagar en un día fijado ó en plazo limitado y que el deudor prorrogue dicho día ó plazo el fiador estará liberado.» La Corte de Bruselas juzgó que esta disposición de costumbre que derogaba los principios era de estricta interpretación. (2) El Código Civil mantuvo la equidad al mismo tiempo que el derecho del acreedor; conforme al artículo 2039 el caucionante tiene, en caso de prórroga del plazo, el derecho de perseguir al deudor para forzarlo al pago; tiene, pues, un medio para impedir que la prorrogación le

1 Denegada, 16 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 284).

2 Bruselas, 8 de Agosto de 1814 (Pasicrisia, 1814, p. 169).

sea perjudicial. Esta es una consecuencia del art. 2032; desde que la deuda se hace exigible el caucionante puede promover contra el deudor para que lo indemnice. (1) Es verdad que la prórroga del plazo, interpretada de este modo, sería inútil al deudor, pues que si no puede ser perseguido por el acreedor puede serlo por el caucionante. Pero puede ponerse al abrigo de estas promociones arreglándose con el caucionante, cuyo único interés es el de obtener seguridades contra el peligro de la insolvencia del deudor.

279. «La aceptación voluntaria que el acreedor ha hecho de un inmueble ó de un efecto cualquiera en pago de la deuda principal descarga al caucionante aunque el acreedor salga vencido (art. 2038). Se cita esta disposición como un ejemplo de novación; (2) es más bien un pago, puesto que la donación en pago extingue la deuda vieja sin crear una obligación nueva. Habría novación si el acreedor consintiese en extender la primera deuda mediante la promesa del deudor de dar un inmueble ú otro efecto en pago; esta promesa sería una deuda nueva que quedaría en lugar de la antigua.

280. ¿Pueden los caucionantes solidarios invocar la disposición del art. 2038? Sí, y sin ninguna duda; la aceptación de un inmueble en pago que constituya un pago propiamente dicho ó una novación extingue la deuda; y cuando la deuda está extinguida no puede tratarse de caucionarla. Se ha sostenido lo contrario ante la Corte de Casación con muy malas razones. El caucionante solidario, se dice, es un deudor solidario y éste no puede invocar una disposición excepcional que sólo se hizo para el caucionante. Se ha respondido que no es exacto decir que el caucionante que se obliga solidariamente se convierte en deudor solidario. Tampoco es más exacto decir que el art. 2038

1 Lahary, Discurso núm. 31 (Loaré, t. VII, p. 444).
2 Pont, t. II, p. 107, núm. 398.

contiene una disposición excepcional; no hace más que aplicar los principios elementales que rigen la caución. (1)

281. El art. 2038, sin embargo, deroga los principios; esto es que la liberación del caucionante subsiste aun cuando el acreedor pierda la cosa que recibió en pago de la deuda principal. El que recibe una cosa en pago de lo que se le debe no libera al deudor de un modo definitivo, no lo libera sino bajo la condición de que el deudor le transmita la propiedad de la cosa; si el acreedor sale vencido la dación en pago es nula y, por consecuencia, el deudor no está liberado, y si subsiste la deuda principal la caución también debería subsistir. La ley mantiene la extinción de la caución en favor del caucionante, pero por favorable que sea la caución no se debe olvidar que el acreedor ha tratado en fe de esta garantía. El Orador del Tribunado dice que el caucionante no garantiza más que la primera obligación. Sin duda, pero esta primera obligación se considera como no extinguida aunque el acreedor salga vencido. (2) No se hace valer en favor del caucionante más que una sola consideración: cuando el acreedor recibe una cosa en pago de lo que se le debe la deuda está vencida y, por tanto, el caucionante tendría el derecho de perseguir al deudor para ser indemnizado; si no lo hace es que está lo más amenudo liberado por la donación en pago; sería, pues, contrario á la equidad exponer indefinidamente al recurso del acreedor en caso de evicción. (3) Siendo el art. 2038 una derogación de los principios se debe restringir la disposición al caso terminante previsto por la ley. No se le puede extender al caso en que se anula un pago; este pago se considera como

1 Denegada, 10 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 283). Pont, t. II, p. 199 núm. 401.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 467, núm. 1162. Lahary, Discurso número 30 (Loaré, t. VII, p. 444).

3 Orleáns, 30 de Abril de 1850 [Dalloz, 1851, 2, 29].

si no hubiera sido hecho; luego subsiste la deuda lo mismo que la caución. No se está en los términos del art. 2038 y no se puede extender una excepción. (1)

282. ¿Puede el acreedor reservarse sus derechos contra el caucionante en caso de que perdiera la cosa que recibe en pago? Esto sería una donación en pago condicional, y faltando la condición no habría pago; por lo mismo, no habría tampoco caución. Se objeta que la reserva del acreedor no impide que la acción del caucionante contra el deudor haya sido paralizada; esto nos parece dudoso. El caucionante puede promover contra el deudor desde que la deuda está vencida, y el deudor no puede rechazarla más que probando que la deuda está extinguida, y una donación en pago subordinada á una condición no atrae la extinción de la deuda en el sentido de que no da al caucionante la seguridad á la que tiene derecho. (2)

Los términos del art. 2038 confirman nuestra opinión. Toda aceptación de un inmueble en pago de la deuda no basta para la extinción de la deuda y de la caución; se necesita, dice la ley, que la aceptación sea voluntaria. ¿Qué se entiende por aceptación voluntaria? Ya hemos muchas veces encontrado esta palabra; indica siempre que se ha hecho un acto jurídico con determinada intención. Así el artículo 1338 dice que la ejecución voluntaria de la obligación vale por confirmación, lo que quiere decir que la ejecución debe implicar la intención ó la voluntad de confirmar el acto nulo. En el art. 1235 la palabra voluntariamente tiene una significación análoga. Del mismo modo la aceptación de una cosa en pago de la deuda no es voluntaria cuando el acreedor no tiene voluntad de descargar al deudor; lo que implica una reserva ó una condición; mientras

1 Douai, 7 de Julio de 1875 (Dalloz, 6, 187 2, 30).

2 Véanse, en diverso sentido, Troplong, núm. 583; Durantón, t. XVIII, página 485, núm. 383, y Ponsot, p. 424, núm. 337.

que la aceptación sin reserva ni condición marca la voluntad de liberar al deudor y, por consiguiente, al caucionante.

283. La Corte de Casación dedujo aún otra consecuencia de la palabra voluntario. Se hipoteca un inmueble en seguridad de la deuda caucionada; el acreedor se hace adjudicatario; ¿se puede decir que acepta voluntariamente el inmueble en pago del crédito. Nó, dice la Corte. El acreedor no puede tener en tal caso la intención de liberar al caucionante, pues no sabe si llegará á orden útil para que le paguen; no es más que cuando el pago cuando se extinguirá la deuda y cuando estará liberado el caucionante. (1)

La Corte de Casación juzgó igualmente que el art. 2038 no es aplicable cuando el acreedor ha recibido efectos en pago en virtud de la convención y que después haya sido vencido por consecuencia de la declaración de quiebra del deudor. Citaremos los términos de la sentencia porque se acercan á la opinión que acabamos de emitir acerca del sentido de la palabra voluntario. Si, dice la Corte, el caucionante está descargado por la aceptación voluntaria que el acreedor hace de un inmueble en pago de la deuda principal, aun cuando el acreedor llegue á ser vencido, este decaimiento tiende á la renuncia presumida del acreedor á sus derechos contra el caucionante. Esto supone que posteriormente al contrato el acreedor recibe un valor cualquiera en descargo de su crédito; cambia en este caso la situación creada por el contrato de la caución; opera una novación que anula ó modifica esencialmente la primera convención en lo relativo á la caución. Si los efectos recibidos por el acreedor le han sido entregados en virtud de la convención misma no hay ningún cambio, ninguna renuncia; luego los derechos quedan iguales. (2)

1 Denegada, 19 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86).

2 Denegada, 23 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 84).

Núm. 3. De la entrega de la deuda.

284. Los arts. 1287 y 1288 contienen las disposiciones siguientes acerca de la entrega de la deuda en lo referente á la caución:

«La entrega ó descargo convencional concedido al deudor principal libera á los caucionantes.»

«Esto que se concede al caucionante no libera al deudor principal.»

«Esta concesión hecha á uno de los caucionantes no libera á los demás.»

«Lo que el acreedor ha recibido de un caucionante para descargarlo de su caución debe imputarse á la deuda y volver á descargar al deudor principal y á los demás caucionantes.»

Estas disposiciones han sido explicadas en el título *De las Obligaciones*. También examinamos al tratar de la entrega de la deuda la cuestión de saber cuál es el efecto de la entrega tácita en lo relativo á la caución (t. XVIII, números 370, 373, 377 y 378).

285. El art. 1287 supone que el acreedor ha hecho entrega voluntaria de la deuda al deudor principal; este es el nombre que el art. 1234 da á este modo de extinción de las obligaciones. Renunciando á la deuda principal el acreedor renuncia por eso mismo á la obligación accesoria del caucionante. Distinta es la cuestión de saber si el deudor á quien se hizo la remesa tiene acción contra el caucionante; nos trasladamos á lo dicho más atrás (núm. 237).

Hay entregas que no son voluntarias: tal es la que los acreedores conceden al deudor quebrado consintiendo un concordato. Los acreedores están obligados á consentir esta entrega para sacar el mejor partido de sus réditos; hé aquí por qué la opinión de la mayoría liga á la minoría; deben, pues, conservar su derecho completo contra el caucionante,

te, pues que han estipulado la garantía de la caución para el caso de insolvencia y es ésta la que los obliga á conformarse con un pago parcial. Pothier y los demás autores modernos dan otra razón: el concordato sólo extingue la deuda civil para la parte á quien se hizo la remesa, pero subsiste una obligación natural, la que es un fundamento suficiente para la obligación de los fiadores. Esto supone que las deudas naturales pueden ser caucionadas; lo que es muy dudoso. La razón que generalmente se da levanta todavía una dificultad. Si la deuda natural que sobrevive al concordato puede ser caucionada el acreedor que no ha sido pagado más que en parte promoverá contra el caucionante, y éste, después de haber pagado, tendrá un recurso contra el deudor principal; de manera que la entrega concedida al deudor será inútil. Pothier contesta á la objeción que el caucionante que paga todo está en calidad de acreedor de esta cantidad para su indemnización, obligado tanto como los demás acreedores á acceder al concordato y á sufrir la remesa que el concordato ha hecho al deudor. (1) Hay un modo más simple de explicar la situación del caucionante; ha caucionado al deudor para el caso en que fuera insolvente; debe, pues, soportar la pérdida que resulta de la insolvencia; pero si paga la deuda debe también tener el derecho de reclamar el reembolso de sus adelantos contra el deudor. ¿Está limitado este recurso por el concordato? Este asunto pertenece al derecho comercial.

La jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión que conserva al acreedor su acción contra los caucionantes del quebrado concordatario (t. XVIII, núm. 371), y fué consagrada en Francia por la ley de 1838 relativa á las quiebras civiles (art. 545 del Código de Comercio) y en Bélgica por la ley de 18 de Abril de 1851 (art. 541.).

286. Las disposiciones de los nuevos códigos de comercio
1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 280.

cio han levantado otra dificultad. Muy amenudo pasa que el deudor se arregle con sus acreedores sin observar las formalidades prescriptas por la ley para las quiebras y el concordato. Se pregunta si se debe aplicar á los concordatos hechos amigablemente el principio que rige los concordatos judiciales en lo relativo al derecho de los acreedores contra los caucionantes. La Corte de Casación se pronunció por la negativa, y creemos que hizo bien. En regla general, dice la Corte, la entrega hecha al deudor principal libera al caucionante; la ley sobre quiebras deroga esta regla cuando la entrega ha sido concedida por el concordato. Esta derogación debe ser restringida al caso en que se haya formado un concordato por la reunión de las condiciones exigidas por el Código de Comercio después del cumplimiento de las formalidades prescriptas en materia de quiebra. Pero los caracteres y efectos de un concordato no podrían pertenecer á un arreglo intermedio cuando no ha habido ni declaración de quiebra, ni verificación de crédito, ni vigilancia de un juez comisorio, ni promulgación del tribunal. A falta de estas condiciones y de las garantías legales no hay concordato, sólo hay una convención ordinaria, obligatoria sólo para aquellos que han sido partes en virtud del consentimiento de cada uno de ellos. ¿Cuál es la ley que rige estos arreglos en cuanto á los caucionantes? Este es el art. 1287: la entrega hecha al deudor aprovecha al caucionante. (1)

287. En el mismo negocio se presentó otra dificultad que ha dado lugar á un nuevo recurso. El demandante admitía, con la sentencia que acabamos de analizar, que la entrega que resultaba de un concordato amigable libera á los caucionantes, pero sostenía que este principio no recibía aplicación al caso en que los acreedores no hubieran con-

1 Casación, 17 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 219). Compárese nuestro tomo XVIII, núm. 371.

sentido la entrega más que bajo la reserva de sus derechos contra el caucionante. De aquí la cuestión de saber si una reserva de esta naturaleza es válida. El art. 1285 la permite á los responsables solidarios, ¿por qué no permitirla á los caucionantes? La Corte de Casación no admitió esta doctrina; juzgó que el art. 1285 no se aplica más que á los deudores solidarios; la caución queda bajo el principio de que lo accesoria sigue á lo principal; implica, pues, contradicción que el acreedor renuncia á una parte de su derecho contra el deudor principal reservándolo contra el caucionante; esto sería hacer remesa con una mano y quitarla con la otra, puesto que el caucionante obligado á pagar tendría un recurso contra el deudor principal. (1)

La opinión consagrada por la Corte de Casación está en armonía con la tradición. Cuando, dice Pothier, el acreedor concede por *liberalidad* un plazo á su deudor no puede válidamente excluir al caucionante. En efecto, esta convención transforma una obligación pura y simple en una obligación á plazo: la obligación de los caucionantes recibe necesariamente la misma modificación porque es de la esencia de la caución que la obligación del caucionante no sobrepase á la del deudor principal. Pothier supone que el plazo ha sido concedido por *liberalidad*: trata de distinguir, como él mismo lo explica, la remesa *voluntaria* de la remesa *forzada* que los acreedores hacen por necesidad al deudor insolvente; ésta no aprovecha al caucionante, de modo que sería inútil que el acreedor reservase sus derechos para con él; mientras que la remesa *voluntaria* extingue la deuda principal extinguiendo necesariamente la obligación accesoria del caucionante. (2)

288. Sin embargo, puede suceder que la remesa consentida voluntariamente por un acreedor á su deudor no libe-

1 Denegada, 30 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 512).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 380. Pont, t. II, p. 202, núm. 407.

re á los caucionantes y que la reserva que el acreedor ha hecho de sus derechos contra el caucionante sea válida. Esto sucede cuando las convenciones de las partes interesadas resguardan los derechos del caucionante. Hé aquí el caso que se presentó ante la Corte de Orleáns. Una casa de Banco, acreedora por una cuenta abierta y caucionada hasta concurrencia de una cantidad de 12,500 francos, tuvo un arreglo con su deudor; á consecuencia de esta convención el crédito se liberaba mediante el pago de 16,000 francos de una cantidad más considerable que debía al Banco. Dando recibo al deudor los banqueros se habían reservado expresamente el derecho de perseguir á los caucionantes por la demasía de su crédito y además habían estipulado que el deudor no podría oponer la remesa que se le había hecho en el caso en el que el caucionante pagara la deuda y quedaría subrogado por el acreedor. El caucionante, perseguido por los acreedores, opuso la entrega que habían concedido al deudor. Esta defensa fué desechada en primera instancia y en apelación. La Corte dice que la reserva de los derechos hecha por los acreedores era lícita porque no agravaba en nada la posición del caucionante ni con relación al deudor ni con relación al acreedor. Esto resultaba de la cláusula que decía que en caso de pago del caucionante el deudor no podría oponerle la remesa; luego apesar de esto el caucionante conservaba todos sus derechos contra el deudor. En definitiva la remesa no tenía efecto más que entre el acreedor y el deudor y en estos términos se podía contestar la validez. (1)

Núm. 4. De la compensación.

289. "El caucionante puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal" (art. 1294).

1 Orleáns, 6 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 224).

Ya hemos explicado esta disposición en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 423).

290. Se juzgó que el caucionante solidario no podía invocar el principio del art. 1294 porque este mismo artículo dice que el deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe á su codeudor. La Corte de Colmar no da ningún motivo de su decisión; está fundada sin duda en el art. 2021 que parece asimilar el caucionante solidario al codeudor solidario. (1) Ya muchas veces hemos observado que esto es hacer decir al art. 2021 lo que el legislador no entendió decir. La ley solamente dice que el caucionante solidario no puede oponer al acreedor el beneficio de excusión, no dice que el caucionante solidario queda caucionante cuando la deuda que ha caucionado está extinguida en todo ó en parte por vía de compensación. El art. 1294 por su lado debe restringirse á los términos de la ley que no habla más que de los codeudores; esta es una disposición del todo anormal que no se llega á explicar; se debe uno guardar de extenderla. Esta es la opinión unánime de los autores. (2)

Núm. 5. De la confusión y de los demás modos de extinción de las obligaciones.

291. El art. 1301 dice: "La confusión que se opera en la persona del deudor principal aprovecha á sus caucionantes; la que se opera en la persona del caucionante no atrae la extinción de la obligación principal." Nos trasladaremos, en cuanto á la influencia que la confusión ejerce en la caución, al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, números 561-563).

1 Colmar, 16 de Junio de 1821 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 338).

2 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 206, núms. 416 y nuestro tomo XVIII, núm. 427.

292. Es inútil recurrir á los demás modos de extinción de las obligaciones: toda extinción de la obligación principal extingue la caución. Una sentencia reciente de la Corte de Casación aplica el principio á la obligación del acreedor mejor postor. En los términos del art. 2185 el acreedor mejor postor se obliga á llevar ó hacer llegar el precio á un décimo más del que tendrá por estipulación del contrato ó declarararlo por el nuevo propietario. Como garantía de este compromiso debe dar caución hasta concurrencia del precio del cargo; conforme á la ley belga la caución se reduce un 25 por 100 del precio y de los cargos (art. 115). El acreedor mejor postor está liberado de su obligación cuando el inmueble se vende en subasta y que su ofrecimiento de puja ha sido cubierto por una nueva postura (Código de Procedimientos, art. 705); y desde que la obligación principal está extinguida la caución también lo está. En la especie se presentaba una duda. El acreedor mejor postor, concurriendo al remate, se había hecho en definitiva adjudicatario en virtud de una nueva postura; se pretendía, en consecuencia, que la caución subsistía. El error era palpable. En efecto, el caucionante garantizaba únicamente la obligación del acreedor que pedía que el inmueble se pusiera en remate, y esta obligación sólo tiene un objeto: llevar ó hacer llevar el precio á un décimo más del precio ofrecido por el tercer adquirente que puja. Desde que se llena esta obligación no se puede tratar de caucionar. (1)

293. El Código trata del juramento y de la cosa juzgada en el capítulo *De las Pruebas*. Sin embargo, el juramento implica una transacción, luego una convención; y la sentencia es un contrato judicial. ¿Cuál es el efecto de estas convenciones? La ley no habla de ellas al tratar de la cosa juzgada; dice, al hablar de los efectos del juramento, que el juramento diferido al deudor principal libera á los caucio-

1 Denegada, Cámara Civil, 2 de Agosto de 1870 [Dalloz, 1870, 1, 344].

nantes y que el que difiere al caucionante libera, al deudor principal. Esto supone que el juramento fué prestado y que, por consecuencia, el deudor se halla liberado. ¿Qué se debe decidir si el juramento es desfavorable al deudor? La misma pregunta se presenta en la cosa juzgada. La examinamos ya en el título *De las Obligaciones* (t. XX, número 119). (1)

§ III.—DE LAS EXCEPCIONES QUE EL CAUCIONANTE PUEDE Oponer.

294. «El caucionante puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á la deuda, pero no puede oponer las que son puramente personales al deudor» (art. 2036).

La materia de las excepciones se liga á la de la extinción de la obligación principal, porque de ordinario la excepción es un fin de no recibir que el deudor opone al acreedor y que hace decaer la demanda. Pero las excepciones tienen un objeto más general; las hay que no tienen por objeto la extinción de la deuda principal sino que solamente aplazan su ejecución. Hé aquí un ejemplo dado por Pothier: el deudor principal transige con el acreedor sobre la validez de la deuda y se obliga á pagarla con cargo de tener un plazo de tres años. Resulta una excepción que el deudor puede oponer al acreedor si éste promoviera antes de este plazo. Esta excepción puede ser opuesta por el caucionante aunque no haya sido parte en la convención porque era inherente á la deuda; la excepción de la cosa juzgada así como la del juramento accesorio tiendan, al contrario, á declarar la demanda no fundada en razón de la extinción de la obligación principal; el caucionante puede también oponerlas, como lo acabamos de decir (núm. 293). (2)

1 Compárese Pont, t. II, p. 203, núms. 411 y 412.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 380.

295. El caucionante puede oponer las excepciones reales; no puede oponer las personales. ¿Qué se entiende por excepciones reales? El art. 2036 dice que estas son las inherentes á la deuda; se fundan en la cosa, dice Pothier; mejor dicho, en la deuda misma; mientras que las excepciones personales, como la palabra lo indica, están fundadas en alguna razón personal del deudor.

Chabot, en su informe al Tribunado, expone el fundamento de esta distinción y da ejemplos que hacen comprender su alcance. El Relator considera las excepciones como medios que destruyen la obligación principal; cuando estos medios resultan de la naturaleza del contrato destruyen también la caución; pero si pertenecen á la persona del deudor no pueden servir más que á él; por consecuencia, el caucionante no los puede oponer.

Los vicios del consentimiento, el error, el dolo ó la violencia dan á aquel cuyo consentimiento está viciado una acción en nulidad ó en rescisión (art. 117) y, por consiguiente, una excepción cuando el acreedor promueve contra el deudor. ¿Es real ó personal esta excepción? Chabot contesta, con Pothier, que es real. En efecto, los vicios de error, de dolo ó de violencia pertenecen al contrato mismo, puesto que no puede existir contrato sin el consentimiento de la persona que se obliga, y no hay consentimiento válido si sólo fué dado por error, sacado por violencia ó sorprendido por dolo; la caución no puede, pues, existir si la obligación principal es anulada ó rescindida.

Las causas de incapacidad tales, como la minoría, la interdicción, ¿producen excepciones reales ó personales? El art. 2012 contesta la pregunta disponiendo que se puede caucionar una obligación aunque pudiese ser anulada por excepción puramente personal al responsable: por ejemplo, en el caso de un menor de edad Así el menor puede hacer anular la obligación por causa de incapacidad y puede

oponer al acreedor la excepción de nulidad; mientras que el caucionante no puede prevalecerse de ella. Chabot da la razón. En el momento en que se obliga el caucionante ha podido preveer que el deudor se haría restituir: se ha, pues, voluntariamente expuesto á correr los riesgos de la restitución: y es precisamente para hacer valer la obligación y para garantizarse de la restitución por lo que el acreedor ha exigido una caución. (1) Esto quiere decir que en la intención de las partes contrayentes la nulidad de la obligación principal viciada por incapacidad no debe atraer la nulidad de la caución. Nos trasladamos á lo dicho más atrás.

296. El art. 2036 divide las excepciones en *reales y puramente personales*. Esta última expresión podría hacer creer que hay dos especies de excepciones reales: las excepciones *personales* y las *puramente personales*. Marcadé apropósito da esta explicación, pero quedó aislada. (2) Basta leer el texto para convencerse de que la ley no admite tres clases de excepciones sino dos; si agregó la palabra *puramente* á la de *personales* fue para indicar que no se debeu considerar como *personales* todas las excepciones en que la persona desempeña un papel. De este modo los vicios de consentimiento son en cierto sentido personales porque es la persona del deudor la que está en causa, la que está en el error, que ha sido engañada ó extorsionada; lo que no impide que las excepciones que resultan de estos vicios sean reales como Chabot lo explica muy bien. La expresión *puramente personales* también se encuentra en el art. 1208 que trata de las excepciones que un deudor solidario puede oponer al acreedor; ya hemos explicado lo que se entiende por excepciones *puramente personales* en materia de solidaridad (t. XVII, núm. 301). El sentido no es el mismo en

1 Chabot, Informe núm. 25 (Loeré, t. VII, p. 427). Durantón, t. VIII, página 415, núm. 379. Compárese Pont, t. II, p. 192, núms. 386 y 387.

2 Pont, que continuó la obra de Marcadé, reconocía el error de éste (t. II, p. 193, núm. 388).

el art. 1208 y en el 2036. Por esto en las obligaciones solidarias los vicios de consentimientos de uno de los deudores forman, en lo que se refiere á ellos, una excepción puramente personal que sus codeudores no pueden oponer, mientras que el caucionante se puede prevalecer del vicio de consentimiento que vicia la obligación del deudor principal. (1) La razón de esta diferencia se comprende fácilmente. Las obligaciones de los codeudores solidarios son obligaciones principales, hay tantas ligas distintas como personas obligadas; mientras que la caución es una obligación accesoria que no se concibe sin obligación principal.

297. Teniendo un sentido diferente la expresión *puramente personales* en los arts. 1208 y 2036 se pregunta si el caucionante solidario está sometido al art. 2036 á título de caucionante ó por el art. 1208 en razón de su compromiso solidario. Contestamos, y sin titubear, que el caucionante, aunque obligado solidariamente, queda caucionante; mejor dicho, que su compromiso accede al deudor principal; y es en este carácter de la caución en el que se funda la disposición del art. 2036; luego el caucionante, aunque solidario, puede prevalecerse; es imposible que el caucionante esté obligado cuando el deudor principal hiciera rescindir su compromiso por error, violencia ó dolo, puesto que en principio no puede haber caución sin una obligación principal que sea válida. Se objeta el art. 2021: contestamos, como ya lo hicimos alguna vez, que el art. 2021 no identifica al deudor solidario con la deuda solidaria; interpretar así la ley es un absurdo porque sería decir que la caución es una obligación principal cuando es de su esencia una obligación accesoria, y es este carácter de accesoria el que predomina en el asunto que discutimos. (2)

298. Pothier coloca entre las excepciones personales I

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 684, nota 17, pfo. 426.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 684, nota 16, pfo. 426, y p. 675, nota 7, pfo. 423.

que se concede al deudor principal en razón de su estado de pobreza y de insolvencia. Esta excepción no existe en nuestras leyes á este título, pero hay beneficios que se fundan en la angustia del deudor. Tal es el plazo de gracia que los tribunales pueden conceder al deudor en consideración de su persona (art. 1244); lo que indica que es una excepción puramente personal en el sentido del art. 2036. Tal es también el beneficio de cesión que la ley concede al deudor desgraciado y de buena fe (art. 1268); un favor de que goza el deudor porque ha sufrido desgracias que no le son imputables es seguramente una excepción que pertenece á su persona. Pothier coloca en la misma línea el contrato de aplazamiento que concede al deudor remesa de una parte de sus deudas y de los plazos para el pago del excedente, pero cuida de agregar que se trata de contratos en los que el acreedor ha sido obligado á acceder, lo que nosotros llamamos concordatos. (1) Nos trasladamos á lo dicho más atrás (núms. 285 y 286).

299. El estado de quiebra civil ó mercantil del deudor principal levanta otra dificultad relativa al caucionante. Conforme al art. 1188 el deudor no puede reclamar el beneficio del plazo cuando ha quebrado civilmente, lo que también se aplica á la quiebra mercantil. Se pregunta si el decaimiento del plazo incurrido por el deudor principal lo es también por el caucionante. La cuestión está controvertida y hay duda. Ya la hemos examinado en el título *De las Obligaciones* (t. XVII, núm. 213).

300. El art. 2036 dice que el caucionante puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal. Es, pues, un derecho que ejerce el caucionante en su nombre y que tiende á la obligación accesoria que ha contraído; esto no es un derecho que ejerce el deudor. La observación es importante. Si el

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 380.

caucionante no tenía el derecho de oponer las excepciones más que con respecto al deudor perdería este derecho si el deudor renunciara á los medios que puede hacer valer; mientras que la renuncia del deudor no quita al caucionante los derechos que ejerce en este respecto. Se juzgó en este sentido que la confirmación de la obligación por el deudor principal no quita al caucionante el derecho de oponer la nulidad; (1) es una aplicación del art. 2036 más que del 1338, como lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 659). Sucedería lo mismo si el acreedor renunciara la prescripción; (2) volveremos á este punto en el sitio que le corresponda.

301. Se sigue del mismo principio que el caucionante puede intervenir en las instancias que actúan entre el acreedor y el deudor principal; y puede atacar la sentencia, sea en apelación, ya en casación, aunque el principal responsable admita. El caucionante puede también hacer tercera oposición á las sentencias pasadas á fuerza de cosa juzgada que recaen entre el deudor y el acreedor. Esto está reconocido por todos; (3) no insistiremos en ello porque sus consecuencias son de procedimiento.

§ IV.—DEL DERECHO CONCEDIDO AL CAUCIONANTE POR
EL ART. 2037.

Núm. 1. Principio.

302. «El caucionante queda descargado cuando la subrogación á los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor no puede ya, por el hecho de este acreedor, operarse en favor del caucionante» (art. 2037). Cuando la deuda princi-

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 18 de Noviembre de 1833 [Pasencia, 1833, 1, 176].

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 684, nota 17, pfo. 426.

3 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Caución*, pfo. IV, núm. III. Aubry y Rau, t. IV, p. 684 nota 19, pfo. 426.

pal está garantizada por hipotecas, privilegios ú otras seguridades el caucionante se obliga en vista de estas garantías que le aseguran su reembolso si paga la deuda, puesto que por el pago queda subrogado á todos los derechos del acreedor. La subrogación es, pues, una condición de su compromiso; de esto se sigue que si por su hecho el acreedor hizo imposible la subrogación el caucionante debe estar descargado. No que el caucionante está liberado de plano como parece decirlo el art. 2037. Pothier hace recaer el descargo del caucionante en este principio común á todos los contratos sinalagmáticos: «que cuando he contraído obligaciones recíprocas no es de admitírseme á pedir la ejecución de la vuestra cuando por culpa mía he faltado.» (1) El Código ha deducido de este principio que la condición resolutoria está subentendida en todos los contratos bilaterales. Resulta también en la opinión general que aquella de las partes que está demandada puede oponer la excepción de que la otra parte no cumplió su obligación; esto es lo que en la práctica se llama la excepción *non adimpleti contractus*. Es también bajo esta forma de excepción bajo la que el caucionante ejerce el derecho que le confiere el art. 2037. Pothier lo llama excepción *cedendarum actionum*. En la jurisprudencia antigua el caucionante no estaba subrogado de plano al acreedor; sólo sucedía á sus derechos por el efecto de una cesión de acciones que el acreedor consentía cuando el pago. Esta cesión fué reemplazada por la subrogación legal; de modo que la excepción debería llevar el nombre de *excepción de subrogación*; la tradición prevaleció á la inovación de la ley; se continúa dando al derecho del caucionante el nombre de excepción *cedendarum actionum* aunque el Código ignore la cesión de acciones vuelta inútil á consecuencia de la subrogación.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 557.

303. El art. 2037 concede al caucionante la excepción de subrogación. La primera condición requerida para renovar el beneficio de esta excepción es, pues, la de ser caucionante en el sentido del art. 2011 que define la caución. Una sentencia reciente de la Corte de Casación ha hecho la aplicación de este principio al caso siguiente: cesión de un crédito garantizado por el privilegio del vendedor. El cedente se obliga á pagar por sí la deuda cedida, á falta de hacerlo el deudor en los ocho días del mandamiento que le fuera notificado. En 1867 el cesionario, no consiguiendo que le pagaran, se dirigió al cedente. Este ofreció pagarle mediante subrogación. Ninguna ejecución recibió la tal promesa; nueva demanda en 1869; sucedió que la inscripción del privilegio no había sido renovada, de modo que el privilegio se había hecho ineficaz. El cedente se consideró como caucionante é invocó el beneficio del art. 2037; habiéndose hecho imposible la subrogación por el descuido del cesionario el cedente se pretendió descargado. Esta defensa no fué admitida. Recurso de casación por violación del art. 2037. La Cámara de Requisiciones decidió que la sentencia sólo había interpretado las convenciones de las partes considerando al cedente no como caucionante sino como deudor directo y principal, lo que hacía inaplicable al art. 2037. (1)

Por la misma razón el tercero detentor que tiene que pagar la deuda si quiere impedir la expropiación no puede invocar la excepción de subrogación, porque no es caucionante. Volveremos á esta cuestión en el título *De las Hipotecas*.

304. Cualquier caucionante tiene la excepción del artículo 2037, aun el solidario. La ley no distingue, y no hay lugar á distinguir. En efecto, los motivos por los que la ley concede el descargo del caucionante se aplican al caucionante

1 Denegada, 31 de Enero de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 22).

te solidario; éste está tanto más interesado en gozar de la subrogación cuanto que está obligado solidariamente y no goza de los beneficios de excusión y de división. Al comprometerse contó con la subrogación así como el caucionante solidario si la subrogación, condición de su compromiso, no puede tener lugar por el hecho del acreedor; el contrato de caución está reto por esto; por tanto, el caucionante debe quedar descargado. La cuestión está, sin embargo, controvertida en doctrina y en jurisprudencia.

La opinión contraria está muy sostenida por Troplong; hay también una que otra sentencia en este sentido. Troplong llega hasta á decir que no entiende cómo la jurisprudencia de la Corte de Casación, que también es la de la de Apelación, haya encontrado partidarios. Califica esta jurisprudencia con extremada severidad acusando de ignorantes á los magistrados. Apesar de esta violenta crítica los autores se adhieren á la opinión de la Corte de Casación, (1) y la opinión de Troplong ha quedado casi aislada; su doctrina ha sido tantas veces combatida y reputada que puede asegurarse que está arruinada en su simiento; y no valdría la pena volver á esta refutación si no fuera el género de argumentos que opondrá Troplong á la opinión general. La Corte de Casación invoca el texto del art. 2037. Troplong le contesta casi con desdén. «Estas razones de texto, dice, tan crudas y tan *materiales* son desesperantes. Si la ley debiera interpretarse siempre de este modo *maquinal* habría en los códigos escritos tantos inconvenientes como ventajas... Un punto de derecho sólo queda bien establecido en la ciencia cuando la letra de un artículo está acorde con el espíritu de la ley. Citar el texto sólo *seca y judaicamente* es tomar la *mitad menos decisiva* de la autoridad legal y dejar la

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. IV, p. 696, nota 19, pfo. 429, y en Pont, t. II, p. 179, núm. 368. Hay que agregar Gante, 15 de Diciembre de 1834 (Pasicrisia, 1834, 2, 274), 25 de Julio de 1853 (Pasicrisia, 1853, 2, 301) y 22 de Marzo de 1862 (Pasicrisia, 1862, 2, 334).

mejor." (1) Este sistema de interpretación es seductor; sin embargo, es radicalmente falso. Nos apoyamos ordinariamente en el texto y en el espíritu de la ley; pero cuando el texto está claro seguimos la regla que los autores del Código han ellos mismos trazado. Muchas veces la hemos transcrita con el fin de abrigarnos tras su alta autoridad; la transcribiremos todavía y la opondremos con confianza al Presidente de la Corte de Casación. "Cuando una ley es clara no debe eludirse la letra bajo el pretexto de penetrar su espíritu. (2) El espíritu de la ley es siempre más ó menos dudoso; prevalecerse de él contra un texto claro y terminante es invocar la intención insegura del legislador contra una voluntad segura. Semejante interpretación conduce necesariamente á hacer decir al legislador lo contrario de lo que quiso decir. Esto es lo que sucedió con Troplong.

Este autor sienta en principio que la subrogación legal no es el motivo del decaimiento pronunciado por el art. 2037; lo busca en el beneficio de excusión; de esto la consecuencia de que el caucionante solidario que no goza de este beneficio no puede invocar el art. 2037. ¿En qué funda Troplong su pretendido principio? En la tradición. Nosotros tenemos un respeto profundo para la tradición, pero con una condición: es que esté seguro que la hayan consagrado los autores del Código. ¿Cuál es la tradición del Código? Nadie la ignora y no se podría contestar; la tradición para los autores del Código se resume en Pothier; pues bien, ya hemos citado á Pothier (núm. 302) para explicar y justificar la excepción establecida por el art. 2037. En vano Troplong niega que esta excepción esté fundada en la subrogación, el texto dice lo contrario. "El caucionante está descargado cuando la subrogación á los derechos del acreedor no puede ya por hecho de éste operarse en favor del caucionante." Así la verdade-

1 Troplong, *De la caución*, núm. 558.

2 Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 273.

ra tradición y el texto están acordes. ¿Dónde busca Troplong su tradición? En Casaregis, cuya autoridad, dice, es siempre muy grande en materia de comercio. ¿Tratamos de asunto de comercio? ¿Se trata aquí de un antiguo uso mercantil? Se trata de un principio de derecho civil; antes de oponer Casaregis al texto y colocar su opinión por cima de la ley habría que probar que el legislador francés conoció esta opinión y quiso seguirla; esto es lo que se entiende por espíritu de la ley. Aun estamos esperando esta demostración. Veamos el discurso de los oradores del Gobierno y del Tribunado y preguntémosles los motivos del art. 2037; nos dirán lo que el texto dice; á saber, que la excepción que la ley da al caucionante es la excepción de subrogación.

"Hemos visto, dice Treilhard, que el pago hecho al acreedor debía operar una *subrogación de derecho* en favor del caucionante; el acreedor no está, pues, admisible á demandarlo cuando por su hecho se colocó en la imposibilidad de operar esta subrogación. (1) Este es el comentario oficial de la ley; esta es tan clara que el orador encargado de exponer sus motivos no hace más que paráfrasis; y Treilhard, miembro del Consejo de Estado, Relator de la Sección de Legislación, dice, como el texto, que la excepción del artículo 2037 está fundada en la subrogación. Ni una palabra de la pretendida liga que existiría entre el beneficio de excusión y la excepción del art. 2037. Preguntamos: ¿Quién tiene más autoridad en esta materia, los que hicieron la ley ó Casaregis? ¿Y con qué derecho se acusa de ignorancia á magistrados que no han leído á Casaregis cuando los autores del Código han dicho y entendido decir lo contrario de lo que dice este jurisperito italiano?

El informe al Tribunado acerca del título *De la Caución* fué hecho por Chabot, jurisperito muy superior á Troplong; su comentario acerca del título *De las Sucesiones* es

1 Treilhard, *Exposición de los motivos*, núm. 22 (Loché, t. VII, p. 419).

una obra maestra que permanecerá cuando se hayan olvidado ya los comentarios de Troplong. ¿Qué dice el Relator de la Sección de Legislación del Tribunado? Dice lo que acaba de decirnos el Orador del Gobierno: «Cuando el acreedor se puso en condición de no poder hacer al caucionante la subrogación de sus derechos é hipotecas el caucionante queda descargado. Entonces no tendría ya recurso tan seguro contra el deudor; y es justo que el acreedor, si quiere obligarlo á pagar, le confiera todos sus derechos contra el principal obligado.» (1) Así siempre es en la subrogación que se apoyan los autores del Código para justificar el descargo del caucionante; tenemos, pues, razón de llamarla la excepción de subrogación. Chabot, así como Treilhard, dicen una palabra que puede dar á sospechar que haya una relación entre la excepción de subrogación y la de excusión.

Se dice que el acreedor no contrae ninguna obligación para con el caucionante y que especialmente no se obliga á conservar las acciones que pertenecen al caucionante cuando paga la deuda. Este famoso argumento es el de Casaregis que Troplong opone á la jurisprudencia. Hay que entenderse: que el acreedor no contrae ninguna obligación por el contrato de caución nadie la duda, puesto que es de principio que la caución es una convención unilateral. ¿Quiere esto decir que por su hecho el acreedor pueda hacer imposible la subrogación que es una condición del compromiso del caucionante? Si lo hace la equidad, ya que no el derecho, pide que esté decaído el derecho de obrar contra el caucionante. Es también en la equidad, más bien que en el rigor del derecho, en que se funda la condición resolutoria tácita del art. 1184. Hé aquí lo que dice el Orador del Tribunado: «El fiador debe sin duda prohibirse todo lo que pudiera comprometer la garantía de la obligación que caucionó; pero por su parte el acreedor de-

1 Chabot, Informe núm. 26 (Loaré, t. VII, p. 427).

be prohibirse también todo lo que tendiera á quitar al fiador los medios de ser indemnizado de la caución que ministró. Es para mantener entre ellos este *deber de reciprocidad* por lo que el proyecto descarga al fiador de su obligación cuando la subrogación á los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor no puede ya, por el hecho de este acreedor, operarse en favor suyo.» (1) Lahary dice lo contrario de Casaregis; luego los autores del Código han ignorado la pretendida tradición que se opone al Código, ó no la tuvieron en cuenta. En todo caso hay que apartarla. Cuando, dice, los órganos de dos cuerpos deliberativos que han tomado parte en la redacción del Código Civil están acordados en el fundamento de esta disposición es al mismo tiempo clara y formal; se debe decir, con el *Libro Preliminar*, que es eludir la ley el prevalecerse del espíritu contra la letra.

305. Tenemos que decir algunas palabras de la jurisprudencia. ¿Merece ésta el desprecio que Troplong le da? La primera sentencia de la Corte de Casación contesta de antemano al reproche que Troplong dirige á la jurisprudencia en general: ignora, se dice, el argumento de Casaregis; impone al acreedor la obligación de conservar las garantías ligadas al crédito con el fin de subrogar á su caucionante; mientras que, en realidad, el acreedor no tiene ninguna obligación para con el caucionante. La Cámara Civil responde que el artículo 2037 no es en el fondo más que una aplicación de los artículos 1382 y 1383, y abraza, por consiguiente, la caución solidaria tanto como la caución simple. (2) En una sentencia posterior la Cámara de Requisiciones reprodujo el mismo argumento. (3) En derecho general, dice, cada uno es responsable del daño cau-

1 Lahary, Discurso núm. 29 (Loaré, t. VII, p. 443).

2 Denegada, Cámara Civil, 17 de Agosto de 1836 [Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 334].

3 Denegada, 20 de Marzo de 1843 (Daloz, *ibid.*, p. 599).

sado no sólo por su hecho sino también por su descuido; y el recurso del caucionante, solidario ó no, puede estar comprometido y aun aniquilado por el descuido del acreedor en conservar los derechos ligados á su crédito. Este principio, de rigurosa justicia y de equidad, consagrado por el art. 1383 está especialmente aplicado á la caución por el art. 2037. Este argumento nos deja alguna duda. En el fondo estamos de acuerdo; hay culpa por parte del acreedor en dejar perecer garantías en vista de las que el caucionante se comprometió; pero ¿es ésta una culpa contractual ó un cuasidelito? Los artículos que cita la Corte de Casación son relativos á los *compromisos que se forman sin convención*; tal es el rubro del título bajo el que se encuentran los arts. 1382 y 1383. Y cuando un caucionante se compromete hacia el acreedor hay un contrato; si el acreedor no está obligado en virtud de la convención á conservar los derechos ligado al crédito será difícil ver un cuasidelito en el hecho de dejarlos perecer. Creemos, con los oradores del Gobierno y del Tribunal, que hay una obligación á cargo del acreedor, ya sea que tenga su fuente en la equidad, ó en el derecho estricto, poco importa; lo seguro es que la ley la sanciona, y de hecho hay, por consiguiente, una obligación civil.

Las otras sentencias de la Corte de Casación no reproducen el argumento tomado en los arts. 1382 y 1383, se limitan á invocar el texto. ¿Es esto una interpretación *mecánica* como lo dice Troplong? ¿Y se debe echar de menos el antiguo régimen bajo el que los tribunales gozaban de un poder casi legislativo? Acerca de esta última cuestión mucho habría que decir, pero no es aquí el lugar de este debate. Tenemos códigos; resulta de esto que los intérpretes no tienen ya la libertad que tenían los antiguos jurisconsultos; ya no hacen el derecho, interpretan las leyes; y cuando estas son claras no hay lugar á interpretarlas, sólo hay que hacer

su aplicación. ¿Es tan obscuro el art. 2037 que se necesite pedir su explicación á una tradición que muy probablemente ignoraban los autores del Código? El art. 2037 habla del caucionante en general; de donde concluye la Corte de Casación que no está permitido distinguir entre el caucionante solidario y el simple caucionante. ¿Es esta una interpretación *mecánica y material*? La segunda sentencia que la Corte de Casación ha pronunciado en esta materia dice sencillamente que no existe ninguna distinción en el art. 2037 entre el caucionante solidario y el caucionante ordinario. No entra en la costumbre de la Corte de Casación desarrollar ampliamente los motivos en los que funda sus decisiones; no lo hace sobre todo cuando pronuncia una sentencia de denegado, es necesario entonces buscar los motivos de decidir en la sentencia que la Corte confirma. Y en el caso la Corte de Apelación había insistido en el argumento del texto; había hecho la más justa observación: que no sólo el artículo 2037 no designa entre el caucionante solidario y el caucionante simple sino que es continuación de artículos que evidentemente se aplican á uno y otro. (1) Este es el argumento del texto, no es ni seco ni mecánico. Es verdad que en las sentencias posteriores la Corte de Casación se limita siempre á citar el texto; pero estas decisiones, aunque lacónicas, son muy notables. Se invocaba la autoridad de Troplong, ya considerable; pues bien, la Corte no se toma la pena de contestarle. (2) ¿Quiso devolver desprecio por desprecio?

Hay un artículo que se podría invocar contra la jurisprudencia: es la disposición que parece asimilar completamente el caucionante solidario al deudor solidario; y el codeudor

1 Denegada, 9 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 1, 70). Denegada, 16 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 103). Denegada, Cámara Civil, 23 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 88).

2 Pau, 3 de Enero de 1824 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 334).

solidario, en la opinión general que hemos enseñado, no goza de la excepción del art. 2037 (t. XVII, núm. 342). La Corte de Pau ha contestado á la objeción y no creemos, según las colecciones de jurisprudencia, que haya sido reproducida ante la Corte de Casación. No es exacto decir que el art. 2021 identifica al caucionante solidario y al deudor solidario; la ley, como lo hemos dicho y repetido, sólo entiende negar al caucionante solidario el beneficio de excusión fundándose en el compromiso que tomó. Otra es la cuestión de saber si el caucionante solidario tiene la excepción de subrogación, puesto que en esta excepción, en la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado, no tiene nada de común el beneficio de excusión; y en principio nada hay incompatible entre el compromiso solidario que toma el caucionante y la excepción de subrogación, pues el caucionante solidario está subrogado tanto como el caucionante simple. Luego el art. 2021 no limita la disposición general del artículo 2037.

306. El art. 2037 dice que el caucionante está descargado cuando por el hecho del acreedor la subrogación á los derechos de éste, hipotecas y privilegios, no se puede operar. ¿Debe concluirse de esto que el descargo sea completo, es decir, que el caucionante quede libertado? El descargo puede ser absoluto, puede ser parcial, esto depende del perjuicio que el hecho del acreedor ha causado al caucionante. En efecto, el derecho que el art. 2037 concede al caucionante es una excepción que éste puede oponer á la acción del acreedor; la excepción está fundada en que el acreedor ha destruido, en todo ó en parte, las garantías que aseguraban el pago del crédito; si las garantías aseguraban el pago de toda la deuda y si perecieron por culpa del acreedor el caucionante estará completamente descargado; si sólo perecieron en parte el descargo será proporcional al perjuicio sufrido por el caucionante. Pothier lo dice del caso

en que la deuda está caucionada por varios fiadores; el acreedor remite la caución á uno de ellos, los demás quedarán descargados por la parte que el caucionante liberado debía sufrir en la deuda; el descargo no es total porque el hecho del acreedor no privó á los caucionantes más que de su recurso por una parte de la deuda, la que el fiador hubiera tenido que soportar; esto es el perjuicio que el acreedor les causa y la reparación no puede exceder el perjuicio. (1) Lo mismo sucede cuando la deuda está garantizada por hipotecas ó privilegios. Si para una deuda de 100,000 francos se hipotecan dos casas, cada una por valor de 50,000 francos, y si una de estas hipotecas perece por el hecho del acreedor, el caucionante estará descargado por la mitad; no puede serlo por el total, puesto que conserva la subrogación á una de las hipotecas, lo que le asegura el pago de la mitad de la deuda; no siendo su perjuicio más que por la mitad el descargo no puede ser por más. El cálculo no siempre es tan sencillo; se han prevalecido de estas dificultades de hecho para concluir que el descargo debía ser completo como lo quiere el texto de la ley. Desde luego ésta no dice que el descargo tiene necesariamente lugar por el todo; en vano se dice que el texto está concebido en términos generales; hay que distinguir, puesto que la necesidad de la distinción resulta del principio mismo que la ley establece; sería absurdo que la separación pasase del perjuicio. ¿Qué importan después de esto las dificultades de hecho? Estas dificultades existen siempre cuando se trata de valuar un daño que la culpa de una de las partes causa á la otra, y seguramente no se puede prevalecerse de ello para sostener que los daños y perjuicios deben siempre comprender el monto total del derecho. La Corte de Tolosa lo sentenció así en un caso en que el dador, después de haber embargado, en virtud de su privilegio, los muebles de la casa, levantó el embar-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 557.

go. ¿Cómo calcular exactamente el perjuicio causado por esta remesa y el descargo parcial que tenía que resultar de ella? ¿Cuál era el valor de los muebles gravados por el privilegio? ¿A qué precio hubieran podido venderse? Estas dificultades son reales, pero las dificultades de hecho no pueden hacer ilimitado un derecho que por su naturaleza es limitado. (1)

307. Por aplicación del mismo principio hay que decidir que el caucionante no estaría descargado, ni siquiera parcialmente, si las garantías perecieran por el todo por el hecho del acreedor, pero que estas garantías hubieran sido ineficaces, suponiendo que se conservaran. Tal fuera una hipoteca en bienes de 100,000 francos de valor para la seguridad de un crédito de 100,000 francos; la hipoteca perece por el hecho del acreedor, pero sucede que tenía preferencia para créditos anteriores que absorbían todo el valor del inmueble. Hubo culpa del acreedor en este caso, pero no hay perjuicio; desde luego no puede haber indemnización. Esta es la aplicación del principio elemental que rige los daños y perjuicios; sólo hay lugar á daños y perjuicios cuando hubo daño causado. La Corte de Casación lo sentenció así en una sentencia de principio. Si el caucionante queda así descargado esto es por indemnización; luego por razón del perjuicio que el hecho del acreedor causa al caucionante; cuando el daño es nulo no hay lugar á indemnizarlo descargándolo de su obligación. Y en el caso la sentencia atacada comprobaba que la transacción consentida por el acreedor en lugar de privar al caucionante de un recurso útil era, al contrario, de naturaleza á beneficiarlo; desde luego no podía tratarse de indemnización por un perjuicio que el caucionante no había sufrido. Hay, pues, siempre un punto de hecho que apre-

1 Tolosa, 2 de Enero de 1823 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 357). En el mismo sentido Aubry y Rau, t. IV, p. 696, nota 17, pfo. 429 y los autores que citan.

ciar. ¿El acreedor comprometió las garantías del caucionante? ¿Le causó un perjuicio? Esta apreciación pertenece á los tribunales, los que lo hacen según los elementos de la causa. (1)

La Corte ha aplicado este principio, por una sentencia posterior, al caso en que el acreedor había renunciado á una hipoteca; pero la sentencia atacada comprobaba que la hipoteca no tenía valor ni podía producir ningún efecto porque el precio del inmueble estaba absorbido por créditos anteriores. El acreedor había, pues, renunciado á un derecho puramente nominal; y, dice la Corte, el principio de equidad en que está fundado el art. 2037 no permite su aplicación cuando no hay perjuicio causado, ni siquiera culpa cometida. (2)

308. ¿Qué debe entenderse en el art. 2037 por *derechos, hipotecas y privilegios* del acreedor? ¿Son las garantías que existían cuando el contrato de caución ó deben también comprenderse las que el acreedor adquirió posteriormente? Es acerca de este último punto en el que hay dificultad y controversia. Si se admite el principio tal cual lo hemos formulado según Pothier y según los trabajos preparatorios (núms. 302-304) la solución no es dudosa. Pothier la da él mismo. Supone que uno de los fiadores no accedió á la obligación sino después de los otros: ¿si el acreedor hace remesa á éste de su caución podrán los demás oponerle la excepción *cedendarum actionum*? Nó, pues al obligarse no pudieron contar en un recurso contra este caucionante, puesto que aun no había caucionado la deuda. (3) La mayor parte de los autores modernos se apartan en este punto de la opinión de Pothier, fundándose en los términos generales

1 Casación, 8 de Mayo, de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 159).

2 Denegada, Cámara Civil, 19 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86). Compárese denegada, Cámara Civil, 6 de Agosto de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 402).

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 557. Esta era también la opinión de Du-moulin y de Basnage Pont, t. II, p. 186, nota 1).

del art. 2037. La jurisprudencia, al contrario, se ha pronunciado por la aplicación de la excepción, y creemos que tiene razón, contra los autores.

Es verdad que este es un motivo de duda: el que la ley hable en términos generales de los derechos del acreedor; luego de todos sus derechos, sin distinguir si existían cuando se obligó el caucionante ó si nacieron posteriormente. ¿Siendo general la ley está permitido al intérprete distinguir? Muchas veces hemos dicho que el principio que prohíbe al intérprete distinguir cuando la ley no lo hace es de muy delicada aplicación; es verdad en lo general porque introducir distinciones en la ley es modificarla, restringirla, lo que conduce á hacerla, y el intérprete no tiene seguramente este derecho. Pero si la necesidad de distinguir resulta del mismo principio que la ley establece y del motivo en el cual lo funda en este caso el intérprete puede y debe distinguir, pues su derecho y su deber es interpretar la ley ciñéndola en los límites que le puso el legislador; al no distinguir se violaría la ley, puesto que sería extenderla á un caso que el legislador no se propuso. Tal es la disposición del art. 2037. ¿Tiene por objeto derechos que nacen posteriormente al contrato por el que el caucionante accede á la obligación? Nó, pues resulta de las explicaciones dadas por los mismos autores de la ley que han considerado el descargo del caucionante como una aplicación del principio que rige las obligaciones recíprocas de las partes contrayentes; el caucionante se obliga á pagar, pero con la condición de que se le subrogará á los derechos del acreedor contra el deudor; por su parte el acreedor se obliga á conservar estos derechos, puesto que sin esta garantía el caucionante no se hubiera obligado. Luego por derechos del acreedor la ley entiende los derechos que tenía cuando la caución; es por razón de estas garantías por lo que se comprometió el caucionante; son éstas las que debe conservar el acreedor.

Se objeta que el caucionante está subrogado á todos los derechos que pertenecen al acreedor, aun á los que éste adquiere posteriormente al contrato. Esto es seguro; pero de esto no se puede concluir que el acreedor esté obligado á conservar estos derechos. Si el caucionante está subrogado á todos los derechos del acreedor es en virtud de la ley (arts. 2029 y 2051, 3.º); y si el acreedor debe conservar los derechos en vista de los que se comprometió el caucionante no es en virtud de la ley, es en virtud de la convención que interviene entre el acreedor y el fiador; luego hay que apegarse á la convención y ver á lo que se obligó el acreedor al contratar; y no se obligó más que á conservar las garantías por razón de las que el caucionante se comprometió; es decir, las que existían cuando el contrato, pues el caucionante no podía tener en vista seguridades que no existían cuando se ha comprometido. (1)

La cuestión fué siempre decidida en este sentido por la jurisprudencia. Según el Código Civil toda sentencia da al acreedor una hipoteca en los bienes de su deudor. ¿Esta hipoteca está comprendida entre las garantías que debe conservar el acreedor bajo pena de decaimiento? La Corte de Casación se pronunció por la negativa en una resolución pronunciada después de deliberada en Sala de Consejo y sobre las conclusiones contrarias del Abogado General Jaubert. Se trataba de la caución dada para una letra de cambio. La Corte de Caen resolvió que el portador estaba decaído del derecho de hacerse pagar por los endosantes, porque habiendo tomado inscripción de los bienes del girador había después levantado dicha inscripción y por esto había impedido la subrogación del caucionante á la hipoteca judicial. Esta sentencia fué casada. La Corte establece muy bien que la garantía á la que había renunciado el

1 Pont y los autores que cita (t. II, p. 186, nota 3). En sentido contrario, los autores citados, *ibid.*, nota 2.

acreedor no resultaba del contrato formado entre él y los caucionantes; en efecto, el Código de Comercio no obliga al portador de una letra de cambio más que á hacer constar la falta de pago y á notificar el acta de protesta en los plazos fijados al girador y á los endosantes. Mediante estas formalidades conserva todos sus derechos contra ellos. Ninguna ley obliga al portador á perseguir su pago por vía hipotecaria, ni siquiera á hacer promociones contra los deudores. Si, pues, el portador cree á propósito tomar inscripciones en sus bienes contra ellos ó ejercer promociones no habiendo sido ofrecidas por el contrato de cambio las ventajas y seguridades que pudieran resultar de estos actos puede desistirse de ellas sin comprometer ninguno de sus derechos contra los caucionantes; el art. 2037 es inaplicable. (1) La hipoteca judicial quedó abolida por nuestra Ley Hipotecaria; la dificultad no puede, pues, presentarse sino en el caso en que nuevas seguridades se hubieran estipulado en la convención.

309. No se necesita decir que el art. 2037 es inaplicable cuando el acreedor ha descuidado adquirir las garantías á las que debería estar subrogado el caucionante. La Corte de Pau lo juzgó así en un caso en que el acreedor había prometido emplear los fondos que le habían prestado para reembolsar un precio de venta, lo que habría dado al caucionante el privilegio del vendedor; pero esta promesa no se había aceptado ni realizado. El caucionante se pretendía, sin embargo, descargado. Su pretensión fué desechada por la Corte de Pau. La Corte dice que el art. 2037 no descarga al caucionante más que cuando el acreedor ha dejado perder por su culpa las seguridades que el contrato le confería y que no puede desde luego transmitírselas. Lo

1 Casación, 17 de Febrero de 1831. Denegada, 12 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra *Vales de comercio*, núm. 680). Casación, 27 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 470).

que supone que las seguridades constituyen para él un derecho cierto definitivamente adquirido y no una simple esperanza que dependía de la parte contratante de realizar ó desvanecer. En tanto que no hay derecho adquirido del acreedor no puede hacerlo perecer por su hecho: no causa, pues, ningún daño al caucionante y, por lo mismo, éste no puede invocar un beneficio que se funda en el perjuicio. La Corte comprueba después que el privilegio del vendedor no había sido transmitido por vía de subrogación al que había pedido prestado. Venta de un fundo en 4000 francos. El vendedor carga al comprador el pago de sus créditos. Para pagar los 4000 francos el comprador tomó sucesivamente 1000 y 3000 francos prestados, prometiendo al prestamista subrogarlo al privilegio del vendedor. Esta promesa no fué ni aceptada ni verificada; el adquirente en vez de pagar al vendedor disipó el dinero prestado; el prestamista se encontraba, pues, sin privilegio y, por consiguiente, el caucionante no podía ser subrogado. ¿Estaba descargado por esto de su caución? Nó, porque el prestamista no había hecho perecer una garantía que existía cuando el contrato había descuidado llenar las condiciones prescriptas por la ley para la adquisición del privilegio. Desde luego no se estaba en los términos del art. 2037. (1)

310. ¿Qué se debe entender en el art. 2037 por hechos del acreedor? ¿Es realmente un hecho positivo, tal como la renuncia á la hipoteca, ó también puede ser el simple descuido á consecuencia del cual el acreedor pierde sus derechos? Si se atiende uno al principio tal como lo han explicado los oradores del Gobierno y del Tribunado se debe decir que cualquiera falta del acreedor que tenga por consecuencia hacer perecer total ó parcialmente las garantías que

1 Pau, 25 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 245). Pont, t. II, p. 186, número 378.

aseguran el pago de la deuda atrae el descargo del caucionante. Se supone que éste se compromete bajo la condición de ser subrogado á los derechos del acreedor y que éste se obliga á conservar sus garantías. Desde que el acreedor no llena esta obligación es responsable; y no la llena solamente porque las garantías perecen por una falta que le es imputable; y las faltas se cometen por negligencia tanto como por un hecho positivo.

La jurisprudencia y la mayoría de los autores se han pronunciado en este sentido. (1) Hay, no obstante, un motivo para dudar: la tradición. Pothier dice que el simple descuido no es imputable al acreedor: da dos razones. El acreedor, dice, no está obligado á ceder sus acciones á los fiadores más que por una consideración de equidad; basta, pues, que trate de buena fe; es decir, que no haga nada contrario á esta obligación. Además, añade Pothier, el caucionante puede también, como el acreedor, conservar las garantías que pertenecen al crédito; cuando no vigila no se le recibe para que reproche un descuido del que no es culpable. Dejamos por el momento á un lado esta última razón que da lugar á una nueva dificultad; la primera suscita un punto de principio. Si la excepción del art. 2037 no tiene más fundamento que la equidad el legislador puede restringirla, y aun lo debe, porque si la aplicara con rigor, lastimaría la equidad; mientras que si la excepción es un derecho que el caucionante tiene por su contrato la equidad está fuera de causa, pues que no se la puede invocar contra un derecho contractual. En la opinión que hemos enseñado la cuestión está zanjada de antemano. Los autores del Código no hablan de la equidad (núm. 304); fundan la excepción del art. 2037 en la intención de las partes contrayentes, luego en un derecho, y en este terre-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, p. 694, nota 12, párrafo 429, y por Pont, t. II, p. 187, núm. 580.

no la solución no es dudosa. Separemos, pues, la tradición porque el legislador á la vez que mantiene la excepción de subrogación le ha dado otro carácter.

Es más difícil justificar la doctrina consagrada por la jurisprudencia; ésta, fiel á la tradición en cuanto al fundamento de la excepción, no deja nunca de invocar la equidad; desde luego parece que debiera haber debido también aceptar la consecuencia que Pothier deduce de ella y limitar la excepción á actos positivos que hicieron perecer el derecho del acreedor. ¿No será una inconsecuencia el admitir el principio y desechar su consecuencia? Se invoca el art. 1383 según el cual cada cual es responsable del daño que causó no sólo por su hecho sino también por su negligencia ó su imprudencia. El argumento está lejos de ser decisivo; el art. 1383 no habla de los cuasidelitos, mientras que, en el caso, se trata, según la jurisprudencia, de una obligación de equidad derivada del contrato. En nuestra opinión podemos prevalecernos del art. 1383 como de una razón de analogía, pues fundamos la excepción en una culpa, luego en la inejecución de una obligación, y el artículo 1383 habla también de una culpa; y en lo que se refiere á la cuestión de saber si hay culpa en *omitir* como la hay en *cometer* no hay diferencia entre el cuasicontrato y los contratos. En la opinión general al contrario, hay contradicción en invocar una disposición que supone la violación de un derecho cuando se niega que el caucionante tenga un verdadero derecho.

311. Quizá se deban atribuir á esta inconsecuencia las hesitaciones que se notan en la jurisprudencia cuando se trata de apreciar si hay negligencia ó no por parte del acreedor. Este no persigue al deudor, no continúa las promociones comenzadas; el deudor se vuelve insolvente; se pregunta si el caucionante demandado por el acreedor puede oponer á éste la excepción del art. 2037. En nuestro concepto

no lo puede si se admite el principio que la doctrina y la jurisprudencia han admitido generalmente. Se supone que cuando el vencimiento de la deuda el deudor era solvente; el acreedor hubiera podido ser pagado si lo hubiera exigido; si no lo hizo resultará que la subrogación operada por el pago no podrá ya hacerse útilmente en favor del caucionante, puesto que no tendrá recurso más que contra un insolvente; se está, pues, en el texto así como en el espíritu del art. 2037. Hay sentencias en este sentido.

El fisco tiene un privilegio para con sus créditos; el deudor muere, la sucesión es aceptada beneficiariamente; los bienes son vendidos, el fisco descuida de presentarse para ejercer su privilegio; se comienzan unas promociones y se interrumpen desde 1817 hasta 1833. Entonces la administración demanda al caucionante; éste contesta con la excepción del art. 2037; desechada la excepción en primera instancia la acoge la Corte de Apelación. Recurso de casación; la Cámara de Requisiciones la admite, la Cámara Civil la desecha. La sentencia de denegada comprueba el hecho de negligencia tal como lo había establecido la decisión atacada; y concluye que el art. 2037 era aplicable. Se objetaba en interés del fisco que el acreedor que no demanda al deudor ó que suspende sus promociones le concede por esto una prórroga de plazo, el que, según el art. 2039, no descarga al caucionante. La Corte contesta que no se trataba, en el caso, de una simple prórroga de plazo sino de una suspensión indefinida de las promociones concedidas por la administración, por la sola reclamación del deudor principal, y de la que nada comprobaba que el caucionante hubiera sido avisado; y es durante esta suspensión en la que todos los valores mobiliarios de la sucesión habían completamente desaparecido, sin que se hubiera intentado ninguna gestión, ningún acto conservatorio de los derechos y privilegios ligados al crédito del fisco, cuando aun podía haber

alguna esperanza de un cobro parcial. La Corte concluye de esto que juzgando según el conjunto y la apreciación de los hechos y circunstancias de la causa que fué por el descuido de la administración por lo que la subrogación á los derechos del tesoro no podía ya operarse en favor del caucionante y que, por consiguiente, éste quedaba descargado, y que en esto la sentencia atacada se había conformado á los principios del art. 2037. (1)

312. La defensa tomada en el art. 2039 que la Corte de Casación ha negado admitir en el caso que acabamos de citar fué acogida por ella en otros casos que tenemos que relatar con el fin de comprobar el verdadero estado de la jurisprudencia y poderla apreciar. Unos arrendatarios de aduana se obligan á pagar anticipadamente mes por mes. A falta de dicho pago así hecho la ciudad se reservaba el derecho de mandar entregar directamente á su caja municipal, por los receptores de aduana, los fondos procedentes de sus entradas. El padre de los adjudicatarios caucionó por cuenta justa el precio anual de la adjudicación. Los arrendatarios desaparecieron debiendo cuarenta días de rentas, de los que el receptor municipal no había exigido el pago anticipado. Acción de la ciudad contra el caucionante. Este opuso la excepción del art. 2037 admitida por el primer juez; fué desechada en apelación. La Corte se atiene á la letra del art. 2037 que no pronuncia el decaimiento del acreedor por falta de promociones al vencimiento; si además no resulta ninguna perención de derechos á los que el caucionante podrá ser subrogado; y, dice la Corte, la acción del caucionante, en el caso, quedaba entera. La Corte invoca también el art. 2039, según el cual la simple prórroga de plazo no descarga al caucionante. Recurso de casación por vio-

1 Denegada, Cámara Civil, 17 de Agosto de 1836 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 344). En el mismo sentido, Limoges, 28 de Marzo de 1844 [Dalloz, 1845, 2, 56].

lación del art. 2037 y falsa aplicación del art. 2039. El recurso fué desechado.

La Cámara de Requisiciones comienza por establecer en derecho que la ciudad podía conceder á los arrendatarios un plazo y suspender durante dicho plazo todas sus promociones, así como el ejercicio de los derechos que se tenía reservado, lo que hubiera hecho el art. 2039 aplicable. Y, dice la Corte, el plazo concedido por la ciudad á los arrendatarios de la aduana durante cuarenta días para el pago de lo que debían no difiere en nada de la prórroga de plazo estipulado en la convencion; los efectos deben, pues, ser los mismos. Según el art. 2039 el caucionante tenía derecho de demandar al deudor principal para obligarlo al pago; si no lo había hecho no podía hacer recaer en la ciudad la responsabilidad del daño que resultaba de su falta de cuidado (1).

Hay una sentencia en el mismo sentido de la Sala Civil. El acreedor había durado nueve años sin intentar promociones contra el deudor, muerto insolvente. El Tribunal de Primera Instancia aplicó el art. 2037; en el recurso intervino una sentencia de casación fundada en el art. 2039. «En presencia del derecho para promover dado al caucionante contra el descuido del acreedor, dijo la Corte, no se puede ver en el retardo, por prolongado que sea, en hacer promociones y en cualquiera época que sea acerca de la insolvencia del deudor, una causa impidiendo la subrogación del caucionante en los derechos del acreedor y dando lugar á la aplicación del art. 2037 sino sólo una prórroga de plazo que según el art. 2039 no produce este efecto.» (2)

Esta jurisprudencia nos deja alguna duda. No preguntaremos cómo se concilian las últimas sentencias con la prime-

1 Denegada, 17 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 359).

2 Casación, 8 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 269). En el mismo sentido, Nancy, 13 de Abril de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 104).

ra resolución de la Corte de Casación que admite la aplicación del art. 2037 en el caso en que el acreedor pone en perseguir al deudor una negligencia que se vuelve perjudicial al caucionante (núm. 311). En nuestro concepto es esta primer jurisprudencia la que es mejor; aparta el art. 2039 y considera la aplicación del art. 2037 como una cuestión de hecho. ¿Es verdad, como lo dicen las últimas sentencias de la Corte de Casación, que el hecho de no promover contra el deudor equivalga á una prórroga del plazo? Nó. (1) El art. 2039 decide la cuestión de saber si la prórroga de plazo implica novación y, por consiguiente, descargo del caucionante (núm. 278). Esto no tiene nada de común con el artículo 2037 que supone una culpa por parte del acreedor. Prorrogar un plazo no es una culpa, puede ser una acto útil al acreedor y al caucionante; en todo caso el caucionante tiene el derecho de promoción contra el deudor para obligarle á pagar, lo que supone que tiene aviso del convenio intervenido entre el acreedor y el caucionante; la ley concilia así los intereses de todas las partes.

No pasa lo mismo con el descuido que el acreedor tiene en no perseguir al deudor; esto es una culpa ó cuando menos puede serlo y perjudicar al caucionante. ¿Si el acreedor permanece largos años sin perseguir al deudor cuando éste es solvente y sin obrar contra el caucionante éste no debe creer que el deudor pagó? Podría, en verdad, promover contra el deudor en virtud del art. 2032, núm. 4, puesto que se supone que la deuda es exigible. ¿Pero cómo pensaría el caucionante en obrar cuando el deudor es solvente? ¿No debe suponer que el acreedor y que la deuda está pagada? Sin duda si no sabe que el acreedor descuida de promover la prudencia exige que use del derecho que le da el art. 2032. Si no lo hace es también culpable de negligencia: hay culpa de una parte y otra en estas circunstancias; habrá lugar

1 Compárese Lieja, 27 de Enero de 1864 (Pasicrisis, 1866, 2, 119).

á declarar responsable al acreedor en virtud del art. 2037 y pronunciar el descargo del caucionante? Volveremos á esta cuestión general de la culpa que puede imputarse al caucionante. En cuanto á la cuestión especial de descuido del acreedor en perseguir al deudor contestamos, con la primera sentencia de la Corte de Casación, que es una cuestión de hecho. ¿Hay culpa por parte del acreedor? ¿Esta culpa causa un perjuicio al caucionante comprometiendo su recurso contra el deudor? Tales son las cuestiones que se presentan en la aplicación del art. 2032. Estas son dificultades de hecho que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. No decimos, pues, en derecho que la falta de promociones descarga siempre al caucionante, al juez toca aplicar si esta falta de promociones es un descuido y una culpa y si resulta de ella un perjuicio para el caucionante.

313. ¿Está descargado el caucionante en virtud del artículo 2037 cuando tiene culpa? Contestaremos que la pregunta es más de hecho que de derecho. Se presenta también en la aplicación de los arts. 1382 y 1383. La jurisprudencia lo ha decidido en el sentido de que el autor del hecho perjudicial queda obligado, al menos en cierta medida, desde que hay una falta que reprocharle; el juez tendrá en cuenta la falta de la parte lesionada, disminuyendo los daños y perjuicios (t. XX, núms. 485-492). Se puede aplicar esta jurisprudencia, por analogía, al caso previsto por el art. 2037. La falta del caucionante no impide que el acreedor por su parte tenga culpa; el juez tendrá en cuenta las faltas recíprocas para no fallar más que el descargo parcial del caucionante; la reparación debe ser siempre proporcionada á la falta así como al perjuicio que resulta. El art. 2037 apoya esta doctrina; supone que es por el hecho del acreedor por lo que el caucionante no puede ser útilmente subrogado; si el juez decide que al caucionante se debe imputar este hecho no descargará al caucionante; si halla culpa del acreedor y

del caucionante podrá no descargar al caucionante más que parcialmente. Una decisión absoluta es imposible. (1)

314. La jurisprudencia parece contradictoria en esta materia, pero las decisiones de hecho, aunque contrarias en apariencia, pueden muy bien conciliarse por la diferencia de los hechos. Vamos á dar cuenta de la jurisprudencia; es difícil criticarla cuando la decisión depende de las circunstancias de la causa; solamente las decisiones nos parecen muy absolutas.

Una hipoteca perece por causa de renovación de inscripción; la Corte de Amiéns dice que la pérdida se debía á la negligencia del caucionante tanto como á la del acreedor y, por consiguiente, decidió que no había lugar á pronunciar el descargo del caucionante. En el recurso la Corte de Casación juzgó que la sentencia atacada no había violado el art. 2037 desechando la excepción de subrogación por motivo de que la pérdida de la hipoteca era menos imputable al caucionante que al acreedor. (2) Nos parece que la consecuencia no está en armonía con las premisas; si había igual falta en una y en otra parte el acreedor debía responder tanto como el caucionante, y, sin embargo, fué solamente en el caucionante en el que la Corte hizo recaer toda la responsabilidad.

La cuestión de renovación de la inscripción hipotecaria se complica con una dificultad de derecho en la que la jurisprudencia se divide: ¿se debe entender por hecho en el art. 2037 un hecho positivo, ó un hecho negativo de negligencia es suficiente? La Corte de Bruselas juzgó que al caucionante no se le recibía á reprochar al acreedor no haber

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 694, nota 13, pfo. 429; Pont, t. II, página 188, núm. 381.

2 Danegada, 12 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra *Vales de comercio*, núm. 680). Compárese Agón, 26 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 348).

renovado la inscripción cuando él mismo podía haberlo hecho ó al menos á interpelar al acreedor para que lo hiciera; que, además, esta negligencia del acreedor no es una falta grave. (1) En derecho esta decisión sería muy contestable: ¿Dónde se dice que la falta del acreedor debe ser grave? ¿Dónde que el caucionante deba interpelar al acreedor á conservar los derechos que en el espíritu del art. 2037 el acreedor debe conservar para el caucionante?

La Corte de Casación se refiere generalmente á las decisiones dadas por el juez del hecho. Se estipula una hipoteca sobre los bienes futuros del deudor. El caucionante perseguido reprochó al acreedor no haber tomado inscripción en un bien adquirido por el deudor. Pero la sentencia atacada comprobaba que el acreedor no había tenido conocimiento de esta adquisición; la Corte de Apelación dice que correspondía al caucionante, conocedor de todos los actos del deudor, dar aviso al acreedor; que no habiendo hecho nunca ningún acto para resguardar sus intereses se debía reprochar él mismo la pérdida que sufriera. La sentencia atacada concluyó que no había ninguna negligencia que reprochar al acreedor y que, por tanto, el art. 2037 era inaplicable. Juzgando así, dice la Corte de Casación, conforme á los hechos comprobados y cuya apreciación le pertenecía la sentencia atacada, lejos de violar el art. 2037, lo había aplicado con justicia. (2)

Esta es una decisión fundada en las circunstancias de la causa, y, en nuestro concepto, el art. 2037 siempre debería ser aplicado en esta materia. De que en la especie el caucionante fué declarado responsable de su inacción no se debe concluir que toca al caucionante tomar la iniciativa y apremiar al caucionante á conservar sus derechos. El artí-

1 Bruselas, 16 de Mayo de 1821 (Pasieris, 1821, p. 380). Compárese Rennes, 19 de Marzo de 1811; Casen, 3 de Julio de 1841 [Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 338].

2 Denegada, Cámara Civil, 28 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 40).

culo 2037 no decide esto; más bien dice lo contrario, pues que sólo habla del hecho del acreedor. La Corte de Casación juzgó, en este sentido, que nada impone á los caucionantes la obligación de un apremio; que corresponde al acreedor vigilar la conservación de sus derechos en interés del caucionante. (1)

Citaremos aún una sentencia de la Corte de Gante que confirma en gran parte nuestro modo de pensar. Las leyes aduanales y fiscales que permiten á la administración conceder créditos á los industriales vigilan los intereses del erario dando un privilegio en los muebles, una hipoteca en los inmuebles y el derecho de exigir una caución á satisfacción del recaudador. Por su parte la administración debe tomar inscripción de su hipoteca aun cuando la caución le ofreciera plena garantía; debe hacerlo en interés del caucionante. En efecto, dice la Corte de Gante, el acreedor está obligado á vigilar la conservación completa de todos sus derechos, privilegios é hipotecas, á fin de que el caucionante pueda aprovechar la subrogación que la ley ha hecho en su favor. Si la administración no toma inscripción en tiempo útil y que, por consiguiente, la hipoteca se hace ineficaz ocasiona al caucionante un daño, el que está obligado á reparar, y esta reparación consiste en la excepción que el caucionante puede oponerle en virtud del art. 2037. Poco importa que la administración no sea culpable más que de un descuido ú omisión; al no llenar la formalidad de la inscripción este descuido ú omisión tienen para el caucionante la misma consecuencia que un hecho positivo, pues que ocasionan al caucionante el mismo perjuicio. Se objetaba que el descuido podía imputarse al caucionante tanto como al acreedor, porque hubiera podido requerir la inscripción ó a menos poner al acreedor en apremio de hacerlo. La Corte contesta que la hipoteca se concedió en favor del erario;

1 Denegada, 4 de Julio de de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 485).

que toca, pues, á la administración tomar las medidas necesarias para hacerla eficaz y para conservarla; la ley no obliga á los caucionantes á conservar los derechos del acreedor aunque tengan interés en hacerlo, obliga al acreedor á conservar sus derechos en provecho del caucionante. (1) Tales son los verdaderos principios; la aplicación puede, por lo demás, variar conforme á las circunstancias de la causa, puesto que se trata de una culpa de responsabilidad y de perjuicio.

315. El art. 2037 declara al caucionante descargado cuando por el hecho del acreedor la subrogación á sus derechos no puede ya operarse en provecho del caucionante. ¿Se debe concluir de aquí que el descargo no tiene lugar si el derecho subsiste aunque por el descuido del acreedor no le preste la seguridad que había estipulado ni, por consiguiente, al caucionante la garantía en la que contaba? Se enseña así y se critica una sentencia de la Corte de Casación que decidió la cuestión en sentido contrario. (2) En nuestro concepto la sentencia está bien fallada. Hé aquí la especie. El acreedor había estipulado una hipoteca de un bosque; la superficie formaba un elemento esencial de esta garantía y el deudor vendió casi toda la superficie haciendo cortes anticipados. Estos deterioros en el inmueble hipotecado daban al acreedor el derecho de exigir el reembolso del crédito, á no ser que quisiera conformarse con un suplemento de hipoteca (art. 2131 y Ley Hipotecaria, artículo 76). El acreedor permanecía en la inacción, ni siquiera hizo actos conservatorios oponiéndose al pago del precio de los cortes vendidos; dejó así alterarse en enorme proporción la prenda en la que contaba el caucionante. La Corte de Casación concluyó de esto que el acreedor había cometido una grave negligencia, que se había puesto en la imposibilidad

1 Gante, 25 de Julio de 1853 (Pasieris, 1853, 2, 301).

2 Pont, t. II, p. 189, núm. 382.

de operar una subrogación *útil* en favor del caucionante, lo que hacía aplicable el art. 2037. (1) La palabra *útil* que la Corte agrega no se encuentra en el art. 2037, pero los principios y el espíritu de la ley confirman la interpretación de la Corte. Acabamos de citar las disposiciones del Código Civil y de nuestra Ley Hipotecaria que hacen la deuda exigible cuando el deudor disminuye por su hecho las seguridades que tenía dadas á su acreedor (art. 1188); el deudor falta á la ley del contrato. Por su parte el acreedor falta á la ley de su contrato con el caucionante dejando deteriorarse el inmueble hipotecado en el que el caucionante cuenta para el reembolso de su crédito; por tanto, debe reparar el daño que su descuido causa al caucionante. Se diría en vano que la hipoteca subsiste; los arts. 1188 y 2131 (Ley Hipotecaria, art. 76) prueban que la garantía hipotecaria no existe ya, puesto que la ley declara al deudor decaído del beneficio del plazo; luego la subrogación á la hipoteca no se opera tampoco tal cual debía en la intención de las partes; es una subrogación decisoria la del caucionante en un derecho que no tiene ya valor. La Corte de Casación tiene, pues, razón de agregar que la subrogación debe ser *útil*; si no lo es no puede decirse que existe.

316. ¿Cuál es el efecto del descargo que la ley concede al caucionante en el caso del art. 2037? Ya hemos contestado á la pregunta. El descargo no tiene lugar de plano, puesto que no se trata de una condición resolutoria expresa; cuando más puede decirse que es tácita; mejor dicho, la ley es la que permite al caucionante oponer su descargo al acreedor que lo demanda; de ahí el término de *excepción* que se emplea en la doctrina para calificar el derecho del caucionante (núm. 302). El descargo no siempre es total; es proporcional al perjuicio sufrido (núms. 306 y 304). Fué sentenciado que la excepción es perentoria; en efecto, nu-

1 Denegada, 23 de Mayo de 1833 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 42).

lifica la demanda operando la extinción de la caución. De esto se sigue que puede ser opuesta en apelación como la excepción del pago; no es una mera demanda que tenga que pasar por los dos grados de jurisdicción, es una defensa de la acción principal. (1)

Núm. 2. Aplicaciones.

317. Es de principio que el Estado esté sometido al derecho común; se le debe, pues, aplicar la disposición del artículo 2037; ya hemos dado ejemplos de ello (núm. 314). El Estado, como persona civil, no puede cometer faltas ni ser responsable del daño que causa, pero responde á título de comitente del hecho de sus empleados. Si, pues, por el hecho de un empleado la administración no puede subrogar al caucionante á sus derechos, privilegios é hipotecas, el caucionante queda descargado para con él. La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios en el caso siguiente. Recibos caucionados fueron entregados á un batelero por tres chalanes de mercancías que conducía á condición de pagar los derechos de navegación en el último despacho por el que pasara. Los bateles podían ser detenidos hasta el pago de derechos. En lugar de exigir el pago y detener los chalanes en caso necesario el receptor entregó un nuevo recibo caucionado para otro destino. El caucionante, demandado por la administración, le opuso el art. 2037. La defensa fué admitida por una sentencia de denegada en la Sala Civil. Sin la imprudente entrega de un nuevo recibo caucionado, dice la Corte de Casación, los chalanes hubieran sido detenidos y la aduana hubiera conservado para sí ó para el caucionante subrogado á sus derechos la garantía que resultaba de las mercancías y medios de transporte. Este derecho fué perdido por el hecho

1 Lieja, 23 de Abril de 1863 (Pasicrisia, 1863, 2, 181).

del receptor, del que el Estado era civilmente responsable; luego el caucionante se encontraba descargado en virtud del art. 2037. (1)

318. Venta de vinos al contado, debiéndose pagar el precio en la entrega. Los vinos fueron entregados sin que el vendedor exigiera el precio total; concedió un plazo al comprador, por parte del precio, mediante pago de intereses. Por falta del pago del precio el vendedor demandó al caucionante. Este opuso el art. 2037. El vendedor pretendió que había simplemente prorrogado el plazo, lo que, según el art. 2039, no descarga al caucionante. Fué sentenciado que el vendedor no había hecho más que prorrogar el plazo, que había renunciado el derecho de retención de las mercancías vendidas, derecho que le hubiera asegurado á él y al caucionante el pago del precio; este era, pues, el caso de aplicar el art. 2037. (2)

319. Cuando el acreedor levanta la hipoteca del deudor es evidente que el caucionante queda descargado, puesto que la subrogación á la garantía hipotecaria se hace imposible por el hecho del acreedor. (3) Esto es tan evidente cuando el acreedor renuncia á la hipoteca general gravando los bienes futuros del deudor y se conforma con una hipoteca especial. (4) ¿Sucede lo mismo cuando el acreedor descuida de tomar inscripción ó de renovarla? Esta cuestión suscita una cuestión de derecho: ¿exige la ley un hecho positivo ó basta con una omisión ó un descuido? La jurisprudencia confirma en general la doctrina que hemos enseñado. El legislador, dice la Corte de La Haya, quiere que el acreedor cuide de conservar los derechos del caucionante en el mismo estado en que se encontraban cuando la caución fué contraída, porque el caucionante no entendió

1 Denegada, Cámara Civil, 18 de Diciembre de 1844 [Dalloz, 1845, 1, 47].

2 Denegada, 8 de Agosto de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 240).

3 Burdeos, 19 de Agosto de 1822 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 339).

4 Rennes, 23 de Marzo de 1814 (Dalloz, *ibid.*, núm. 340).

obligarse más que con la seguridad de ser plenamente subrogado á los derechos del acreedor; el *derecho* y la *equidad* lo exigen así. (1) La Corte de Burdeos dice asimismo que el acreedor está obligado á cuidar la conservación de sus garantías con el fin de transmitir las al caucionante, que si por su incuria se pone fuera de estado de hacerlo tiene que responder. (2)

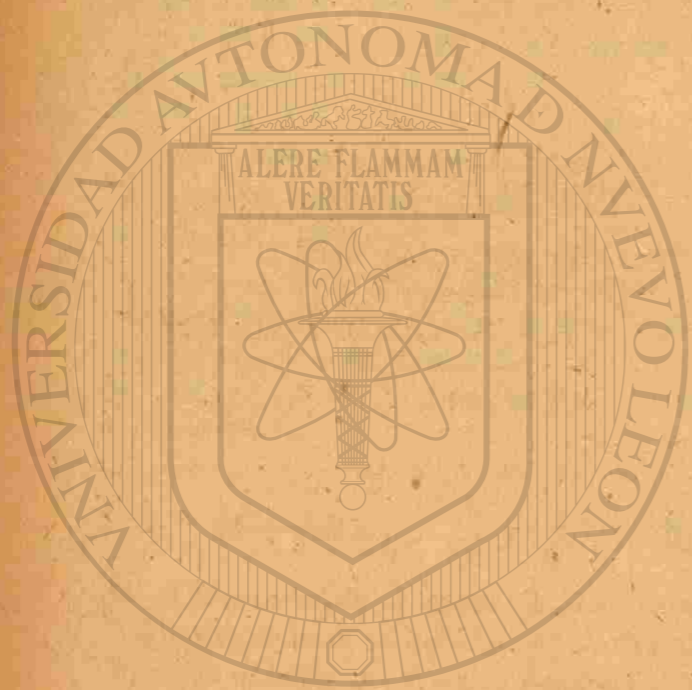
320. La ley da á los acreedores del difunto cuya sucesión fué pura y simplemente aceptada el derecho de pedir la separación de bienes, derecho que les hace conservar su prenda en los bienes del deudor contra los acreedores del heredero. Si un acreedor descuida pedir la separación de bienes de patrimonios, y si á consecuencia de la insolvencia del heredero la subrogación del caucionante se hace ineficaz, ¿puede éste reclamar su descargo en virtud del artículo 2037? Se juzgó así, pero la decisión fué casada, como debía serlo. En efecto, la separación de patrimonios no es una seguridad que pertenece al crédito y que debe conservar el acreedor, es un beneficio que la ley da á los acreedores para ponerlos al abrigo del peligro de la insolvencia del heredero en el caso en que éste acepte pura y simplemente la sucesión del difunto. Es, pues, una garantía que el acreedor adquiere á la muerte de su deudor si llena las formalidades prescritas por la ley; y el acreedor no está obligado á adquirir nuevas garantías á consecuencia de acontecimientos ocurridos después del contrato (núm. 309). Lo que es decisivo. (3)

321. Se ha sostenido que el hecho de pedir la declaración de quiebra del deudor descarga al caucionante. Es verdad que por la quiebra del deudor el caucionante pierde una parte de su crédito, pero esta pérdida no es imputable al acreedor, resulta del mal estado de los negocios del deudor:

- 1 La Haya, 13 de Febrero de 1829 (Pasiorisia, 1829, p. 61).
- 2 Burdeos, 21 de Abril de 1839 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 341).
- 3 Casación, 8 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 269).

éste no puede ser declarado en quiebra más que cuando deja de pagar, y la suspensión de pagos no es el hecho del acreedor. Las promociones de éste pueden algunas veces ser prematuras en el sentido de que si no hubiera hecho que se declarara la quiebra los negocios del deudor habrían podido restablecerse; pero aun cuando fuera así sería difícil considerar como una culpa promociones que son el ejercicio de un derecho. En la especie que se presentó ante la Corte de Casación la sentencia atacada comprobaba que la declaración de quiebra era tardía más bien que prematura; había impedido la completa nulificación del activo del quebrado y había hecho soportar á la masa valores de importancia; de modo que, lejos de haber causado un perjuicio cualquiera, había, por el contrario, beneficiado tanto al acreedor caucionado como al caucionante mismo. No había, pues, ninguna culpa por parte del acreedor; no quedaba más que el ejercicio de un derecho, lo que alejaba el artículo 2037. (1)

1 Danegada, 7 de Abril de 1869 [Daloz, 1871, 1, 53].



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA



TITULO XVI.

(TÍTULO XV DEL CÓDIGO CIVIL).

DE LAS TRANSACCIONES. (1)

CAPITULO I.

NOCIONES GENERALES.

SECCION I.—Definición y caracteres.

322. Bigot-Prémeneu dice en la *Exposición de los Motivos* de nuestro título: «De todos los medios para dar fin á las diferencias que hacen nacer en el hombre sus múltiples y variadas relaciones la más feliz en todos sus efectos es la transacción, contrato por el cual se terminan pleitos existentes ó se evitan las contestaciones por nacer. Cada parte sacrifica una parte de la utilidad que esperara para no resentir la pérdida que hay que temer; y aunque una de las partes se desista completamente de su pretensión se determinan por el grave interés de restablecer la unión y de garantizarse de las moras, gastos é inquietudes del proceso. (2)

1 Marbeau, *Tratado de las transacciones*, 1 vol. [París, 1832]. Rigal, *Tratado de las transacciones* (París, 1834), 1 vol. Troplong, *De las transacciones*, 1 vol. (París, 1846), Pont, *De los pequeños contratos*, t. II.

2 Bigot-Prémeneu, *Exposición de los motivos*, núm. 2 (Loché, t. VII, página 458).

El Relator del Tribunado dice también que las transacciones merecen más en particular el favor de la ley, cuyo objeto final debe ser el de mantener la paz de los hombres. Albisson esperaba que estando las leyes nuevas redactadas en un lenguaje conocido por todos cada uno podría consultarlas sin estar obligado á recurrir á otro y hacerse justicia por sí mismo. (1)

La Asamblea Constituyente abrigaba las mismas esperanzas cuando organizó los juzgados de paz, cuyo nombre indica su misión; quería que en cada cantón hubiese un magistrado encargado de conciliar á las partes aconsejándolas terminar sus diferencias por transacciones.

De esta manera se explica la disposición bastante singular que se encuentra á la cabeza de la ley de organización judicial de 1790 y que reprodujo la constitución del año III; decía que «el legislador se prohibía dar alguna disposición que tendiera á disminuir, ya el favor, ya la eficacia de las transacciones.»

Tal vez había en esta disposición una protesta contra un abuso aun más extraño de que se habían hecho culpables en la Edad Media unos jueces de Iglesia que por espíritu de dominio y por amor al lucro habían prohibido las transacciones. (2)

¡Qué olvido de la caridad cristiana entre los hombres que hacían justicia en nombre de Cristo! Los verdaderos discípulos de Jesucristo eran los hombres de la Revolución que intentaron establecer la paz entre los pueblos y la unión de los conciudadanos.

Ya hemos dicho en otro lugar que la paz no es el ideal de la humanidad, es más bien el reinado del derecho el que es nuestro ideal. Se debe decir otro tanto de la paz que la Asamblea Constituyente, y después los autores del Código

1 Albisson, Informe núm. 2 (Loché, t. VII, p. 463).

2 Véase nuestro *Estudio sobre la Iglesia y el Estado*.

Civil, esperaban establecer entre los hombres por vía de transacciones. Sin duda que los procesos son malos, pero también lo es el sacrificio del derecho para mantener la paz. Es cierto que si la justicia fuera lo que debe ser los litigantes no pensarían en transar. Las moras y los gastos del proceso no son precisamente de la esencia de la distribución de justicia; el deber del legislador es el de organizar una justicia pronta y poco costosa. Hé aquí un ideal que sólo es un sueño, como el sueño de la paz permanente. Los intereses y las pasiones darán siempre motivo á procesos y las causas que les dan nacimiento impiden lo más amenudo terminarlos por transacciones. ¡Que el legislador cuide cuando menos de que la decisión sea pronta y que no se pueda decir, como se hace hoy, que se pierde, aunque se ganen los procesos!

323. Se ha hecho notar que Pothier no escribió un tratado acerca de la transacción y que la redacción del Código se resintió de ello. (1) Esto es un título de gloria para el gran juriconsulto, que es el verdadero autor del Código Civil. A falta de Pothier el legislador se inspiró en Domat, guía menos seguro porque es un espíritu filosófico más bien que un práctico. Es en Domat en quien el legislador tomó la definición de la transacción que da el art. 2044: «La transacción es un contrato por el que las partes terminan un proceso ó evitan que nazca uno.» Todos los autores critican esta definición; dicen, y con razón, que se puede aplicarla á actos que no son transacciones y que no contienen los elementos esenciales que distinguen este contrato. El desistimiento que el demandante hace de sus pretensiones termina el proceso, y, no obstante, no es una transacción, ni siquiera es una convención, es un acto unilateral que el demandado no tiene que aceptar. Asimismo la aceptación pura y simple de la acción formada contra el demandado

1 Pent, t. II, p. 222, núm. 455.

termina también el proceso, y tampoco es esto una transacción. No es esto una querrela de palabras que se hace á la definición del Código; los actos que comprende son de muy distinta naturaleza. Así el tutor puede aceptar una demanda con la sola autorización del consejo de familia (art. 464); para transar le es necesario, además de esta autorización, el parecer de tres jurisperitos designados por el Procurador Real y la homologación del tribunal (art. 467). (1) Lo que distingue la transacción de los otros hechos jurídicos cuyo objeto es igualmente terminar un proceso es que implica un sacrificio recíproco, mientras que el desistimiento y la aceptación son una renuncia unilateral del demandante ó del defensor. Hay, pues, que agregar al art. 2044 que las partes, al transar, renuncian á una parte de sus pretensiones ó se hacen recíprocas concesiones. (2) Es según esta definición, así completada, como vamos á determinar las condiciones requeridas para la existencia de la transacción.

324. La transacción termina una *contestación* nacida ó evita que una *contestación* nazca. Es, pues, necesario que el derecho esté contestado ó susceptible de serlo; por consiguiente, el derecho tiene que ser dudoso; es por razón de esta duda por lo que las partes transan. La Exposición de los Motivos lo dice: «Un derecho dudoso es la certeza de que las partes han entendido balancear y fijar sus intereses; tales son los caracteres que distinguen y que constituyen la naturaleza de este contrato.» Mejor es decir que son la *esencia* de la transacción, pues si el derecho estuviera seguro ya no habría motivo jurídico para transar, la transacción na tendría objeto; de donde se sigue que estaría sin causa; por tanto, inexistente (art. 1031). «No habría transacción, dice Bigot-Prémeneu, si no tuviera por objeto un derecho

1 Durantón, t. XXVIII, p. 435, núm. 391, y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 656, pfo. 418 (4.ª edición).

dudoso.» (1) Esta es la aplicación de los principios que hemos expuesto en otro lugar acerca de las condiciones requeridas para la existencia de los contratos.

325. ¿Cuándo hay un derecho dudoso? La cuestión parece ser de derecho y que el juez debe decidirla según las leyes que rigen el objeto de la transacción. Este modo de apreciar la duda no es exacto. La transacción es un contrato que interviene entre personas extrañas al estudio del derecho; es, pues, bajo el punto de vista de las partes contratantes en el que hay que colocarse para decidir si han considerado la diferencia que los divide como dudosa. La duda que presenta una cuestión de derecho es cosa enteramente relativa. ¡Cuántas veces hemos dicho que, en nuestro concepto, la solución de tal dificultad no era dudosa, cualquiera que fuera el objeto de la controversia! Esto no impide que se transe válidamente en todo punto controvertido. Hay que ir más allá: muchas contestaciones que no son dudosas para el jurisperito pueden serlo mucho para las partes que transan; todo lo que resulta de su ignorancia es que se equivecan en el punto de derecho, y la ley no permite atacar las transacciones por causa de error de derecho (art. 2052). Luego aunque la duda de las partes no tuviera ningún fundamento basta que haya duda para que la transacción tenga una causa; esto es, que podría haber proceso; y este proceso es posible desde que las partes dudan. (2) La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad muy delicada. Un sacerdote no juramentado se vió obligado á partir de Francia. En virtud de la ley de 22 Fructidor, año III, sus bienes fueron secuestrados y concedidos á sus presuntos herederos. En este número estaba una

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 2 [Loaré, t. VII, página 458.

2 Accarias, *Estudio sobre la transacción*, núm. 74. Durantón, t. XVIII, página 446, núm. 398. Compárese Pont, t. I, p. 282, núm. 570, y los autores que cita.

sobrina suya que casó en el año VI, haciendo donación de sus bienes á su marido para el caso en que se muriera sin hijos. En el año X el sacerdote volvió á Francia y fué á vivir con su sobrina y volvió á la administración de sus bienes. ¿Hubo renuncia de la sobrina al beneficio de la ley del año III ó el sacerdote, según la costumbre de su orden, no hizo ningun aprecio de las leyes de la Revolución? No se sabe. Después de la muerte de su sobrina un proceso se promovió entre el marido y el sacerdote; aquél pretendía ejercer los derechos que procedían de la donación de todos los bienes de su mujer, comprendiendo los del cura. En el año XIII las partes transaron. Esta transacción fué atacada y anulada como siendo sin causa ó por causa falsa. Recurso de casación. El demandante sostuvo que había una causa de transacción por sólo esto: que las partes tenían un proceso. Y suponiendo que el sacerdote estuviera despojado de sus bienes para con la ley civil la ley natural imponía á sus herederos el deber de devolvérselos. Esta obligación natural, dice el recurso, basta para que haya justa causa de transacción. La sentencia de la Corte de Agén, que había declarado nula la transacción, mejor dicho, inexistente, fué casada después de deliberación en Sala de Consejo. La Corte de Casación comienza por decir que había entre ambas partes un proceso en el que transaron. Ahí no estaba la verdadera dificultad: se trataba de saber si había *duda* ó si el derecho objeto de la transacción era seguro. La Corte dió otro giro á la cuestión; el marido, donatario de su mujer, conocía la ley que atribuía los bienes del sacerdote no juramentado á sus herederos; si no se prevaleció de ella es porque no quiso ó porque se equivocaba acerca del alcance de la ley; en una y otra hipótesis había una causa. En cuanto al error de derecho si existía no daba lugar á nulidad (artículo 2052). En definitiva, la sentencia atacada había considerado como una falsa causa lo que en realidad era una

cesión resultante de un error de derecho; había, pues, falsamente aplicado el art. 1131 y violado el 2052. (1)

Esta resolución nos parece discutible. ¿Había duda en el espíritu de las partes contratantes? En derecho seguramente la cuestión no era dudosa; la ley era terminante. Pero las partes podían creer que había duda suficiente para dar lugar á un litigio. Este punto no estaba establecido; debiera haberlo sido para validar la transacción. Al declarar la transacción inexistente la sentencia atacada juzgaba implícitamente que no había derecho dudoso. ¿La Corte de Casación podía reconocer esta apreciación? Sólo había un medio de validar la transacción: era considerar la obligación de restituir los bienes confiscados como una obligación natural; se hizo valer este motivo, (2) pero la Corte de Casación no lo dice, y si se admite la doctrina que hemos expuesto acerca de las deudas naturales es difícil considerar como una obligación natural un deber de conciencia; mejor dicho, una simple delicadeza; no puede haber obligación natural prevaleciendo á una ley de orden público; esto sería inclinar á los ciudadanos á no observarla.

326. ¿Pueden las partes transigir todavía cuando el proceso está terminado por una sentencia? Cuando la sentencia puede ser atacada por las vías ordinarias la afirmativa es segura; en efecto, la apelación nulifica la sentencia y, por consiguiente, el pleito subsiste. No sucede lo mismo con el recurso de casación; no impide que haya un derecho adquirido, un derecho que la parte que obtuvo puede poner en ejecución, apesar del recurso; luego no hay ya derecho dudoso. La Exposición de los Motivos agrega una restricción á esta doctrina: si los medios de casación presentaran

1 Casación, 22 de Julio de 1811. (Dalloz, en la palabra *Transacción*, número 137, 2.º)

2 Compárese Pont, t. II, p. 283, núm. 571.

una cuestión dudosa las partes podrían transar acerca de esta cuestión. (1)

327. Hemos dicho que la transacción implica la necesidad de un sacrificio recíproco. Esta es la decisión de las leyes romanas. "No hay transacción si no se da ó no se promete nada ó si no se retiene algo." Domat ha contestado este principio; dice que no debe tomarse á la letra la ley romana, que se puede transar sin dar nada y sin prometer nada, ni retener. "Así, agrega Domat, aquel que se pretendiera ser caucionante de otro podría quedar descargado de esta demanda por una transacción, sin que por una y otra nada se diera, prometiera ó retuviera." Se ha respondido, con razón, que este descargo es en realidad válido, pero que no es una transacción, sería un desistimiento ó una simple renuncia; y si la transacción implica renuncia es seguro que toda renuncia no es una transacción. Bigot-Prémeneu reproduce la doctrina de Domat; dice que hay transacción cuando una de las partes se *desiste enteramente* de sus pretensiones. Esto es un error, pues el desistimiento es un hecho unilateral y la transacción es un contrato sinalagmático, lo que supone que cada parte contrae una obligación, y en la transacción esta obligación consiste en renunciar á una parte de las pretensiones. El error de Domat, aunque lo reproduzca el Orador del Gobierno, no puede cambiar la naturaleza de las cosas. (2)

328. Se sigue de esto que la transacción es un contrato sinalagmático; de ahí la consecuencia de que las formalidades prescriptas por el art. 1325 deben ser observadas cuando las partes redactan una acta privada de sus convenciones. Por una consecuencia del mismo principio

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 14 (Locré, t. VII, página 461). Casación, 16 Predial, año VII (Dalloz, en la palabra *Transacción*, núm. 108).

2 Esta es la opinión generalmente seguida. Véanse los testimonios en *Prat*, t. II, p. 230, núm. 472, y *Aubry y Rau*, t. IV, p. 657, nota 7, pfo. 418.

la condición resolutoria está subentendida en la transacción para el caso en que una de las partes no cumpliera su obligación. La Corte de Casación ha cometido, á este respecto, un extraño error. En 1668 Luis XIV concedió al Duque de Turena las salinas de Borgoña. La municipalidad formó oposición á las cartas patentes; en 1681 intervino un trato entre el cesionario y la municipalidad. Por este tratado el Duque se obligaba á proceder al desagüe de los pantanos en un plazo de cinco años y la municipalidad le abandonaba las seis décimas partes de los pantanos secados. El desagüe fué operado en 1814. En 1826 acción de los concesionarios contra la municipalidad. Esta pretendió que el tratado estaba resuelto por causa de inejecución de los compromisos. La defensa, desechada por el Tribunal de Primera Instancia, fué acogida por la Corte de Apelación y por la Corte de Casación. Esta dijo que por la larga inejecución de las convenciones intervenidas en 1681 la comunidad estaba liberada de sus compromisos. (1) Esto era un doble error. Desde luego la condición resolutoria tácita no existía en el derecho antiguo; además, la condición resolutoria tácita no resuelve el contrato de plano.

329. Las transacciones están regidas por principios especiales; tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada; no pueden ser atacadas por causa de error de derecho ni por causa de lesión (art. 2052). Para poner sus convenciones al abrigo de la acción de nulidad ó de rescisión por causa de lesión sucede algunas veces que las partes las califican de transacciones y les dan la apariencia de este contrato. Se entiende que la realidad prevalece sobre la ficción, sobre todo cuando ésta tiene por objeto eludir la ley; la parte interesada estará admitida á probar cuál es el verdadero carácter de la convención, y, por consiguiente, la ac-

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1833 [Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1198].

ción de nulidad ó de rescisión se admitirá según el derecho común. El Código contiene una aplicación de este principio; permite rescindir la partición cuando uno de los coherederos establece, á su perjuicio, una lesión de más de una cuarta parte; después prevee el caso en que el acta que tiene por objeto hacer cesar la indivisión fuera calificada de transacción, y decide que la acción de rescisión se admite contra esta acta; no hay lugar á aplicar el art. 2052, puesto que no se trata de una verdadera transacción. Pero si después de la partición se presentan dificultades reales entre los copartícipes y que transen esta transacción cae bajo la aplicación del art. 2052 y, por consiguiente, podrá ser atacada por causa de lesión (arts. 887 y 888.) Transladamos á lo dicho acerca de este punto en el título *De las Sucesiones*.

Poco importa la calificación que las partes han dado al acta, poco importan sus pretensiones, los efectos de una convención no dependen del nombre que las partes le dieron ni del sentido que le atribuyeron; los contratos son leyes que los jueces interpretan según la intención que las partes han tenido al contratar. Un deudor amenazado con promociones correccionales por abuso de confianza obtuvo una suspensión comprometiéndose á pagar al acreedor en un plazo fijado. Después de fenecido el plazo el acreedor volvió á promover. El deudor le opuso que había transacción. Fué sentenciado que los elementos esenciales de la transacción hacían falta; no había derecho litigioso ni concesiones recíprocas hechas por ambas partes; el acreedor sólo había suspendido sus promociones bajo una condición que desfalliese. (1)

Por contra puede suceder que una convención sea una transacción sin que las partes le hayan dado este nombre.

1 Burdeos, 21 de Julio de 1830 [Sirey, 1830, 2, 236]. Véanse otros ejemplos en Pont, t. II, p. 235, núm. 483.

Un acreedor concede una reducción de un crédito á sus deudores. El trato no señala ninguna contestación acerca del crédito ni acerca de su cantidad. Se dice solamente que los esposos deudores habían rogado al acreedor apiadarse de ellos y que éste, enterneado por su desgracia, había consentido en concederles la remesa que solicitaban. Más tarde los deudores atacaron esta convención por falta de causa. El acreedor les objetó que había transacción. Después de largos debates el negocio fué llevado ante la Corte de Angérs por devolución. Esta Corte resolvió que la convención presentaba los caracteres de una transacción. El demandante había reclamado una suma de 60,000 francos; ya las partes habían escogido un abogado; había, pues, una contestación que iba á ser llevada ante los tribunales. Por intermedio de los abogados el litigio fué acomodado y el crédito reducido á 30,000 francos. Así la convención versaba en un derecho dudoso; esto era tan verdadero que los demandantes pretendieron más tarde no deber nada; cada parte hacía, pues, un sacrificio; el demandante reduciendo su demanda por la mitad, los demandados conformándose en pagar la mitad. Recurso de casación. La Cámara de Requisiciones desechó el recurso por motivo de que la convención litigiosa había sido justamente calificada de transacción, puesto que tenía por objeto terminar un litigio nacido desde aquel momento y que se había renovado después. (1)

330. Los compromisos tienen una grande analogía con la transacción; ambas convenciones tienen por objeto terminar un proceso. Hay, sin embargo, una diferencia esencial: es que por el compromiso las partes constituyen un juez á su elección encargado de fallar; mientras que en la

1 Angérs, 15 de Junio de 1861 (Daloz, 1861, 2, 130), y denegada, 23 de Agosto de 1862 (Daloz, 1862, 1, 456); Denegada 16 de Junio de 1875 (Daloz, 1877, 1, 71). Véanse otros ejemplos en Pont, t. II, p. 236, núm. 484.

transacción las mismas partes terminan sus diferencias por vía de contrato. Ambas actas producen también efectos diferentes. Sólo señalaremos una de estas diferencias: las sentencias arbitrales pueden ser atacadas por simple oposición á la orden de ejecución en los casos determinados por el Código de Procedimientos y especialmente si el árbitro ha pronunciado en cosas no demandadas. Se entiende que esta disposición no es aplicable á la transacción,

Esta última dificultad se presentó en la especie siguiente: Había entre dos colonos de la Algeria una contestación acerca de la propiedad de un fundo situado en la Provincia de Constantino. Las partes hicieron un compromiso por el cual, y con objeto de evitar un debate judicial, convinieron en recurrir á la decisión de un general, á quien encargaron estatuir sus pretensiones de un modo definitivo é irrevocable. Esta acta se hizo el 2 de Julio de 1860; el 28 de Agosto las partes mandaron al general, en dos hojas de papel timbrado, su firma en blanco precedida de estas palabras: «Aprobadas las convenciones y el escrito de arriba.» El general dió su decisión el 16 de Noviembre bajo forma de una convención escrita arriba de la firma puesta en las dos estampillas. Notificada para desocupar el dominio la parte condenada atacó la sentencia arbitral por haber estatuido sobre cosas no pedidas. El demandado opuso que no era una sentencia sino un transacción. Si se atuviera uno á las dos firmas en blanco se debía decidir que, en efecto, había transacción, pues las firmas en blanco suponían una convención y la sentencia arbitral no es un contrato. ¿Pero se podían separar las firmas en blanco del compromiso que las precedía? Nó, porque las partes no habían revocado el compromiso; las firmas en blanco que mandaron al árbitro eran, al contrario, su ejecución; esto mismo resultaba de la cláusula del compromiso, que decía: «El árbitro estatuirá de un modo definitivo é irrevocable, sin ninguna apelación ni recurso, sobre

las pretensiones de las partes, las que se obligan del modo más terminante á ratificar inmediatamente por una *acta sinalagmática* la decisión que debía recaer *como si fuera el resultado de un acuerdo amigable entre ellos.*» Es esta convención sinalagmática la que las partes habían previamente entregado al general; hé aquí por qué el árbitro creyó inútil decidir la diferencia bajo forma de sentencia, la convención formada por las partes la reemplazaba. La sentencia del Tribunal de Constantino, muy bien redactada, que lo decidió así, fué confirmada en apelación y en el recurso recayó una sentencia de denegada. La Corte de Casación reconoció que el empleo de firmas en blanco sólo es generalmente una forma adaptada para llegar á una transacción; (1) pero sucedería de otro modo, dice la Corte, cuando la entrega de firmas en blanco á un tercero fué precedida ó acompañada de un compromiso, porque es verdad decir que en este caso la decisión no es la obra de los que firman sino del juez que eligieron. (2)

SECCION II.—De las condiciones requeridas para la validez de las transacciones.

§ I.—DEL CONSENTIMIENTO.

331. Albisson dice en su informe al Tribunalado: «La transacción es un contrato; debe, pues, reunir las condiciones esenciales para la validez de las convenciones prescriptas por la ley general de contratos. Estas condiciones son: el consentimiento de las partes contratantes, la capacidad de contratar un objeto cierto que haga el asunto del compromiso, y una causa lícita.» Luego se deben aplicar á la transacción los principios generales *De las Obligaciones convencionales*,

1 Esto es de doctrina y de jurisprudencia. Véanse las autoridades citadas en Pont, t. II, p. 232, núm. 477, nota 2.

2 Denegada, 29 de Diciembre de 1862 [Dallez, 1863, 1, 164].

transacción las mismas partes terminan sus diferencias por vía de contrato. Ambas actas producen también efectos diferentes. Sólo señalaremos una de estas diferencias: las sentencias arbitrales pueden ser atacadas por simple oposición á la orden de ejecución en los casos determinados por el Código de Procedimientos y especialmente si el árbitro ha pronunciado en cosas no demandadas. Se entiende que esta disposición no es aplicable á la transacción,

Esta última dificultad se presentó en la especie siguiente: Había entre dos colonos de la Algeria una contestación acerca de la propiedad de un fundo situado en la Provincia de Constantino. Las partes hicieron un compromiso por el cual, y con objeto de evitar un debate judicial, convinieron en recurrir á la decisión de un general, á quien encargaron estatuir sus pretensiones de un modo definitivo é irrevocable. Esta acta se hizo el 2 de Julio de 1860; el 28 de Agosto las partes mandaron al general, en dos hojas de papel timbrado, su firma en blanco precedida de estas palabras: «Aprobadas las convenciones y el escrito de arriba.» El general dió su decisión el 16 de Noviembre bajo forma de una convención escrita arriba de la firma puesta en las dos estampillas. Notificada para desocupar el dominio la parte condenada atacó la sentencia arbitral por haber estatuido sobre cosas no pedidas. El demandado opuso que no era una sentencia sino un transacción. Si se atuviera uno á las dos firmas en blanco se debía decidir que, en efecto, había transacción, pues las firmas en blanco suponían una convención y la sentencia arbitral no es un contrato. ¿Pero se podían separar las firmas en blanco del compromiso que las precedía? Nó, porque las partes no habían revocado el compromiso; las firmas en blanco que mandaron al árbitro eran, al contrario, su ejecución; esto mismo resultaba de la cláusula del compromiso, que decía: «El árbitro estatuirá de un modo definitivo é irrevocable, sin ninguna apelación ni recurso, sobre

las pretensiones de las partes, las que se obligan del modo más terminante á ratificar inmediatamente por una *acta sinalagmática* la decisión que debía recaer *como si fuera el resultado de un acuerdo amigable entre ellos.*» Es esta convención sinalagmática la que las partes habían previamente entregado al general; hé aquí por qué el árbitro creyó inútil decidir la diferencia bajo forma de sentencia, la convención formada por las partes la reemplazaba. La sentencia del Tribunal de Constantino, muy bien redactada, que lo decidió así, fué confirmada en apelación y en el recurso recayó una sentencia de denegada. La Corte de Casación reconoció que el empleo de firmas en blanco sólo es generalmente una forma adaptada para llegar á una transacción; (1) pero sucedería de otro modo, dice la Corte, cuando la entrega de firmas en blanco á un tercero fué precedida ó acompañada de un compromiso, porque es verdad decir que en este caso la decisión no es la obra de los que firman sino del juez que eligieron. (2)

SECCION II.—De las condiciones requeridas para la validez de las transacciones.

§ I.—DEL CONSENTIMIENTO.

331. Albisson dice en su informe al Tribunalado: «La transacción es un contrato; debe, pues, reunir las condiciones esenciales para la validez de las convenciones prescriptas por la ley general de contratos. Estas condiciones son: el consentimiento de las partes contratantes, la capacidad de contratar un objeto cierto que haga el asunto del compromiso, y una causa lícita.» Luego se deben aplicar á la transacción los principios generales *De las Obligaciones convencionales*,

1 Esto es de doctrina y de jurisprudencia. Véanse las autoridades citadas en Pont, t. II, p. 232, núm. 477, nota 2.

2 Denegada, 29 de Diciembre de 1862 [Dallez, 1863, 1, 164].

salvo la derogación que el Código le hace en el título *De las Transacciones*.

El consentimiento está requerido para la existencia misma de la transacción, puesto que sin consentimiento no hay contrato. ¿Cómo se forma el consentimiento? Las partes pueden transigir, ya personalmente, ya por un mandatario, y el mandatario puede ser un prestanombre. El caso se presentó recientemente ante la Corte de Casación. Se trataba de un pleito acerca de la validez de un testamento; una de las partes no quería intervenir con obstentación en la transacción; encargó por mandato verbal á uno de los quejosos que transigiera en su nombre, prometiéndole garantía para la ejecución de las obligaciones que contrajera. Había en apariencia algo de irregular en sus arreglos; un mandatario se obligaba con un tercero sin que lo estuviera el mandante. La Corte de Apelación validó, sin embargo, lo que se había hecho, determinando el objeto y la extensión del mandato y los derechos que resultaban al que presentaba su nombre. Recurso de casación admitido por la Cámara de Requisiciones y desechado por la Civil. La Corte dice muy bien que ninguna ley prohíbe dar un mandato bajo forma de prestanombre; el mandatario que trató en su nombre propio por cuenta de su mandante se hace deudor directo y personal de los terceros con los que se obliga, pero conserva su calidad de mandatario con su mandante y puede, por lo mismo, ejercer contra él las acciones que resulten del mandato. (1) Esta es la aplicación de los principios que expusimos en el título lugar de la materia.

332. Los vicios de consentimiento, el error, la violencia, el dolo, no impiden la existencia de la transacción, pero dan lugar á una acción en nulidad (art. 1117). Estos vicios también los rige el derecho común en lo relativo á la transacción. El art. 2052 dice que las transacciones no pueden ser

1. Denegada, Cámara Civil, 8 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 348).

atacadas por causa de error de derecho ni por causa de lesión. En cuanto á esto el art. 2052 es la aplicación del 1118, según el cual la lesión no se considera en general como un vicio de consentimiento. No es lo mismo con el error de derecho que vicia el consentimiento tanto como el error de hecho. El art. 2052 deroga, pues, en este punto, el derecho común; volveremos á este asunto al tratar de la nulidad de la transacción.

El art. 2053 agrega: "No obstante, una transacción puede ser rescindida cuando hay error *en la persona* ó en el *objeto* de la contestación. Puede rescindirse en todos los casos en que hay dolo ó violencia." Esta disposición confunde y coloca en la misma línea casos esencialmente distintos. Haremos á un lado el dolo y la violencia; sería inútil hablar de ellas, puesto que el Código sólo deroga los principios generales en lo relativo á estos dos vicios. En cuanto al error le ley lo prevee en la persona y en el objeto; hay error en la causa, puesto que en los contratos sinalagmáticos el objeto es la causa; es decir, el motivo jurídico que hace contratar á las partes. Y el error en la causa la hace falsa, y esta causa falsa arrastra la inexistencia del contrato; y cuando el contrato no tiene existencia legal no há lugar á la acción en rescisión, la convención es nula de pleno derecho, como lo dice el art. 1117; y el 1131, especial á la causa, dice que la obligación en causa falsa no puede tener ningún efecto. El art. 2053 es inexacto al hablar de una acción en rescisión de las transacciones en el caso en que hay error en el objeto; esto es confundir la transacción inexistente con la nula, como lo veremos adelante.

333. Queda el error *en la persona* que según el art. 2053 es una causa de rescisión de las transacciones. ¿Cuál es el sentido de esta disposición? ¿Deroga el art. 1110? Este artículo dice: "El error no es una causa de nulidad cuando

sólo recae en la persona con la que se tiene intención de contratar, á menos que la consideración de esta persona sea la causa principal de la convención." Y en los contratos á título oneroso la consideración de la persona es en general indiferente, á menos que se trate de una obligación de hacer que exija particular habilidad en el deudor. Al decir que las transacciones pueden ser rescindidas cuando hay error en la persona el art. 2053 parece derogar el artículo 1110 en el sentido de que este error, que de derecho común no es una causa de nulidad para los contratos, se convierte en una causa de nulidad en materia de transacciones. Esta derogación se explicaría sólo que en general las transacciones se hiciesen por consideraciones personales. Se debe creer que tal es la suposición del legislador; sin esto el art. 2053 no tendría sentido. Es la única disposición que habla del error en la persona en materia de contratos; si, como se pretende, (1) el art. 2053 sólo aplicara á la transacción la regla general del art. 1110 la disposición sería inútil; si el Código entendiera mantener el derecho común ¿por qué había de hablar del error en la persona en materia de transacción cuando no habla de él en ningún otro contrato? Además, la disposición está tan mal redactada que se presta á todas las interpretaciones. También menciona el dolo y la violencia y esto no es seguramente para derogar el derecho común.

334. El art. 2053 presenta también otra dificultad. ¿Cuál será el efecto de la transacción si hay error en la persona? ¿La transacción será inexistente ó simplemente nulficable? Según el texto hay que decir que la transacción sólo es rescindible, y los principios conducen á la misma consecuencia. En la teoría del Código el error es un vicio que hace nulo el contrato en este sentido: que la nulidad no puede ser pedida, pero el contrato no es nulo de pleno derecho. ¿De dónde procede, pues, la dificultad que señala-

1 Compárese Pont, t. II, ps. 228 y siguientes, núms. 468.

mos? De las explicaciones dadas en la Exposición de los Motivos. Bigot-Prémeneu dice: "No hay consentimiento, ni siquiera contrato, cuando hay error en la persona. No hay consentimiento si fué sorprendido por dolo ó sacado por violencia. Estos son los principios comunes á todas las obligaciones." Nó, no es esto el derecho común; el artículo 1117 dice lo contrario de lo que el Orador del Gobierno hace decir al Código Civil. Según la Exposición de los Motivos la transacción sería inexistente ó nula de plano cuando hay un error en la persona, dolo ó violencia; mientras que el art. 1117 dice que la convención contratada por violencia, error ó dolo, no es nula de plano. Bigot-Prémeneu confunde los vicios del consentimiento con la ausencia de éste; el error es evidente.

Sin embargo, la aplicación que la Exposición de los Motivos hace de estos falsos principios en la persona es exacta. Después de haber dicho que no hay contrato cuando hay error en la persona, el Orador del Gobierno agrega: "Tal fuera una transacción que se creería hacer con el que tuviera calidad para tener pretensiones en el derecho dudoso mientras que no tuviera ninguna calidad y que este derecho le fuera extraño." (1) El error en la persona es en este caso un error en el objeto, y esto hace el contrato inexistente (núm. 332). Bigot-Prémeneu tiene razón en decir que semejante transacción no es un contrato, pues no se concibe un contrato sin objeto. Sólo que este ejemplo cuadra mal con el texto del art. 2053, puesto que esta disposición supone que la transacción es sólo rescindible, lo que implica que existe.

¿Debe concluirse de lo que dice la Exposición de los Motivos que todo error en la persona es un error en el objeto y hace la transacción inexistente? Hay autores que así

1 Exposición de los motivos, núm. 11 (Loché, t. VII, p. 461).

lo dicen; (1) en esta interpretación el texto no tendría sentido, puesto que habla de una acción de rescisión fundada en el error en la persona; y un contrato inexistente no da lugar á una acción de rescisión. Para que la ley recibiera su aplicación es menester que el error en la persona no implique un error en el objeto. Hé aquí el objeto que se cita. Mi padre hace un legado á Pablo; transo con el legatario, pero al transar con Pablo tenía intención de tratar en consideración á otra persona; hay error en la persona y no hay error en el objeto; luego la transacción existe, pero es anulable. Estas son hipótesis de escuela que la vida real ignora; sentimos haber tenido que insistir en ellas tan largamente, pero en una obra consagrada á los *Principios* se tiene que ser preciso y exacto; y si el legislador no lo es hay que restablecer los verdaderos principios aunque la materia no tenga ninguna utilidad práctica.

§ II.—DE LA CAPACIDAD.

335. «Para transar es necesario tener capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transacción» (art. 2045). Así la capacidad de contraer no basta, es necesario la capacidad de enajenar. La razón es que la transacción impone sacrificios recíprocos; cada uno de los contratantes renuncia una parte de sus pertenencias; y renunciar es enajenar; es, pues, necesario tener la capacidad de enajenar para poder transar. De esto se sigue que los que son capaces de obligarse, pero incapaces de enajenar, no pueden consentir una transacción. ¿Debe irse más allá y exigir la capacidad para disponer á título gratuito? La cuestión no merecería ser presentada si no fuera mal resuelta en una obra elemental; y es sobre todo en los libros destinados á los alumnos en los que importa ser de matemática exacta.

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. V, p. 90, nota 1.

titud; las primeras impresiones y los primeros estudios dejan siempre rastro; hay que cuidarse de exponer en ellas principios y opiniones azarosas. La palabra disponer de que se sirve el art. 2045 es un término general que se dice de las enajenaciones á título gratuito y de las á título oneroso; sin embargo, cuando no se trata de actas á título gratuito la palabra *suponer* se entiende de la enajenación á título oneroso; así el art. 1449 dice que la mujer separada de bienes puede disponer de sus muebles y *enajenarlos*; ¿quiere decir *disponer* á título gratuito? No, pues la mujer casada no puede nunca hacer donación aunque esté separada de bienes. Este es, pues, aquí también el sentido que debe darse á la palabra disponer del art. 2045. La transacción es por su esencia un contrato á título oneroso, puesto que implica sacrificios recíprocos (núm. 327); luego cuando la ley habla de la capacidad de disponer debe tratarse de la disposición á título oneroso, por grandes que sean los sacrificios que haya hecho una de las partes, pues recibe una compensación en cambio. No hay, pues, ningún motivo para exigir la capacidad de dar. Esto basta para nuestro objeto. Traducimos para los pormenores á la refutación que M. Pont ha hecho al error de Mourlón. (1)

336. ¿El principio establecido por el art. 2045 recibe excepción cuando la transacción está consentida por el heredero aparente? Esta es la opinión común. (2) En nuestro concepto esto es un error; ya hemos largamente examinado la cuestión en el título *De las Sucesiones* (t. IX, núm. 650).

Núm. 1. De los incapaces.

337. La mujer casada tiene incapacidad jurídica, ni siquiera puede administrar sus bienes, ni obligarse para esta

1 Pont, t. II, p. 255, núm. 510. Mourlón, t. III, p. 471, núm. 1175.
2 Aubry y Rau, t. IV, p. 659, nota 1, pfo. 420.

administración, excepto cuando el contrato de matrimonio le confiere esta capacidad. Con más rigor la mujer no puede disponer ni transar. Sin embargo, no es esta una incapacidad absoluta; puede enajenar, luego puede transar con autorización marital. Y cuando hace una acta sin autorización el acta no es nula de plano sino solamente anulable. Tal es el derecho común y el Código no lo deroga en materia de transacciones.

La mujer separada de bienes por contrato ó por sentencia tiene la libre administración de su patrimonio; el art. 1449 dice que puede disponer de sus muebles y enajenarlos. ¿Debe concluirse de esto que puede transar acerca de sus derechos muebles? Durantón contesta que la afirmativa no es dudosa; en efecto, el art. 2045 permite transar á aquel que puede disponer, y el art. 1449 concede este derecho á la mujer. El texto decide, pues, la cuestión. No obstante, la cuestión está controvertida; se sostiene que el derecho de disponer que el art. 1449 da á la mujer no puede ser ejercido por ella sino en los límites de los actos de administración. Transladamos la cuestión de principio al título *Del Contrato de Matrimonio*. En nuestra opinión la mujer casada tiene plena capacidad para disponer de sus muebles, luego puede transar. (1)

La mujer comerciante, dice el art. 220, puede, sin autorización de su marido, obligarse para lo que toca á su negocio. No sólo puede obligarse, puede también enajenar, puesto que su comercio consiste esencialmente en comprar para volver á vender. Puesto que la mujer comerciante puede disponer hay que concluir que también puede transar acerca de sus intereses comerciales. (2)

Cuando la mujer está casada bajo el régimen dotal no

1 Durantón, t. XVIII, p. 456, núm. 409. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 256, núm. 515.

2 Pont, t. II, p. 256, núm. 514, y los autores que cita.

puede, aun con autorización de su marido, enajenar sus inmuebles dotales; por tanto, no puede transar en sus derechos inmobiliarios. Esto no es una cuestión de incapacidad. La mujer dotal es, al contrario, más capaz que la mujer común en bienes, puesto que puede disponer de sus muebles parafernales; la enajenación del dote se lega á otro orden de ideas; volveremos á ello al tratar del objeto de las transacciones.

338. Los menores no emancipados están representados por sus tutores; diremos más adelante cuál es su poder en materia de transacciones. Ordinariamente los menores no obran ni siquiera con autorización del tutor. Si hicieran transacciones éstas serian nulas en la forma (art. 1311), no serian inexistentes. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*.

¿El menor emancipado puede transar en los actos de administración que la ley le autoriza á hacer? Ya hemos examinado la cuestión en el título que es el sitio de la materia (t. V, núm. 235). En nuestro concepto el menor emancipado no puede transar. La opinión contraria es generalmente enseñada. (1)

Aun cuando el menor se hizo mayor de edad no puede transar con su tutor acerca de la cuenta de tutela sino con arreglo al art. 472 (art. 2045). Ya hemos examinado en el título *De la Tutela* las numerosas dificultades á que da lugar esta disposición (t. V, núms. 150-165).

339. Los interdictos se asimilan á los menores. Ya hemos dicho en el título *De la Interdicción* cuál es la suerte de las actas que pasan los interdictos después de haber sido declarados tales y antes de su interdicción. Estos principios se aplican á la transacción.

En lugar de incapacitar á los enajenados se les coloca or-

1 Durantón, t. XVIII, p. 457, núm. 409. Aubry y Rau, t. IV, p. 660, notas 4 y 5, pfo. 420. Pont, t. II, p. 258, núm. 520.

dinariamente en una casa de salud ó en un simple hospicio. En este caso se les nombra un administrador provisional, cuyos poderes son los mismos que los del tutor. Volveremos á hablar más adelante de los administradores legales de bienes ajenos.

En cuanto á los débiles de espíritu y á los pródigos colocados bajo consejo la ley les prohíbe transar sin asistencia de su consejo (arts. 499-511). Se aplican los principios generales que hemos expuesto en el título que es sitio de esta materia.

340. «Las municipalidades y establecimientos públicos no pueden transar sino con la autorización expresa del Emperador» (art. 2045). Se lee en el informe al Tribunal: «Los municipios y establecimientos públicos están esencialmente bajo la tutela y la vigilancia del Gobierno; no pueden adquirir y enajenar sin autorización. No se les debe, pues, permitir transar sino con expresa autorización.»

Esta disposición ha sido modificada, en cuanto á los municipios, por la ley municipal que permite á los municipios transar; pero sus deliberaciones á este respecto están sometidas á la aprobación de la Diputación Permanente del Consejo Provincial (ley de 30 de Marzo de 1836, art. 77, 3.º) (1)

El art. 2045 no habla de las provincias ó departamentos porque cuando la publicación del Código Civil las provincias ó departamentos no se consideraban como personas civiles. Nuestra constitución coloca las provincias en la misma línea que los municipios en cuanto á la personificación, y la ley provincial da á los consejos provinciales poderes más extensos que los que gozan los municipios; pueden transar, y sus deliberaciones no quedan sometidas á la aprobación del Rey sino cuando el valor excede de 10,000 francos (art. 86).

1 Sobre la legislación francesa véase Pont, t. II, p. 264, núms. 528-530.

En cuanto á los establecimientos públicos, tales como oficinas de beneficencia, hospicios y fábricas, están sometidos á leyes especiales que pertenecen al derecho administrativo. (1)

341. La incapacidad de las partes contratantes da lugar á una acción de nulidad; pero la nulidad es relativa, puesto que sólo está introducida por interés de los incapaces. Según los términos del art. 1125 «las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor, del interdicto ó de la mujer casada con quienes han contratado.» ¿Esta regla se aplica también á las personas civiles? Esta es la jurisprudencia de la Corte de Casación. Ya hemos expuesto en otro lugar nuestros motivos de duda (tomo XVI, núm. 63).

Núm. 2. De los insolventes.

342. Hay insolventes que la ley declara incapaces. Tales son los quebrados; desposeídos de la administración de sus bienes desde la sentencia que declara la quiebra ya no tienen derecho de enajenar; no pueden, pues, transar. Como la transacción puede ser útil á la masa la ley da al síndico ó curadores el derecho de transar bajo las condiciones que expondremos más adelante.

343. Las personas no comerciantes no tienen incapacidad aunque fueran insolventes; la quiebra civil no está declarada por sentencia como la mercantil, es un estado de hecho que no trae ninguna restricción á la capacidad. Sin embargo, la insolvencia es una de las condiciones que permiten á los acreedores pedir la nulidad de las actas que hiciera el deudor en fraude de sus derechos. Los acreedores podrían, pues, probando el fraude pedir la nulidad de una transac-

1 Véase, sobre la legislación francesa, Pont, t. II, p. 266, núm. 531.

eión que el deudor hubiera consentido desde que quebró. Transladamos en cuanto al principio á lo dicho acerca de la acción pauliana en el título *De las Obligaciones*.

344. El Código de Procedimientos establece una incapacidad especial contra el deudor cuyos bienes están heridos de embargo inmobiliario; no puede enajenar sus bienes desde la inscripción del embargo y, por consiguiente, no puede transar. Importa notar que esta incapacidad es enteramente especial; no se refiere más que á los bienes embargados. El deudor censura, pues, el derecho de transar en cualquier otro objeto, aun acerca de las actas de procedimientos que los acreedores hacen para expropiar al deudor. La capacidad para el deudor en quiebra civil es la regla; la incapacidad es la excepción; luego es capaz para transar en toda cosa, con excepción de los bienes embargados. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Núm. 3. De los administradores.

345. En principio los que están encargados por la ley ó en virtud de la ley para administrar los bienes ajenos no tienen poder para disponer ni siquiera de sus muebles. Hemos establecido este principio en el título *Del Contrato de Matrimonio* al tratar de los poderes del marido administrador (t. XXII, núms. 162-165). La aplicación sufre dificultades y da lugar á controversias.

346. Los enviados á posesión provisional de los bienes de un ausente no tienen más que un poder de administración; la ley les marca un plazo muy restrictivo diciendo que la administración provisional sólo es un depósito. Sin embargo, buenos autores sostienen que los enviados pueden transar acerca de los derechos muebles del ausente porque tienen

1 Denegada, 23 de Julio de 1817 (Dalloz, en la palabra *Venta pública de inmuebles*, núm. 234).

el derecho de disponer de los muebles. Hemos dicho en otro lugar que ningún texto les reconocía este pretendido derecho (t. II, núm. 179). El art. 126 dice que el tribunal ordenará si hay lugar á vender todo ó parte del mobiliario. ¿Una ley que encarga al tribunal decidir si el mobiliario será vendido da un derecho á los enviados? (1) En cuanto á los enviados definitivos no pueden transar, puesto que están considerados como propietarios para con los terceros (t. II, núm. 227).

347. Hay grandes dificultades acerca de la extensión del poder que tiene el padre administrador legal de los bienes de sus hijos. La ley es muda, y en el silencio del texto los intérpretes se han hecho legisladores. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De la Potestad Paterna* acerca del punto de saber si el padre puede transar (t. IV, núms. 313 y 314). (2)

348. El tutor sólo puede transar cumpliendo las formalidades prescritas por la ley (art. 467). Si las observó el menor está ligado por la transacción sin que pueda atacarla por causa de lesión. Si las formalidades legales no han sido cumplidas la transacción es nula; es decir, anulable; el menor puede pedir su nulidad por vicio de forma (art. 1311) sin tener que probar que ha sido perjudicado. Esta es la aplicación de los principios que hemos establecido en el título *De las Obligaciones* al tratar de la capacidad de las partes contratantes (t. XVI, núm. 50).

349. ¿El marido administrador legal puede transar? En nuestra opinión la cuestión ni siquiera puede ser presentada. El marido no puede disponer de los bienes de su mujer, así sean muebles como inmuebles; luego no tiene el derecho de transar. Se enseña, sin embargo, lo contrario; (3) el mari-

1 Pont, t. II, p. 277, núm. 261. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 606, pfo. 153 (4ª edición).

2 Compárese Pont, t. II, p. 276, núm. 560.

3 Pont, t. II, p. 271, núm. 546.

do, se dice, puede transar en todos los derechos muebles de la mujer. ¿Y por qué motivo? No se da. Sin duda porque se concede al marido el derecho de disponer del mobiliario de su mujer. ¿Pero dónde está el texto que, por derogación de los principios, conceda al marido administrador el poder de enajenar? Puede también, se dice, transar en la administración de los inmuebles de la mujer. Sin duda que el marido puede hacer actos de administración bajo forma de transacción, puesto que administra libremente; (1) pero no puede sacrificar un derecho de la mujer; esto sería disponer, y no tiene este derecho. En fin, se pretende que el marido puede transar en todas las contestaciones relativas á la posesión. Tiene, es verdad, las acciones posesorias; ¿pero basta tener el derecho de obrar para tener el de transar? Si el marido tiene las acciones posesorias es porque estas acciones son un acto de conservación que sólo puede ser provechoso para la mujer. ¿Cómo puede compararse la transacción con un acto de conservación?

350. ¿El heredero beneficiario puede transar como administrador y sin perder su beneficio de inventario? Ya hemos examinado el asunto en el título *De las Sucesiones* (tomo X, núm. 143).

351. El Código de Comercio no daba el poder de transigir á los síndicos de la quiebra. Puede, sin embargo, ser muy útil á la masa que sus representantes gocen de este derecho. Las nuevas leyes promulgadas en Francia y en Bélgica acerca del régimen de la quiebra han llenado este vacío. Según el art. 492 de la ley de 26 de Abril de 1851 los curadores pueden transar en toda clase de contestaciones que interesan á la masa. La ley prescribe condiciones y garantías en interés de la masa y en interés del quebrado. Desde luego exige, en todos los casos, la autorización del juez comisario y quiere que el quebrado esté debidamente llamado

1 Compárese París, 26 de Abril de 1850 [Daloz, 1851, 2, 180].

para que pueda oponerse, si hay lugar, á la transacción. Si ésta versa en derechos inmuebles sólo es obligatorio después de haber sido homologada. Lo mismo sucede cuando el objeto de la transacción es de más de 300 francos ó que el valor es indeterminado. El quebrado tiene el derecho de oponerse á la homologación; la oposición es perentoria si tiene por objeto bienes inmuebles. No entraremos en las dificultades á las que dan lugar las nuevas disposiciones, (1) esta materia es extraña á nuestro trabajo.

352. Nada tenemos que decir de los mandatarios administradores, salvo á trasladar al título *Del Mandato*, en donde la extensión de sus poderes ha sido explicada.

§ III.—DEL OBJETO DE LAS TRANSACCIONES.

353. En general se puede transar en toda clase de derechos desde que son dudosos. Según el art. 1130 las cosas futuras pueden ser objeto de obligaciones. ¿Puede transarse también en derechos eventuales? La Corte de Casación ha sentenciado, en principio, que las partes capaces pueden transar en pretensiones eventuales y, en derecho, que sólo se abrirán posteriormente á la transacción. (2) Esto nos parece evidente; basta que haya un derecho y que sea dudoso, poco importa que sea eventual ó condicional.

Hay una sentencia de la Corte de Bruselas que, á primera vista, parece contraria á esta decisión. Un padre lega su disponible á dos de sus hijos, reduciendo la reserva del mayor que se había casado apesar suyo. La tía materna hizo, por su parte, un testamento en favor de sus dos sobrinos, con exclusión del mayor; pero á solicitud de la madre intervino entre los tres hermanos una acta que decía así:

1 Véase Pont, t. II, p. 278, núm. 563.

2 Denegada, 31 de Diciembre de 1835 [Daloz, en la palabra *Transacciones*, núm. 86].

«Las partes, queriendo evitar contestaciones que podrían nacer del testamento de su tía, han hecho la *transacción* siguiente con el fin de conservar entre ellos la concordia y la amistad: la sucesión de dicha tía se repartirá en tres partes iguales, sin tener en cuenta el testamento.» Después de la muerte de la madre, quien había testado en el sentido de esta transacción; surgió un proceso entre los hermanos. Se objetaba contra el mayor que la convención que invocaba no era una transacción. La Corte de Bruselas sentenció en este sentido. Comprueba desde luego que el día en que fué firmada la pretendida transacción no existía ningún pleito entre las partes a propósito del testamento de su tía. El acta dice que tenía por objeto cortar contestaciones que pudieran nacer. Acerca de este punto los considerandos de la sentencia están concebidos en términos que parecen contrarios á la resolución de la Corte de Casación que hemos citado como sentencia de principio. No basta, dice la Corte, para poder transar que en un porvenir más ó menos lejano é inseguro se puedan tener derechos eventuales en la cosa en la que se transa; la sana razón dice que para tratar válidamente es necesario en el momento mismo del convenio tener un *interés nacido y actual*. Si hubieran de tomarse estas exposiciones al pie de la letra un derecho eventual no podía ser objeto de una transacción. Pero la Corte misma restringe el sentido de esta misma locución explicándola. Es necesario, dice, tener calidad para hacer un buen ó un mal pleito, á no ser que se discuta esta misma calidad. Esto significa, en otros términos, que las partes deben tener un derecho cualquiera que pueda dar lugar á un proceso; y un derecho eventual puede engendrar una contestación. En el caso el derecho de los dos hermanos legatarios era seguro y el hermano excluido no tenía ninguno, sólo lo hubiera tenido atacando el testamento, y no se trataba de atacarlo; se acababa de leerlo cuando intervino la convención. En definitiva,

la transacción era sin objeto. Fué, no obstante, mantenida como difrazando una liberalidad. (1)

354. El art. 2046 contiene una aplicación del principio que dice: «Se puede transar en el interés civil que resulta de un delito. La transacción no impide las promociones del ministerio público.» Bigot-Prémeneu expone los motivos de esta disposición. Contra la costumbre de los oradores del Gobierno y del Tribunado entra en largos detalles acerca del derecho romano. No se ve mucho cuál es el objeto de esta ciencia; si el derecho romano hubiera sido adoptado en este punto por la jurisprudencia francesa hubiera sido preciso justificar la innovación que los autores del Código hubieran hecho; pero Bigot-Prémeneu dice que en Francia no se conocía la distinción de los delitos privados y de los crímenes públicos: ¿para qué, pues, recordarla para criticarla? El principio formulado por el art. 2046 fué siempre seguido en el derecho antiguo y es de gran sencillez. Todo delito da lugar á dos acciones: la del ministerio público y la de la parte perjudicada. Es evidente que los particulares no pueden transar en las promociones del ministerio público que se hacen por interés social para la conservación del orden público. Es también evidente que las partes interesadas pueden transar en la acción de daños y perjuicios que pertenece al que fué perjudicado por el delito contra el autor del hecho perjudicial. Esta transacción no tiene nada de común con la acción del ministerio público; no estorba, pues, esta acción. Bigot-Prémeneu agrega que no la ayuda. El ministerio público no puede prevalecerse de la transacción como de una confesión que el culpable hace de su delito. El que transa en un hecho perjudicial no por esto se reconoce culpable de un delito de que resulta acción civil. Las apariencias pueden ser contra él; puede, aunque inocente, hacer un sacrificio pecuniario para evitar la hu-

1 Bruselas, 1.º de Agosto de 1837 (*Pasicrisis*, 1837, 2, 194).

millación del procedimiento en que estaría obligado á justificarse. Además la transacción no se hace en el delito con aquel que está encargado de perseguirlo; no se debe, pues, inducir de ella una confesión. (1)

La regla de que no se puede transar en delitos recibe una excepción en materias especiales, tales como las aduanas y contribuciones indirectas, los delitos forasteros. Se puede transar en multas pronunciadas porque son más bien daños y perjuicios que penas. No entraremos en pormenores, no siendo de nuestro dominio las leyes especiales. (2)

355. El principio que permite transigir toda especie de derechos supone que se trata de derechos de interés privado que el legislador deja á la libre convención de las partes contratantes: pueden disponer de sus derechos, luego pueden transigir en las contestaciones que nazcan. Pero hay derechos de los que no pueden disponer las partes; el artículo 1128 lo dice de las convenciones ordinarias. «Sólo las cosas del comercio pueden ser objeto de contrato.» Dijimos en el título *De las Obligaciones* que esta regla está formulada en términos muy absolutos; puede haber ciertas convenciones relativas á los casos que han sido colocados fuera del comercio por causa de utilidad pública. Esta excepción no se aplica á la transacción; no se puede transigir con ningún derecho que esté fuera del comercio, pues que transigir es disponer, y sólo se pueden transigir cosas de cuya disposición tiene la facultad; luego no se puede transigir acerca de los derechos que están fuera del comercio.

356. Esta regla recibe numerosas aplicaciones en materia de estado. El legislador arregla el estado así como la capacidad ó incapacidad que resulten por consideraciones de interés social; el estado en este sentido es de orden público

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 4 (Loché, t. VII, página 459).

2 Véanse las leyes citadas por Pont, t. II, p. 289, núm. 587.

y, por tanto, no puede ser objeto de una transacción. Hemos ya establecido el principio que es de evidencia (t. III, números 426-428). Se juzgó que no se transige en la nacionalidad; no se transige acerca del estado del hijo, legítimo ó natural, pues los hijos naturales tienen un estado como los legítimos (t. IV, núms. 22 y 23). (1)

Muchas veces la prohibición de transigir acerca del estado no es absoluta. Hay derechos pecuniarios que pertenecen al estado, el de mayor importancia es el de herencia. Aunque el derecho de suceder deriva del estado no se confunde con él, difieren en esencia, pues que es de orden privado y á este título está en el comercio; por tanto, puede ser objeto de convenciones y de transacciones. Esto es de doctrina y jurisprudencia; pero el principio es de una aplicación muy delicada; el estado y los derechos que se desprenden están tan íntimamente ligados que es difícil transigir acerca de los derechos sin tocar el estado. Las partes deben tener cuidado de circunscribir sus convenciones al dominio de los intereses pecuniarios, evitando hasta de servirse de expresiones que recuerden el estado. Esta difícil materia fué tratada ya; basta por ahora relatar una sentencia de la Corte de Casación que da cuenta de estas diferencias. La Corte comienza por sentar en ese principio que si las transacciones no pueden tener por objeto las materias de orden público, tales como el estado de las personas, las convenciones de las partes pueden válidamente arreglar los intereses pecuniarios que derivan de este estado. La Corte comprueba en seguida de hecho que resulta de la sentencia atacada que las convenciones litigiosas no contenían ninguna estipulación acerca del estado civil de las partes contratantes, que solamente tenían por objeto evitar las contes-

1 Rennes, 12 de Febrero de 1824 (Dalloz, en la palabra *Transacciones*, número 72.

taciones que pudieran surgir en una sucesión ó en dos comuneros. El recurso objetaba que para llegar á la división de una sucesión se necesitaban herederos y que uno no era heredero más que en razón del estado de familia; esto es tan verdadero, se decía, que en las transacciones se servían de la palabra *herederos* para calificar á las partes contrayentes. La Corte de Casación contesta que las transacciones no habían tenido, ni por objeto ni por efecto, conferir á los demandados la calidad de herederos; que si se designaba á todas las partes con ese nombre sólo era transitoriamente y de una manera enunciativa para facilitar el lenguaje, sin que esta cualidad hubiese sido el objeto de ninguna convención. En realidad estos actos se limitaban á constituir una masa única en la que atribuían á cada uno de los que formaban una parte igual. (1)

357. ¿Si la transacción se refiere al estado y á los derechos que resultan se la podrá mantener para los derechos pecuniarios, salvo á anular en lo referente al estado? La Corte de Casación ha casado una sentencia que hacía dicha distinción. Pero importa conocer las circunstancias de la causa. Un solo y mismo precio había sido estipulado tanto para la renuncia al estado como para la de los derechos pecuniarios. Era, pues, el caso para aplicar el principio de indivisión de la transacción. La sentencia atacada había completamente hecho á un lado la renuncia al estado por que sólo entraba en la transacción de un modo secundario. La Corte contestó que bastaba con que estuviera como parte integrante para que se debiera tenerla en cuenta; y desde que hay transacción acerca del estado de las personas la convención es nula como contraria al orden público. (2)

Cuando las partes han transigido por un precio distinto acerca del estado y de los intereses pecuniarios la cuestión

1 Denegada, 29 de Marzo de 1852 (Daloz, 1854, 1, 392).
2 Casación, 27 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *Transacciones*, número 73, 2.º)

de la validez ó de la nulidad de la transacción dependería de la intención de los contratantes. Si las diversas cláusulas del acta forman un todo indivisible la convención entera decaerá; si, al contrario, hay dos transacciones distintas comprendidas en una sola y misma acta el juez podrá mantener una y anular la otra. (1) Esta última hipótesis no es más que de teoría: cuando las partes transigen á la vez acerca del estado y de los derechos pecuniarios que resultan esta segunda convención será ordinariamente una dependencia de la otra.

358. La potestad paterna es también de orden público; por lo mismo, toda convención, renuncia ó transacción que intervenga en el ejercicio de la potestad que la ley da á los padres sería nula (t. IV, núms. 293-295). En nuestras costumbres, y conforme á la tradición que las conserva, la potestad paterna no es un derecho del padre sino un deber, y no se transigen los deberes, se cumplen.

La cuestión se hace dudosa cuando se trata de los derechos que la ley da al padre en los bienes de los hijos. ¿Es que la administración legal y el usufructo legal son de orden público ó de interés privado? Hemos examinado estas cuestiones en su lugar correspondiente (t. IV, núms. 297-323).

359. La tutela es igualmente de orden público (t. IV, núm. 366). Se juzgó por la Corte de Bélgica que siendo de orden público la tutela el tutor subrogado no puede transar acerca de las cuestiones que lo ligan. Se debe decir de la tutela lo que acabamos de decir de la potestad paterna: no confiere derechos, impone deberes; desde luego no cabe la transacción. Cualesquiera que sean, pues, las renunciaciones que el tutor subrogado haya consentido podrá siempre y lo deberá, para cumplir su deber, provocar la destitución del tutor, si há lugar. (2)

1 Pont, t. II, p. 292, núm. 593, y los autores que cita.
2 Casación, 13 de Marzo de 1841 (Pasierisia, 1841, 1, 199).

360. ¿Se pueden transar las nulidades del matrimonio? Este es de orden público, modifica el estado de la mujer y da al marido la potestad marital; aun es de orden público en el sentido de que es de interés público; esta es la base del orden social y el más sólido fundamento de la moral.

La Cámara de Casación de Bruselas pronunció en esta materia una sentencia que nos deja alguna duda. Dos personas casadas eclesiásticamente vivieron maritalmente durante trece años. Después de la muerte de la mujer su hermana pidió la liquidación de la sociedad universal de bienes, que pretendía que había existido entre las partes. Intervino una transacción por la que se reconocía la existencia de una sociedad conyugal entre las personas casadas eclesiásticamente. En consecuencia el hombre se obligó á dar cuenta en esas condiciones. En la cuenta hizo figurar una sucesión vencida á la mujer, en virtud de los usos de Bruges que hacían recaer en la comunidad las sucesiones vencidas en uno de los esposos durante el matrimonio. Esta pretensión fué desechada por el Tribunal de Bruges y admitida por la Corte de Apelación. Recurso de casación en el que se pronunció una sentencia de denegada, fundándose en que las partes no habían tratado acerca de la validez ó de la nulidad del matrimonio sino únicamente acerca de los intereses pecuniarios que resultaban de una comunidad que había existido entre dos personas. (1) Esto es verdad; ¿pero cuál era la naturaleza de esta comunidad? No habiendo matrimonio no se podía tratar de una comunidad de derecho, no había más que una sociedad de hecho. Y, sin embargo, la transacción reglamentaba los efectos de esta comunidad de hecho, como si hubiese sido una comunidad legal que resultaba del matrimonio. ¿No era esto atribuir al concubinato un efecto que sólo puede pertenecer al matrimonio?

1 Denegada, Cámara de Casación de Bruselas, 4 de Febrero de 1822 (Pasicrisia, 1822, p. 48).

361. La expresión *orden público* tiene una acepción más general: comprende el interés público, social; en este sentido se puede decir aún que no está permitido transigir con lo que es de orden público, pues los particulares no pueden disponer de lo que es de interés general. En Francia se aplica este principio á los tratos secretos por los que se cede un oficio de notario; estos tratos son nulos y la nulidad es de orden público, puesto que tiende al ejercicio del poder soberano, al derecho que el Jefe del Estado tiene para nombrar á los oficiales públicos. Desde luego cualquiera transacción acerca de tratos semejantes á ese están heridos de nulidad. (1)

362. ¿Se puede transigir acerca de la cuestión de saber si una renta es inmobiliar ó feudal? La Corte de Casación se pronunció por la afirmativa en la requisitoria de Merlin. Creemos que la decisión fué perfectamente tomada. El recurso decía que la abolición de las rentas feudales es de orden público. Sin duda, puesto que el feudalismo hasta en sus últimos restos lastimaba la igualdad política y civil, uno de los grandes principios de la Revolución de 1789. Tampoco se podrían mantener, por forma de transacción, las rentas que tuvieran un carácter feudal. Pero distinta es la cuestión de saber si una renta es feudal ó inmobiliar y si, por consecuencia, está suprimida ó mantenida; no quiere decir esto que se restablezca el feudalismo sino decidir una cuestión dudosa que las partes zanján por una transacción en lugar de llevarla á los tribunales. (2)

363. Los derechos de la mujer dotal dan lugar á interminables controversias. En los países antiguos de derecho escrito gustaba sostener, citando leyes romanas, que la do-

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 662, notas 19 y 20, pfo. 120.

2 Denegada, 5 de Julio de 1810. (Daloz, en la palabra *Transacción*, número 464 (Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Rentas inmobiliarias y feudales*, pfo. 22).

te es de interés público. Este orden de ideas es extraño á nuestras costumbres y á nuestras leyes. La dote es de derecho privado; si la ley la declara no enajenable es únicamente en garantía de los intereses de la mujer. Siempre sucede que la no enajenación de la dote tiene por consecuencia que la mujer, aun autorizada, no puede transigir acerca de sus derechos dotales. La jurisprudencia es contraria; hemos enseñado sus inconsecuencias y sus incertidumbres en el título que trata del asunto. El régimen dotal, con sus trabas y su inmovilidad, es tan contrario á los esposos que éstos recurren á mil rodeos para obtener una pequeña libertad; y la jurisprudencia los patrocina. De esta manera se juzgó que la mujer dotal podía transigir acerca de sus derechos dotales cuando la transacción se hace realmente con el objeto de impedir un proceso cuyo desenlace, podría comprometer la dote. (1) ¿Qué importa que esto sea un acto de buena gerencia? ¿Es que la mujer puede disponer de sus bienes dotales aun cuando esta disposición fuera un acto de buena gerencia? Esto se llama literalmente hacer la ley.

364. También hay un autor que se dejó llevar por una inconsecuencia, Durantón; comienza por decir que la mujer casada bajo el régimen dotal no puede, aun con la autorización de su marido, transigir acerca de los bienes dotales. Agrega que no parece que la justicia pueda autorizarla á transigir, pues las disposiciones del Código que permiten por excepción y con autorización del juez la enajenación de los bienes dotales en ciertos casos no comprenden la transacción. Esto es evidente. Sin embargo, concluye Durantón, como los actos de esta naturaleza son dignos de favor y el interés de la mujer puede reclamar una transacción es de creerse que lo que se hiciera con la autoridad de la jus-

1 Véase la jurisprudencia en Pont, t. II, p. 302, nota 3.

ticia sería inatacable. (1) De este modo la justicia no puede autorizar á la mujer para que transija y, sin embargo, la transacción hecha con autorización de la justicia sería inatacable. Esto sería una conciliación con la verdad que nuestra ciencia no admite; dejamos esta falsa doctrina á los teólogos.

365. Hay un derecho eventual que el Código coloca fuera del comercio por causa de buenas costumbres y de orden público; toda estipulación acerca de una sucesión futura es nula (art. 1130). Estas estipulaciones no tienen siempre el carácter odioso que la ley supone, pero poco importa. La ley es absoluta; luego toda transacción acerca de una sucesión no abierta estaría herida de nulidad; mejor dicho, de inexistencia, como lo hemos explicado en el título *De las Obligaciones*. (2)

366. ¿Son de orden público los créditos para alimento? Este asunto está muy controvertido. Se debe primero distinguir si los alimentos se deben en virtud de la ley ó en virtud de convenio ó testamento. Los alimentos que la ley obliga á ciertas personas á ministrar se deben en razón de un lazo de parentesco ó de alianza. ¿Resulta de aquí que no se puede transar la obligación de alimentos? La cuestión ha sido ya examinada (t. III, núms. 50 y 59).

Si se deben los alimentos en virtud de convenios y de testamentos la obligación en nada toca al orden público, quedan en el dominio de aquel á quien se deben; pueden cederse, luego formar el objeto de una transacción. La Corte de Casación lo juzgó así y su decisión descansa en un fundamento inalterable: el texto de la ley. Para que la transacción de un crédito de alimentos fuese prohibida se necesitaría que estuviera colocada fuera del comercio, y los derechos, como las cosas, están en general, en el comer-

1 Durantón, t. XVIII, p. 454, núm. 407.

2 Compárese la jurisprudencia en Pont, t. II, p. 304, núm. 606.

cio; sirven á las necesidades del hombre y éste debe tener el derecho de disponer de ellos. De aquí se sigue la necesidad de una ley para hacer una cosa no disponible; y, dice la Corte de Casación, no resulta de ningún texto de ley la no disposición de ellos. Se cita el art. 1004 del Código de Procedimientos que prohíbe comprometer los alimentos; la Corte de Casación contesta que la ley no prohíbe transar y que la prohibición de comprometerse no puede extenderse á un caso del todo distinto (núm. 330). (1) También se cita el artículo 581 del Código de Procedimientos que coloca los alimentos entre las cosas no embargables. La respuesta es fácil y perentoria: que la prohibición de la ley se refiere á los acreedores del que tiene derecho á los alimentos; limita su derecho de embargo, pero no declara que no se puede disponer de los alimentos.

Se han prevalecido del derecho romano; la Corte de Casación responde que la ley romana prohibía la disposición sólo para los legados de alimentos; debiera haber contestado que á nosotros nos rige el Código Civil y no por el *senatus consulte de Marco Aurelio*. El Emperador tal vez tuvo buenas razones para declarar no disponibles los alimentos; disponiendo de ellos el donatario engañaba las intenciones del donante que había entendido asegurar su vida. Uno de nuestros buenos autores sostiene que la ley romana siempre está en vigor. Durantón olvida que el derecho romano, lo mismo que el derecho antiguo, está abrogado por el Código Civil. Después de resucitar una ley muerta Durantón encuentra bueno modificarla; puede ser del interés del acreedor transar; la transacción será válida si está homologada por el Tribunal en las conclusiones del Ministerio Público. (2) Que se nos diga en virtud de qué texto intervendrá el juez para

1 Denegada, 23 de Febrero de 1831 [Daloz, en la palabra *Transacciones*, número 82, 2.º]. Compárese, en sentido diverso, Pont, t. II, p. 308, núm. 312, y los autores que cita.

2 Durantón, t. XVIII, núm. 413. En sentido contrario, todos los autores.

homologar una transacción; ¿y no se necesita un texto para darle la jurisdicción voluntaria que no tiene? Se puede sostener que hay un vacío en la ley, pero no es el intérprete el que debe llenarlo.

§ IV.—FORMAS.

367. Después de haber definido la transacción el artículo 2044 agrega: «Este contrato debe ser redactado por escrito.» ¿Quiere decir que la transacción es un contrato solemne? La Corte de Caen dice que «los términos imperativos de esta disposición tuvieron evidentemente por objeto subordinar la existencia de la transacción á lo dicho en el acta.» (1) ¿Se debería pensar para decir en derecho que una cosa es evidente? Lo que la Corte llama verdad evidente es un error evidente. Para que un contrato sea solemne se necesita que lo diga la ley, porque en regla general las formas están prescriptas sólo para la prueba; sólo por excepción son de substancia del contrato: tales son la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca. La voluntad de consentir estos contratos solemnes resulta del texto mismo de la ley. Así el art. 893 dice que no se puede disponer de sus bienes á título gratuito más que por donación y testamento en las formas ya establecidas; el art. 934 prescribe estas formas y quiere que se observen, bajo pena de nulidad. Es más que de nulidad, es de inexistencia, pues en los términos del art. 1339 las donaciones nulas en la forma no pueden ser confirmadas. ¿Es que el art. 2044 también está redactado en este sentido? No, se limita á decir que la transacción debe estar redactada en escrito. ¿Cuál es el objeto de esta disposición? La ley entiende excluir la prueba testimonial. Esta es la explicación que da el Relator del Tri-

1 Caen, 12 de Abril de 1845 [Daloz, 1845, 2, 108].

bunado. Después de recordar que la transacción es un contrato y que debe reunir las condiciones esenciales requeridas para la validez de las convenciones Albisson dice: «La única condición que agrega el proyecto y que debía serlo por relación á la naturaleza particular de la transacción es que sea redactada en escrito; lo que es infinitamente sabio, pues que debiendo la transacción terminar en un proceso se hubiese corrido el riesgo de hacer nacer un nuevo proceso, dejando depender el efecto de la solución del problema acerca de la admisión ó el resultado de una prueba testimonial. (1) Merlin dice muy bien que nada en estas palabras indica la mente de hacer del escrito una solemnidad esencial para la existencia de la transacción. Para que se le pueda dar este sentido se necesitaría que el Relator se hubiera servido de algunas expresiones que marcasen que la transacción, á diferencia de los demás contratos onerosos, sería un contrato solemne. Todo lo que dice Albisson es que la transacción debe ser redactada en escrito en razón de su naturaleza particular; queda por saber qué influencia tendrá la naturaleza del contrato en la forma. No tiene más que la del efecto de la transacción no debe depender de una prueba testimonial. Se trata, pues, de una cuestión de prueba, y la transacción tiene esto de especial: que la ley no admite la prueba testimonial aun en los casos en los que conforme al derecho común fuera admisible. (2) La jurisprudencia se pronunció en este sentido; (3) á decir verdad, la cuestión nunca ha sido discutida seriamente porque la solución no es dudosa.

368. Hay casos en que la transacción está sometida á formas particulares sin que por esto se haga un contrato so-

1 Albisson, Informe núm. 2 (Loaré, t. VII, p. 464).

2 Merlin, *Asuntos de derecho*, en la palabra *Transacción*, pfo. VIII, núm. 1 (t. XVI, p. 54).

3 Lieja, 29 de Agosto de 1814 (Pasicrisia, 1814, p. 215). Bruselas, 11 de Abril de 1864 (Pasicrisia, 1865, 2, 115).

lemne. El tutor no puede transar en nombre del menor sino después de estar autorizado por el consejo de familia y de la opinión de tres abogados designados por el Procurador del Rey; además la transacción debe ser homologada por el tribunal después de oír al Ministerio Público (artículo 467). Ya explicamos esta disposición en el título *De la Tutela*. Nos trasladamos al mismo título en lo relativo á los tratos que se forman entre el recién llegado á mayor y su tutor en la cuenta de tutela (art. 472).

Conforme al Código de Procedimientos ninguna transacción podrá ejecutarse en la promoción del falso incidente si no ha sido homologada en justicia después de comunicada al Ministerio Público (art. 249). Se juzgó que la transacción liga á las partes antes de estar homologadas; el contrato se forma por concurso de voluntades solamente; no puede ejecutarse antes de estar homologado; y esta homologación siempre puede pedirse por una de las partes sin que la otra se pueda oponer sino por motivos legítimos. (1) No insistimos por pertenecer á la materia del procedimiento.

369. La cuestión de prueba da siempre lugar á dificultades aun en la materia más sencilla. Cuando la transacción está redactada en escrito privado las partes deben observar las formalidades del art. 1325, puesto que la transacción es un contrato sinalagmático. Si no han llenado estas formalidades no habrá prueba literal; ¿pero de que no haya prueba literal se debe concluir que la transacción misma no existe? Nó, ciertamente, puesto que el escrito no está exigido ni para la existencia ni para la validez de la transacción. Sin embargo, un autor estimado dice que la transacción que hubiera sido redactada en un solo original sería considerada como simple proyecto, no tendría ningún valor. Formulada así la proposición ciertamente que es errónea, puesto que parece hacer de la validez del escrito una con-

1 Bruselas, 12 de Febrero de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 41).

dición de la existencia de la transacción. Después de haber dicho que la transacción no tendría ningún valor M. Pont agrega que esta nulidad es susceptible de cubrirse. (1) Lo que es un nuevo error. ¿Se confirma un acto que no tiene existencia? Si realmente la transacción no era más que un proyecto sólo habría un medio de darle vida: hacer una nueva convención. Nos trasladamos en cuanto á los principios á lo dicho en el título *De las Obligaciones*.

La confusión entre las condiciones requeridas para la validez del escrito y las requeridas para la validez de la convención se encuentra también en la jurisprudencia. Una transacción interviene entre herederos; el acta debía haberse hecho en cinco originales; parecía que sólo se había redactado en uno solo, el que se depositó en casa del notario de la familia y fué guardado por éste con sus minutas en virtud de una sentencia judicial. Uno de los herederos pidió la nulidad de la transacción fundándose en la no observancia del art. 1325. Así motivada la acción carecía de sentido: ¿es nula la transacción cuando la prueba literal es nula? De hecho todas las partes reconocían la existencia de las convenciones de que el escrito tenía por objeto comprobar.

¿Qué faltaba? ¿Y qué importaba después de esto que el acta se hubiese redactada en cinco originales? Sin embargo, la Corte de Casación prueba extensamente que el depósito en casa de un notario reemplazaba los duplicados, lo que en derecho es contestable. (2) Esta discusión es perfectamente ociosa. La confesión es la mejor de las pruebas; y es profundamente inmoral decir á la justicia: Yo confieso que he hecho tal convención, pero me niego á ejecutarla por que tal escrito no tiene duplicado. ¿Puede la ley consagrar semejante doctrina? Una sentencia de la Corte de Lieja di-

1 Pont, t. II, p. 29, núm. 490.

2 Denegada, 22 de Febrero de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 1270, 1.º).

ce muy bien que no siendo requerida la escritura más que para la prueba basta que se confiese la transacción porque recibía su ejecución. (1)

370. ¿La correspondencia puede reemplazar el acta redactada en las formas del art. 1325? En principio nó, puesto que las cartas no son actas; y aunque lo fueran tendrían además que ser redactadas en las formas legales. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 224). Entre comerciantes la correspondencia es un medio legal de prueba. ¿Quiere decir esto que la transacción podría hacerse por cartas? Las transacciones no son contratos mercantiles, como lo vamos á decir; es una acta esencialmente civil; luego es el derecho civil el que regla la prueba. Fué sentenciado que una carta regularmente insertada en los libros de comercio no puede ser invocada por el comerciante como dando la prueba de una transacción intervenida entre él y su antiguo dependiente acerca de una cuenta que existía entre ellos. (2) La sentencia no discute la dificultad de derecho.

371. Hay transacciones que se hacen ante el juez: cuando las partes se arreglan por intermedio de sus abogados ó hacen conclusiones y el juez toma nota de ellas se da á esas transacciones el nombre de *sentencia de expediente*. Esta denominación está tomada de la jurisprudencia antigua; se designaba con ella la sentencia fijada amigablemente entre las partes ó sus abogados; se depositaba en la secretaría y luego se *expeditaba* bajo forma ejecutoria. Estas transacciones judiciales son á la vez un convenio y una sentencia. Así como las sentencias no pueden ser atacadas más que por los recursos que la ley abre contra las decisiones judiciales forman un título ejecutorio; y bajo el imperio del Código Civil tenían la gran ventaja de implicar hipoteca judi-

1 Lieja, 31 de Marzo de 1834 (Pasieris, 1834, 2, 79).

2 París, 5 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 39).

cial; nuestra Ley Hipotecaria no mantuvo esta hipoteca. Las *sentencias de expediente* son también convenciones, puesto que se forman por concurso de consentimientos y no por la decisión del juez; para ser válidas tienen, pues, que reunir las condiciones requeridas para la existencia y la validez de toda transacción convencional; son indivisibles como toda transacción, mientras que las sentencias no lo son. (1)

372. Hay un magistrado instituido para conciliar á las partes: es el juez de paz. Si llega á conciliarlas el secretario redacta una acta del arreglo tomado. Según el art. 54 del Código de Procedimientos «las convenciones de las partes insertadas en el proceso verbal tienen fuerza de obligación privada.» Esto quiere decir que el acta no es un título ejecutorio, pero no hay que inducir de esto que el acta es un escrito privado. Es un juez quien recibe las convenciones y es un secretario quien las hace constar; luego el acta es auténtica en cuanto á la formalidad y en cuanto á la prueba que resulta.

Un juez de paz conoció de una acción de límites y comprobó el arreglo intervenido entre las partes en cuanto al derecho de paso; es decir, de un pleito que no era de su competencia. Se pretendió que el juez de paz, actuando como juez, no podía recibir el arreglo de las partes. La Corte de Bourdeos desechó esta singular doctrina. El juez de paz, reuniendo calidades, es juez y es magistrado conciliador; luego aunque actúe como juez tiene calidad para conciliar á las partes acerca de las contestaciones que no son de su competencia y en las que, por consiguiente, las partes debían comparecer ante él en conciliación. Sería inútil y casi ridículo mandar á las partes para que comparezcan después ante él cuando se encuentran ante el juez de paz que siempre tiene misión para conciliarlas. (2)

1 Pont, t. II, p. 41 núm. 493 y los autores que cita.

2 Bourdeos, 6 de Julio de 1858 (Sirey 1859, 2, 54).

Ha sucedido que una de las partes se niegue á firmar el acta levantada por el secretario, creyéndose con esto desprendido del convenio. Como el acta no se levanta sino cuando las partes han fijado su arreglo negarse á firmar no puede ser considerado como negarse á tratar; y desde que la convención está perfeccionada por el concurso de consentimientos de las partes tiene que ser ejecutada aunque una de las partes se negara á firmar el acta; basta que ésta esté firmada por el juez y el secretario para ser válida en la forma. (1)

373. Las partes comparecen en audiencia ó en cámara de consejo; ahí se concilian y el secretario levanta acta de sus arreglos. ¿Será válida en la forma esta transacción? No, los tribunales no tienen misión de conciliar á las partes, ni los secretarios de levantar actas de sus convenios. Luego si las partes quieren redactar inmediatamente una acta de sus convenciones deben hacerlo en la forma prescrita por el art. 1325. (2)

374. ¿Las transacciones pueden ser probadas por testigos? En principio no. Este es el sentido del art. 2044. «Este contrato debe ser hecho por escrito» cuando se combina el texto con el informe dado al Tribunalado por Albisson (núm. 367). ¿Por qué excluye el legislador la prueba testimonial? El Relator dice que esto procede de la naturaleza de las transacciones. Una sentencia de la Corte de Lieja que desechó esta prueba nos dice en qué sentido la transacción excluye la prueba por testigos mientras que los demás contratos no solemnes la admiten en los límites de la ley. Las dificultades, dice la Corte, que arredran á las partes eran muchas y eran de tal gravedad que no se puede suponer que hubiesen querido dejar en los términos de una simple transacción verbal prohibida por la ley la convención que ter-

1 Denegada, 5 de Marzo de 1855. (Daloz, 1855, 1, 99).

2 Lieja, 29 de Agosto de 1814. (Pasieris, 1814 p. 215).

minaba sus dificultades. (1) ¿Qué hubiera resultado con la admisión de la prueba testimonial? Es que regularmente hubiera habido un litigio acerca de la prueba; de modo que el acto destinado á terminarlo ó á evitarlo hubiera engendrado un proceso cuando se trataba de probar la transacción. Se conciben los testimonios cuando se trata de comprobar un hecho ó una simple convención, no se concibe que se atenga uno al dicho de los testigos cuando se trata de dificultades de derecho que los testigos no entienden. Había, pues, para dar estabilidad á las convenciones que exigir que fuesen redactadas por escrito.

375. En materia de comercio la prueba por testigos está indefinidamente admitida. ¿Debe concluirse de esto que se puede probar por testigos una transacción intervenida en materia comercial? La jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa, y con justicia. Aunque la transacción se haga en asuntos de comercio no se puede decir que constituye un acto mercantil. Terminar ó evitar un proceso nacido ó por nacer no tiene nada de común con el comercio que consiste en vender ó comprar. Esta es esencialmente una acta civil sometida á las reglas del derecho civil. Además, los motivos por los que la ley desecha la prueba testimonial en materia de transacción se aplican á todas las transacciones, cualquiera que sea su objeto. La Corte de Lieja lo ha hecho notar. Es de la esencia de la transacción poner fin á los pleitos nacidos ó por nacer entre las partes; nada fuera más contrario á este objeto como autorizarse con un acuerdo verbal cuya prueba se diera por testigos; lo que colocaría á las partes en medio de las dificultades de un proceso cuyo resultado dependería de las suertes inseguras de los testimonios. (2)

1 Lieja, 3 de Febrero de 1849. (Pasiericia, 1849, 2, 181) Gante, 22 de Febrero de 1856 (Pasiericia, 1856, 2, 130).

2 Lieja, 10 de Julio de 1858 (Pasiericia, 1859, 2, 107). En el mismo sentido Burdeos, 5 de Febrero de 1857 (Daloz, en la palabra *Transacciones*, núm. 34.)

La prueba testimonial no está admitida, aunque los casos que son objeto de la transacción tuvieran un valor menor de 150 francos. Acerca de este punto todos están acordes. Al decir que la transacción debe ser redactada por escrito sin reservar la prueba testimonial el art. 2044 deroga la regla general del art. 1341. Acabamos de dar los motivos (núm. 375). Sin embargo, el solo texto hubiera sido insuficiente; el art. 1341 comienza también por decir que *debe* levantarse una acta de todas las cosas que excedan del valor de 150 francos. Se hubiera podido decir que el artículo 2044 sólo reproduce la regla del art. 1341. Pero el informe de Albisson no permite esta interpretación; dice claro que la prueba por testigos no es de admitirse en materia de transacción; el art. 2044 tiene, pues, un sentido restrictivo, lo que excluye la prueba testimonial. (1)

376. ¿Pasa lo mismo cuando hay un principio de prueba por escrito? Esta cuestión está muy controvertida. Todos los autores, con excepción de Pont, Merlin y Zachariæ, enseñan que la prueba testimonial no está admitida. (2) La Corte de Casación se pronunció por la opinión contraria, pero las cortes de apelación se han adherido á esta doctrina. Las Cortes de Bélgica están también divididas. Creemos que en ningún caso la transacción puede ser probada por testigos; el texto del art. 2044, combinado con el informe de Albisson, conduce irresistiblemente á esa consecuencia. Si el art. 2044 excluye la prueba testimonial como generalmente se admite la excluye en todos los casos, pues está concebido en términos absolutos; se refiere á todas las hipótesis en las que la prueba testimonial puede admitirse.

Bourges, 12 de Agosto de 1871 [Daloz, 1873, 2, 103]. En sentido contrario, Maasé, *Derecho comercial*, t. IV, núm. 2695.

1 Durantón, t. XVIII, p. 453, núm. 406, y todos los autores.

2 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 245, núm. 502. Aubry y Rau, t. IV, p. 661, nota 8, p. 420.

al art. 1349 tanto como al art. 1341. El espíritu de la ley es tan absoluto como el texto. ¿Por qué admite la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito? Es porque haciendo el escrito probable la cosa hay menos peligro en completar el principio de prueba con testimonios siempre sospechosos. Esta teoría no tiene nada de común con la transacción. Si la ley desecha la prueba testimonial en esta materia no es porque desconfíe de los testigos, es porque los testigos no estarían en estado de dar cuenta de lo que pasó en su presencia; esto conduciría inevitablemente á un conflicto acerca de la prueba. Pues bien, este motivo recibe su aplicación cuando la prueba testimonial sólo se admite con un principio de prueba escrita tanto como cuando se admite directamente. Si se admite la explicación que Albisson ha dado del art. 2044 se debe necesariamente concluir que la exclusión de la prueba por testigos es absoluta. Sin embargo, la Sala Civil ha desechado esta opinión después de larga deliberación y sobre las conclusiones del Abogado General. Hay, pues, duda. Debe oírse á la Corte.

Esta admite que el art. 2044 deroga el 1341 y, por consiguiente, la prueba testimonial no es admisible aunque el interés comprometido en la transacción fuera mayor que 150 francos. La Corte concluye que el art. 2044 deja entera, por lo mismo que nada dice de ella, la disposición del art. 1347 que autoriza como regla general la prueba testimonial cuando puede apoyarse en un principio de prueba escrita. Este argumento supone que el art. 2044 se refiere únicamente al art. 1341; la suposición es puramente gratuita; en efecto, el art. 2044 está concebido en términos absolutos: quiere que la transacción se haga por escrito; y ¿puede decirse que la transacción está escrita cuando sólo hay un principio de prueba escrita? Luego el art. 2044 impide la aplicación del art. 1347 como impide la del artícu-

lo 1341. Los motivos del art. 2044, tales como los ha expuesto el Relator del Tribuado, son igualmente absolutos; nos sorprende que la Corte de Casación nada diga de un elemento tan esencial del debate. Es inútil continuar esta crítica de la sentencia de la Corte de Casación; si lo que decimos del punto de partida de la Corte es verdadero todas las consecuencias que deduce caen por esto mismo. (1)

377. Hay un caso en el que, en opinión general, la prueba testimonial es admitida: este es el caso de pérdida del acta que fué levantada para comprobar la transacción. No se puede en este caso reprochar á las partes el haber descuidado de conformarse al art. 2044, puesto que lo habían hecho, y como es una fuerza mayor que las privó de esta prueba la ley tiene que darle la prueba por testigos; el derecho y la equidad así lo exigen. Traducimos á lo dicho acerca del art. 1348, núm. 4, en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 571).

378. Se pregunta si la transacción puede ser probada por la confesión de las partes. La afirmativa está escrita en el texto del art. 1356, según el cual la confesión judicial hace fe plena contra aquel de quien procede. Esto no es dudoso. Pero hay controversia acerca del punto de saber si una de las partes puede interrogar á la otra; esto también nos parece dudoso, pues el interrogatorio no tiene más objeto que el de obtener una confesión por parte del interrogado. Tal es también la opinión de todos los autores, excepto Troplong, y ha sido consagrada por la jurisprudencia. (2) ¿Qué dice Troplong para justificar su disenso? Que es deplorable abrir la lucha judicial acerca de la existencia de una ac-

1 Casación, 28 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 105). En el mismo sentido, Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 25 de Abril de 1844 (Pasicrisia, 1844, 1, 152). Bruselas, 13 de Mayo de 1863 (Pasicrisia, 1864, 2, 22). En sentido contrario, Nancy, 5 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45); Metz, 30 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1860, 2, 239). Lieja, 1.º de Marzo de 1848 (Pasicrisia, 1848, 2, 49).

2 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 252, núm. 506, nota 2.

ta destinada á concluirla. En nuestro concepto hay algo más deplorable aún: es contestar á las partes interesadas un derecho que las leyes les conceden. «Las partes pueden, en cualquiera materia, pedir que se absuelvan posiciones» (Código de Procedimientos, art. 324). Troplong agrega: «¿Qué impedía á las partes concluir su arreglo por escrito si era esto definitivo?» (1) No se trata de lo que las partes podían hacer y no han hecho, se trata de lo que tienen el derecho de hacer; y su derecho está escrito en la ley.

379. ¿El juramento decisorio puede ser diferido acerca del punto de saber si hay transacción? Esta es otra cuestión más controvertida, y no debería serlo. «Según el art. 1358 el juramento decisorio puede ser diferido en toda clase de contestación.» Los tribunales se han atendido á este texto tan claro y tan terminante. Lo han aplicado á la transacción porque no hay ningún motivo para excepción. Los autores también se pronuncian en favor de esta opinión. (2) Troplong sólo es de opinión contraria. Uno solo puede tener razón contra todos. ¿En el caso tiene Troplong motivos tan poderosos para separarse de la doctrina que los autores enseñan y que la jurisprudencia consagra? Cita primero una sentencia de la Corte de Montpellier que no dice lo que el autor le hace decir. Luego viene la razón que hace que deseche la opinión común. El juramento decisorio, dice, es un medio de prueba que pugna con la naturaleza de la transacción; supone un proceso en la prueba y la ley no quiere que pueda haberlo. ¿Cuál es esta ley? El único artículo del Código que trata de la cuestión es el 2044. ¿Quiere decir este artículo que la ley no quiere que haya proceso acerca de la prueba? Sí, cuando se trata de prueba testimonial úni-

1 Troplong, *De las Transacciones*, núm. 31.

2 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 252, núm. 507 y en Aubry y Rau, t. IV, p. 660, nota 7, pfo. 420. Debe agregarse La Hays, 3 y 26 de Julio de 1823 (Pasicrisia, 1823, ps. 456 y 486).

ca que deseche el Código. Nó, cuando se trata de cualquiera otra prueba. No sólo la ley pretendida por Troplong no existe sino que nunca la hará el legislador porque sería absurda. Troplong admite la confesión. ¿Acaso no puede haber pleito acerca de la confesión? Surgen cada día, y de los más difíciles, acerca de la indivisión de la confesión; tendría, pues, que desecharse la confesión. Sería también necesario desechar la prueba literal que el Código admite, pues los escritos también dan lugar á pleitos, así como cualquiera prueba. Troplong combate después á Merlin. No interviene en este debate en el que la vanidad del autor está en juego mucho más que la ciencia. (1)

1 Troplong, *De las Transacciones*, núm. 29.

es inútil sea por lo que se haya ensayado interpretarla en un sentido que le diera alguna importancia. El art. 1229 dice que la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la inejecución de la obligación principal. De aquí la ley deduce esta consecuencia: que el acreedor puede pedir al mismo tiempo la principal y la pena. Toullier, seguido por algunos autores, enseña que esta regla no se aplica á la transacción. (1) El error nos parece cierto. El art. 2047 no deroga el derecho común, puesto que sólo lo consagra; y no fué la intención de los autores del Código derogarlo, puesto que el Relator del Tribunal dice terminantemente que los efectos de la pena agregados á la transacción están arreglados por los principios expuestos en el título *De las Obligaciones*. (2)

Distinta es la cuestión de saber si las partes pueden estipular la asimilación de la pena y de la ejecución de la obligación principal. La afirmativa no es dudosa, como lo hemos observado al tratarse de la cláusula penal (t. XVII, núm. 461). Las partes pueden hacer las convenciones que juzguen convenientes con tal que no pugnen contra las buenas costumbres ni contra el orden público. (3) En las transacciones, y en esto tiene razón Toullier, hay motivos por los cuales la acumulación puede ser estipulada es que las partes están comprometidas en un proceso y quieren ponerse al abrigo de los disgustos que hacen surgir un juicio; el medio más sencillo de impedirlo es penar á aquel de los contratantes que en menoscabo de la transacción haga nacer el proceso. (4)

382. Toullier formula aún otra pregunta. ¿El que pide

1 Toullier, t. III, 2, núm. 830, seguido por Marbeau y Taulier.

2 Albisson, Informe núm. 5 (Loché t. VII, p. 465). Pont, t. II, p. 311, número 617 y los autores que cita.

3 Véase un ejemplo de Denegada, 23 de Diciembre de 1874 [Dalloz, 1875, 1, 22].

4 Pont, t. II, p. 312, núm. 617 y p. 313, núm. 624. Aubry y Rau, t. IV, p. 667 y nota 14, pfo. 42.

CAPITULO II.

De los efectos de la transacción

§ I.—DE LA CLAUSULA PENAL ADJUNTA Á LA TRANSACCION.

380. Las transacciones, dice el art. 2044, tienen por objeto terminar una contestación ó evitarla. Por esto se las compara á una sentencia que las partes se han dictado ellas mismas, y cuando ella se ha hecho justicia no se las debe admitir á quejarse. Si fuera de otro modo las transacciones mismas se volverían una nueva causa para un proceso. Siendo este contrato irrevocable resulta uno de los más útiles para conservar la paz de los hogares y la de la sociedad en general. Pero las pasiones del hombre no siempre respetan las convenciones, ni aun las más sagradas, y no hay pasión más tenaz que el interés; se cede y se transa, pero se arrepiente uno de haber hecho concesiones y se desea deshacer lo ya hecho. Para asegurar de antemano la irrevocabilidad de las transacciones las partes agregan una pena. El art. 2047 consagra esta costumbre, disponiendo que «se puede agregar á una transacción la estipulación de una pena contra el que faltare á su ejecución.» Disposición inútil, puesto que la cláusula penal es de derecho común y siempre se puede estipular en todos los contratos.

381. Tal vez porque la disposición citada del art. 2047

la nulidad de la transacción está obligado á sufrir la pena sólo porque se promueva en justicia? Toullier dice que sí, porque la pena ha sido estipulada precisamente para impedir á una de las partes promover. Esto no es del todo exacto. La pena se conviene para sancionar una obligación válida, y el demandante pretende que la transacción es nula, y si realmente lo es la pena decae. Es cierto que si el demandante paga la pena y si después la transacción es anulada podrá repetir lo que ha pagado, pues que lo ha hecho sin causa; es, pues, el resultado del proceso en nulidad el que decidirá si el demandante debe pagar ó no la pena. (1)

Se ha juzgado que una demanda en rectificación fundada en un error de cálculo no da entrada á la pena. La sentencia insiste en la buena fe del demandante; estatuye, pues, más de hecho que de derecho. (2) Nos parece que se deben colocar en la misma línea todos los demandados que tienen por objeto atacar la transacción por cualquiera razón: se incurre en la pena desde que la demanda no está fundada.

§ II.—DE LA TRANSACCION CONSIDERADA
COMO COSA JUZGADA.

383. El art. 2052 sienta en principio que «las transacciones tienen entre las partes autoridad de cosa juzgada en última sentencia.» Esta asimilación es demasiado absoluta; veremos al explicar los efectos de las transacciones que difieren en varios puntos de las sentencias.

La transacción tiene un primer efecto que resulta del objeto mismo que las partes tienen en vista; si interviene en el curso de un proceso pone fin al litigio; el negocio se sobresee como terminado. Esto supone, sin embargo, que la transacción es válida; si fuera anulada se la consideraría

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 667, y nota 15, pfo. 421.

2 Bastia, 8 de Febrero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Transacción*, número 120).

como no haber existido nunca y, por consiguiente, la instancia no podrá continuar sin nueva citación de las partes. (1)

Mientras subsiste la transacción no puede haber nueva instancia con el mismo objeto, la misma causa, si está formada entre las mismas partes; el demandado la rechazará por una excepción análoga á la que resulta de una sentencia. Vamos á volver á este punto. Si no hay lugar á la excepción la demanda es válida aunque dependiere del litigio al que dió fin la transacción. Se necesitaría, pues, nueva demanda, y si las partes hubieran transado en apelación la demanda tendría que sufrir ambos grados de jurisdicción. (2)

384. La transacción da á cada parte una excepción análoga á la de la cosa juzgada: la llamaremos excepción de transacción (*exceptio litis per transactionem finitæ*). Esta es la consecuencia más directa del art. 2052; puesto que la transacción tiene, entre las partes, autoridad de cosa juzgada en última instancia debe resultar una excepción de cosa juzgada, pues la autoridad de una sentencia consiste en que la cosa que fué resuelta no puede ya ser contestada en justicia entre las mismas partes; la excepción está concedida para impedir que el segundo juez que conociera decida la cuestión en un sentido diferente á la primera sentencia. Teniendo la transacción el mismo objeto que la sentencia, el de poner fin al pleito é impedir, por consiguiente, que renazca, era preciso dar á las partes la excepción que resulte de la cosa juzgada, con el fin de impedir que el asunto terminado por la transacción pueda ser reproducido en justicia. A este respecto hay analogía entre la excepción de transacción y la de la cosa juzgada. Pero no se puede decir de la

1 Lieja, 23 de Diciembre de 1816 (Pasicrisia, 1816, p. 263).

2 Bruselas, 23 de Diciembre de 1835 (Pasicrisia, 1835, 2, 367). Denegada, 17 de Junio de 1870 [Dalloz, 1870, 1, 247].

transacción lo que se dice de la sentencia, á saber: que la cosa juzgada se presume ser la verdad y que uno de los fundamentos del orden social es que esta verdad no pueda ser destruida. Las transacciones sólo son convenios particulares, no son más sagradas que las demás convenciones. Pueden ser atacadas y anuladas como cualquier contrato, mientras que las sentencias pasadas á autoridad de cosa juzgada son irreformables. Volveremos á esta acción de nulidad de las transacciones; por ahora tenemos que atenernos al carácter de cosa juzgada que les pertenecen.

385. El art. 1351 determina las condiciones requeridas para que haya lugar á la excepción de cosa juzgada. Estas mismas condiciones son exigidas para la excepción de transacción; resultan de la misma naturaleza de la cosa juzgada; de modo que el art. 2052 que sienta en principio que las transacciones tienen entre las partes autoridad de cosa juzgada en última instancia basta para que se deban aplicar á la excepción de transacción las disposiciones del artículo 1351.

El Código contiene aplicaciones de este principio; pero, por un irregular defecto de clasificación, pone el principio en el art. 2052 y da sus consecuencias en los artículos 2048-2051 que la preceden y sin que se haya dicho una palabra de una excepción de cosa juzgada ó transada. Esto es porque estas disposiciones pueden también referirse á los principios generales acerca de las convenciones. Sin embargo, hubiera sido más sencillo y más lógico atenerse, en cuanto al principio, al art. 2052, á reserva de trasladar, en cuanto á las condiciones, al 1351; de modo que los artículos 2048-2051 son en realidad inútiles. No imitaremos este desorden; es inútil tratar de nuevo, con ocasión de la excepción de transacción, cuestiones que ya hemos examinado al explicar el art. 1351. Bastará establecer las condiciones que resultan de la analogía que el art. 2052 establece entre ambas excep-

ciones, agregando las aplicaciones que el Código da de ello en los artículos 2048-2051.

386. El art. 2052 dice que las transacciones tienen entre las partes autoridad de cosa juzgada. Esta es una de las condiciones exigidas por el art. 1351; es necesario que la demanda sea entre las partes. La ley agrega: y formada por ellas y contra ellas en la misma calidad; esta última condición no está reproducida en el título *De las Transacciones*, pero es de derecho, pues no se trata de la identidad física de las partes sino de su identidad jurídica. Hay una sentencia de Bruselas en este sentido y la cosa no es dudosa. (1)

El art. 2051 contiene una consecuencia de este principio: "La transacción hecha por uno de los interesados no liga á los demás interesados y no puede ser opuesta por ellos." ¿Qué debe decidirse si los varios interesados están unidos por un lazo de solidaridad y de indivisión? ¿Y cuándo uno de ellos es acreedor principal y el otro caucionante? Ya hemos examinado estas cuestiones y otras dificultades análogas en el título *De las Obligaciones* (t. XX, números 113-117).

387. El art. 2050 contiene una disposición que no se sabe dónde clasificarla; dice así: "Si aquel que había transado en un derecho que tenía adquiere después un *derecho semejante* por punto de otra persona, no queda ligado en cuanto al derecho nuevamente adquirido por la transacción anterior." ¿Esta disposición se relaciona á la condición de identidad de personas ó es una continuación de las disposiciones que preceden relativas á la identidad de objeto? La última explicación es la que da el Orador del Gobierno; este es el ejemplo que cita y que tomó en Domat. Un menor transa con su tutor acerca de la parte que tenía de por sí en la sucesión de su hermano; más tarde se vuelve hereder-

1 Bruselas, 7 de Julio de 1847 (Pasicrisia, 1848, 2, 182).

ro de su hermano por la otra parte. ¿Podrá el tutor oponerle la transacción que intervino en ellos? Nó; en este punto no hay ninguna duda. Queda por saber cuál es el motivo de decidir. Las partes son las mismas, pero el objeto es diferente; es en su parte hereditaria en la que transó el menor, no es en la de su hermano. Luego no hay lugar á la excepción de transacción porque la condición de identidad de objeto hace falta. (1)

Si se interpretara así la ley, se dice, el art. 2051 sólo repetiría lo que han dicho ya los arts. 2048 y 2049. Debe, pues, suponerse que este artículo prevee la condición de identidad de las partes. Transo acerca de un derecho que pretendía tener. Luego me hago heredero de una persona á quien pertenecía este mismo derecho. Podría yo ejercerlo sin que haya lugar á rechazar mi acción por la excepción de transacción; es verdad que el derecho es el mismo, pero las personas son diferentes, pues en el segundo negocio ya no obro en mi nombre propio, obro como heredero. (2)

Esta segunda interpretación es, en rigor, admisible. Sin embargo, preferimos la primera desde luego porque es la que dan los autores del Código, en seguida porque concuerda mejor con el texto del art. 2051; se trata de un *derecho semejante*, lo que entra en la explicación de Bigot-Práameneu, mientras que en la otra interpretación se está obligado á cambiar el texto leyendo *derecho idéntico* en lugar de *derecho semejante*. En cuanto á la objeción de que el art. 2051, así interpretado, es una repetición inútil de las disposiciones que preceden nos incomoda poco; el Código está tan mal redactado en esta materia que se haría mal en exigir lógica donde no la hay.

388. Es necesario identidad de causa y de objeto. Esto

1 Bigot-Práameneu, Exposición de los motivos, núm. 8 [Loché, t. VII, página 460].

2 Pont, t. II, p. 346, núm. 666.

resulta de la combinación de los arts. 2052 y 1351. En cuanto al principio trasladamos al título *De las Obligaciones*. El Código no se ocupa de esta condición más que para decir que las transacciones son de estricta interpretación: "Las transacciones, dice el art. 2048, se encierran en su objeto," y el art. 2049 agrega que "las transacciones sólo fijan las diferencias que se comprenden en ellas." Este principio de interpretación resulta de la naturaleza de las transacciones; implica que cada contrante sacrifica una parte de sus derechos; y las renunciaciones son de derecho estrecho, no pueden nunca ser extendidas, hay que atenerse á la voluntad del que renuncia. (1) Esto es lo que dice el art. 2049: "Las transacciones sólo fijan las diferencias que están en ellas comprendidas, sea que las partes hayan manifestado su intención por expresiones *especiales* ó *generales*, sea que se conozca esta intención por una consecuencia necesaria de lo expresado." Esto es decir que no debe uno apegarse á los términos. El art. 2048 dice la misma cosa: "La renuncia á todo derecho, acciones y pretensiones, no se entiende más que por lo que se refiere á la diferencia que dió lugar á la transacción." Estas reglas de interpretación son en el fondo las que establece el Código en el título *De las Obligaciones*. "En las convenciones se debe buscar cuál es la común intención de las partes interesadas más bien que atenerse al sentido literal de los términos" (art. 1156). "Por muy generales que sean los términos en que una convención esté concebida sólo comprende las cosas en que aparece que las partes se han querido contratar." (art. 1163). Se ve que el legislador tiene poca confianza en la redacción de las actas; es raro que éstas sean obra de las partes, y los que las redactan ponen en ellas claramente la precisión y claridad que son de desear. Sin embargo, no hay que exa-

1 Véase una aplicación en una sentencia de Lieja, 25 de Junio de 1855 (Pasaris, 1856, 2, 145).

gerar las cosas y hacer decir al legislador lo que no quiso decir. Cuando los términos de una convención no dejan duda alguna hay que atenerse á ellos, así como se debe aplicar la ley en el sentido claro que presenta; sólo hay lugar á interpretación cuando hay duda, y en este caso hay que tener cuenta la intención en los contratos más aún que en las leyes, porque las leyes están generalmente mejor redactadas.

389. ¿Cómo puede el juez conocer la intención de las partes contratantes? Esto es una cuestión de hecho que la teoría es impotente para resolver. Se ha tratado de formular reglas; dudamos mucho de que las consulte jamás un magistrado; si aunque las consultara no le serviría de nada; cuando el juez es hombre de buen sentido y de experiencia apreciará mejor la voluntad de las partes que el más sutil jurisconsulto. Sólo hay una de estas reglas que toca al derecho, y es de tal evidencia que casi es inútil formularla. ¿En que época debe uno reportarse para apreciar la intención de los contratantes? Se trata de saber lo que han querido; es en el momento del contrato cuando expresaron su voluntad; es, pues, necesario que el juez se coloque en la situación de las partes en aquel momento para decidir lo que éstas quieran. (1)

390. Tomaremos algunas aplicaciones de la jurisprudencia. Una diligencia se vuelca y resulta herido un viajero; transa con el empresario acerca de los daños y perjuicios que resultan de la herida. Más tarde muere á consecuencia de la herida. La viuda y los hijos demandan al empresario éste les opone la transacción. La Corte de Aix desechó la defensa. En el caso no había ninguna duda acerca de la intención de las partes; éstas entendieron transar no acerca de la muerte, que no se podía preveer cuando la conven-

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 665, y notas 8 y 9. Pont, t. II, p. 341, núms. 657 y 658.

ción, sino sólo acerca de una fractura, único daño que existía en aquella época. Siendo la muerte un mero perjuicio mucho más grave que el primero la parte perjudicada tenía el derecho de promover sin que se le pudiera oponer la excepción de transacción. (1)

Surge un litigio entre el dador y el arrendatario de un molino acerca de las reposiciones por hacer en un canal y viaducto. Intervienen dos transacciones entre las partes en 1825 y en 1826. Más tarde nuevas dificultades dieron origen á un nuevo proceso. El locatario pretendió que las transacciones habían puesto á cargo del dador las reposiciones; éste contestó que había transado en las reposiciones que eran el objeto de la diferencia y no en las reposiciones por venir. Había un motivo de duda. En el fondo siempre era la misma dificultad la que se presentaba; las partes habían, pues, podido transar en la cuestión de derecho, pero no lo habían hecho; ninguna cláusula de ambas transacciones imponía al dador la obligación de soportar todas las reposiciones que surgieran durante el contrato. Se necesitaba, pues, aplicar el principio de interpretación de las transacciones. (2)

391. La interpretación de las transacciones da lugar á una cuestión muy delicada, pero que no entra en los límites de nuestro trabajo. Es de principio que los jueces del hecho tienen un poder soberano para interpretar las convenciones. ¿Se extiende este poder á las transacciones? La afirmativa no nos parece dudosa, pues las transacciones son unos contratos. ¿Qué importa que la ley les dé autoridad de cosa juzgada? Esto no impide que sean convenciones cuya extensión y alcance deban ser determinadas según la intención de las partes contratantes; y si hay una cuestión que sea de hecho es seguramente la de la intención que tu-

1 Aix, 29 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Transacciones*, núm. 100)

2 Denegada, 24 de Noviembre de 1832 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 665).

vieron las partes al contratar. (1) Tomaremos un ejemplo en una sentencia de la Corte de Casación pronunciada por informe del Consejero Mesnard. Un municipio pidió casación por violación de los arts. 2048 y 2049; la sentencia atacada comprobaba que la transacción comprendía un pantano perteneciente á una abadía, mientras que las partes habían entendido transar en pantanos municipales procedentes de la casa de Orleans. ¿La Corte de Casación era competente para conocer en este debate? Nó, pues suponiendo que la sentencia atacada hubiera interpretado mal la transacción no resultaba de ella una violación de una ley; hubiera interpretado mal la intención de las partes. Oigamos al Consejero Relator. «Todo el alegato del demandante tiende á establecer contrariamente á lo que fué decidido que la transacción de 1829 no se aplica al pantano que es objeto del pleito. ¿Y preguntamos si está en nuestras atribuciones entregarnos á las mismas investigaciones? Apreciaréis los títulos producidos, los planos, los deslindes invocados y hasta la intención presunta de las partes contratantes para buscar si las cláusulas del acta se aplican á tal ó cual pantano. ¿La apreciación de la Corte de Apelación acerca de este punto no es soberana? En nuestro concepto basta presentar estas cuestiones para resolverlas. Si las han llevado tan amenudo ante la Corte de Casación es porque han transformado una cuestión de hecho en una de derecho. Las transacciones, se ha dicho, tienen autoridad de cosa juzgada; luego se les deben aplicar los principios que rigen las sentencias. Se seguiría de esto que la Corte de Casación siempre sería competente en materia de transacción aunque el debate fuera de hecho puro, como en el caso. ¿Y qué resultaría? El Consejero Mesnard dice muy bien que la Corte de Casación se tomaría en un tercer grado de jurisdic-

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, ps. 665 y siguientes, notas 10 y 11, pfo. 421; Pont, t. II, p. 336, núms. 646 648.

ción. ¿Es esto lo que dice el art. 2052? ¿Transforma un contrato en una sentencia? El texto mismo del Código se resiste á tal interpretación; ya lo hemos dicho, y volveremos á ello; hay diferencias esenciales entre las transacciones y las sentencias, y estas diferencias derivan de un sólo y mismo principio; á saber: que la transacción es un contrato intervenido entre particulares sin ningún carácter público, mientras que las sentencias son obras de un poder de la soberanía ejercida por la autoridad judicial. Esta diferencia capital es decisiva cuando se trata de la competencia de la Corte de Casación; en materia de transacciones no tiene más atribuciones que en materia de contratos en general.

¿Quiere esto decir que la Corte de Casación no sea nunca competente en materia de transacción? La cuestión no tiene sentido y el pretendido conflicto que existiría á este respecto entre la Sala de Requisiciones y la Sala Civil es igualmente imaginario. Si la Sala de Requisiciones fuera de opinión que nunca hay lugar á casación en materia de transacción desearía todos los recursos y, por consiguiente, la Cámara Civil nunca conocería la dificultad. A decir verdad la Sala de Requisiciones no entendió negar de un modo absoluto la competencia de la Corte de Casación. El Consejero Mesnard nos dirá en qué casos la Corte puede recibir el recurso y casar: si los jueces del hecho se equivocaron en el verdadero carácter de una transacción, ya sea admitiéndolos cuando no existen, ya desconociéndolos cuando los hay, sin ellos sería un error de derecho que cae bajo la censura de la Corte de Casación. Lo mismo pasa si en la apreciación de las consecuencias legales de una transacción se apartaron de las disposiciones de la ley que las ha determinado; aquí también habría violación de la ley y, por tanto, lugar á casación. Pero, agrega el Relator, todas las veces que los primeros jueces se han limitado á apreciar un he-

cho según los documentos ministrados y la intención presumida de las partes su apreciación será soberana porque no viola la ley en ningún punto.

La sentencia pronunciada por la Sala de Requisiciones acerca de este informe consagra el derecho de interpretación de los jueces del hecho, así como el de la Corte de Casación para reformar las sentencias que bajo pretexto de interpretación desconocen los caracteres legales de la transacción, así como las consecuencias legales de este contrato. (1).

392. Citaremos también un caso en el que la Cámara Civil ha casado una sentencia que había anulado una transacción fundándose en el art. 2048. Un joven cultivador murió á la edad de 22 años, después de legar todos sus bienes á su tío político, que había sido su tutor. El testamento fué atacado por la hermana del difunto, por no ser la libre expresión de la voluntad del testador, que éste se encontraba en la imposibilidad de manifestar visto su estado enfermizo. Antes que la instancia se abriera definitivamente intervino una transacción. Los términos del acta eran generales: los esposos que habían atacado el testamento declaraban que se prohibían todos los medios de promoción por una instancia contra el legatario, por cuanto al testamento, cualquiera que fuera la causa de nulidad *que habían podido ó pudieran* invocar más tarde. Apenas ejecutada la transacción cuando fué de nuevo atacada por motivo de que el testador no había podido disponer en favor del que había sido su tutor sin que ninguna cuenta haya sido dada. La acción de nulidad, desechada por el Tribunal de Primera Instancia, fué admitida por la Corte de Besançon, por aplicación del art. 2048. Por más generales que fueran los términos de la transacción, dice la Corte, no se les podía aplicar á una causa de nulidad que no había si-

1 Denegada, 20 de Junio de 1842 [Dalloz, en la palabra *Transacción*, número 133].

do prevista. Recurso de casación admitido por la Sala de Requisiciones. La Cámara Civil casó la sentencia atacada. Sienta en principio que la transacción acerca de un testamento está encerrada dentro de su objeto cuando se la aplica no sólo á tal ó cual causa de nulidad del testamento sino á todas las causas que hubieran podido impedir su ejecución. Después la Corte comprueba, según la sentencia atacada, que los demandados en casación sabían que el legatario había sido tutor del testador. Desde luego los términos generales de la transacción comprendían la causa de nulidad del art. 907 tanto como las demás causas, aunque el art. 907 no hubiera sido invocado. ¿Esa talsa interpretación de la convención era también una violación de la ley? Sí, pues limitaba los efectos de la renuncia por una falsa aplicación del art. 2048, violaba el art. 2044 que autoriza la transacción en pleitos futuros, y los términos de la transacción se referían á lo venidero; en fin, la Corte había violado el art. 2052 negando dar efecto á una transacción que la ley pone en la misma línea que la cosa juzgada. (1)

§ III. — ¿LA TRANSACCIÓN ES DECLARATIVA Ó TRANSLATIVA DE DERECHO?

393. Las convenciones son translativas de propiedad mientras que la sentencia sólo declara cuál fué siempre el derecho de las partes y no les atribuye ningún derecho nuevo. ¿Debe á este respecto asimilarse la transacción á las convenciones ó á las sentencias? La opinión general es que la transacción es simplemente declarativa de derechos que hacían el objeto de la contestación; esto resulta de la naturaleza misma de la transacción. Si yo reivindico un fundo detenido por Pablo, y si transamos, la transacción es

1 Casación, 19 de Noviembre de 1851, por las conclusiones contrarias del Abogado General Nicias-Gaillard [Dalloz, 1851, 1, 321].

como si equivaliera á una sentencia; si por la transacción Pablo conserva la propiedad de una parte del fundo y me abandona la otra es como si el juez hubiera decidido que siempre hemos sido Pablo y yo propietarios de la parte del fundo que nos reconoce la transacción. Sin embargo, esta asimilación de la transacción con una sentencia es una ficción más bien que una realidad; los que transan sacrifican una parte de sus pretensiones; es decir, lo que consideraban como su derecho; el juez, al contrario, no procede por vía de sacrificio, procede por el derecho; de modo que en caso de una reivindicación hubiera adjudicado el fundo á una de las partes, sea á Pablo, sea á mí, y la otra nada hubiera obtenido. No se puede, pues, aplicar á la transacción lo que es verdad sólo de la sentencia propiamente dicha. Si no obstante se admite que la transacción es declarativa de derecho es porque tal es la intención de las partes contratantes. Cuando una transacción me reconoce la propiedad de una parte del fundo que reivindicaba contra Pablo no entiendo reconocer que adquiero esta propiedad como si la comprara, pretendo haber sido propietario de todo el fundo, y si me conformo con una parte es para evitar los disgustos y gastos de un pleito; mi pretensión es, pues, la de haber sido siempre propietario de la parte del fundo que se me abandona. Y la pretensión de Pablo es la misma; sostiene también que es propietario de todo el fundo; con más razón sostendrá que siempre tuvo la propiedad de la parte del fundo que se reserva. Así resulta de la intención de los contratantes que la transacción no da un nuevo derecho á ninguno de los dos; luego no forma un título de adquisición. En efecto, ¿cuál es en definitiva el objeto de la transacción? Es el de poner fin á un pleito.

Esta es la palabra de Dumoulin: *Nullum dominium transfertur, nec novum jus, nec novum titulus in re acquiritur, sed sola liberatio controversiæ*. D'Argentré, que no está acorde

en nada con Dumoulin, opinaba igual en este punto. Sus autoridades terminaron la controversia que existía en el antiguo derecho francés. Pothier sólo resumió la doctrina de estos grandes jurisconsultos. (1) Sin embargo, la controversia se ha renovado en los tiempos modernos, en derecho fiscal y en el terreno del derecho civil. Volveremos á ella acerca de las pretensiones del derecho fiscal. Las objeciones que se hacen en derecho contra la doctrina tradicional tienen poco valor. (2) Toda transacción, se dice, contiene un sacrificio; es decir, una renuncia; luego una enajenación. Es verdad que la palabra *renuncia* se encuentra en la ley (art. 2048), y esta renuncia implica una disposición, puesto que el art. 2045 dice que para transar se tiene que tener la capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Apesar de esto es verdad decir que la transacción no transmite la propiedad. Los contratos translativos de propiedad exigen el concurso de consentimientos de ambas partes contratantes, y este concurso de voluntades no existe en materia de transacción. Me desisto de una parte de mis pretensiones; reivindicaba todo el fundo y me conformo con la tercera parte; ¿implica esto la renuncia de las dos terceras partes restantes? Se expresan mal diciendo que por la transacción renunció á las dos terceras partes del fundo; debe decirse que renunció á las dos terceras partes de mis pretensiones, lo que es muy diferente. Pablo, contra el que reivindicó, acepta mi renuncia á una parte de mis pretensiones; no acepta la renuncia á una parte del fundo, puesto que pretendo haber sido siempre propietario de dicha parte; luego no hay ningún con-

1 Dumoulin, *Costumbre de París*, título *De los Feudos*, pfo. 33, glosa 1, número 67. D'Argentré, *Costumbre de Bretaña*, art. 266, cap. III [*Del título pro transacción*]. Pothier, *Del retiro*, núm. 110; *De la Comunidad*, núm. 164; *De la Venta*, núm. 646. Compárese Pont, t. II, p. 318, núm. 631 y las disertaciones citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 668, nota 17, pfo. 421.

2 Mourlón, *Revista práctica*, t. III, ps. 321 y siguientes. Accarias, *De las Transacciones*, núms. 143 y siguientes.

curso de voluntades para la translación de propiedad. (1) Siempre hay que volver á la palabra de Dumoulin: hay concurso de consentimientos para terminar un pleito, no lo hay para transferir la propiedad.

394. Hay, sin embargo, casos en que la transacción contiene una translación de propiedad sin que se pueda decir que la translación es translativa de los derechos que se comprenden en ella. La transacción tiene esencialmente por objeto derechos de endoso litigiosos; y en cuanto á estos derechos nunca es traslativa de propiedad. Pero si las partes hacen entrar en ella un derecho seguro, el cual, por su voluntad, pasa de una á otra persona hay seguramente translación de propiedad; pero no es la transacción propiamente dicha, pues no la puede haber en un derecho seguro. Transamos en una acción de reivindicación bajo la condición de que me cederéis tal casa de la que sois propietario; hay, en este caso, translación de la propiedad de dicha casa; pero esta translación no es el objeto de la transacción, pues el derecho de propiedad de la casa no era el objeto de nuestra diferencia ni transamos en este derecho; luego no es virtud de la transacción que el derecho cambie de forma, es en virtud de un concurso de voluntades que se reúne á la transacción, pero que no es la misma transacción. Con más razón había translación de propiedad si el acta dice que una de las partes reconoce que la cosa litigiosa pertenece á la otra y que ésta se la cede por cierta suma; pero esta convención, dice Pothier, no sería una transacción, sería una venta. (2) Desde que hay una convención acerca de un derecho seguro no hay transacción, esta convención puede ser translativa de propiedad sin que resulte de ella que la transacción sea translativa de derechos. (3)

1 Troplong, *De las Transacciones*, núm. 7.

2 Pothier, *De la Venta*, núm. 647.

3 Pont, t. II, p. 320, núm. 632.

395. El principio de que la transacción es simplemente declarativa de derechos conduce á consecuencias muy importantes. Desde luego la transacción no puede ser invocada como un justo título en materia de prescripción; en efecto, no hay más justo título que el que procede de la propiedad. La transacción no es, pues, un justo título. Sucede diferentemente cuando la transacción comprende una translación de propiedad; se vuelve al derecho común; no es la transacción como tal la que será un justo título es la convención translativa de propiedad. (1)

396. Hay una segunda consecuencia también muy segura: la transacción no da lugar á garantía. Basta recordar el objeto de la transacción para convencerse de ello. Esto pone fin al pleito; además, cada parte conserva los derechos que tenía ó pretendía tener, aminorados sólo por las concesiones que tuvieron que hacer; no puede, pues, tratarse de garantía. (2) Esta es la opinión general. Sin embargo, si se atuviera uno á la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado habría que decidir lo contrario. El proyecto consagraba la doctrina tradicional en estos términos: «No hay lugar á la garantía de los objetos en los que cada parte pretende tener derechos de los que se desistió en favor del otro aunque este desistimiento hubiera sido convenido mediante dinero.» Esta disposición pareció injusta al Primer Cónsul y Berlier hizo mal en aprobar esta crítica; en consecuencia, la disposición fué suprimida. Así el Consejo de Estado, asociándose á esta manera de ser, admitía que habría lugar á la garantía. ¿No hay en esto una decisión terminante que el intérprete se ve obligado á aceptar? No, se dice, porque el Consejo de Estado no ha sancionado la proposición contraria, no reemplazó la disposición del proyecto con una nueva

1 Véanse los autores citados por Pont, t. II, p. 329, núm. 638, y por Aubry y Rau, t. IV, p. 668, nota 19, pfo. 421.

2 Pothier, *De la Venta*, núm. 646.

disposición. Esto es verdad; pero desechar un artículo que dice que no hay lugar á garantía ¿no es decidir que la garantía es justa? (1) No obstante, no tenemos ningún escrúpulo en adherirnos á la opinión general, porque no reconocemos á las discusiones del Consejo de Estado la autoridad que se les atribuye ordinariamente. Pero se ve que cuando la discusión molesta á los autores no la toman mucho en cuenta.

397. Una tercera consecuencia del mismo principio es que la transacción no está sometida á la transcripción ó registro, aun cuando se refiera á derechos reales inmobiliarios. Si se admite el principio la consecuencia es cierta, puesto que nuestra ley no ordenaría la transcripción más que de los actos *translativos* de derechos inmobiliarios; es verdad que agrega actos *declarativos*, pero esta disposición se refiere á la división y no tiene nada de común con la transacción. Aun se han prevalecido de la disposición de las leyes nuevas que sujetan á la transcripción los actos de renuncia de derechos reales inmobiliarios; pero las leyes entienden renunciaciones que arrastran una transmisión de propiedad, luego no están comprendidas las transacciones; la renuncia de los que transigan no tiene por objeto más que sus pretensiones respectivas, á fin de determinar la diferencia que los divide; por lo demás, cada uno conserva los derechos que tenía. Esto es verdad; sin embargo, habría sido útil prescribir la publicidad de las transacciones, estando siempre interesados los terceros en saber si aquel que tenía pretensiones en la propiedad de un inmueble las ha abdicado: todos los actos relativos á la situación inmobiliar de un propietario deberían hacerse públicos. Pero las leyes nuevas no consagran el principio en estos términos absolutos; se debe uno atener al texto y á los principios. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 660, nota 18, pfo. 421, y Pont, t. II, p. 331, número 630.

2 Pont, t. II, p. 332, núms. 641 y 642. Aubry y Rau, t. IV, p. 668, nota 20, pfo. 441 y los autores en sentido contrario que citan.

398. Llegamos á una consecuencia muy controvertida y de gran importancia práctica. ¿Es que bajo el punto de vista de los derechos de registro la transacción es un acto translativo de propiedad? La ley del 22 Frimario, año VII, ha consagrado la doctrina tradicional; en principio no considera la transacción como un acto translativo; hé aquí por qué no la somete más que á un derecho fijo de un franco; es solamente cuando una de las partes abandona á la otra un derecho no litigioso en el que el art. 689, 1.º, núm. 45, exige un derecho proporcional. Esta es la aplicación al derecho fiscal de la doctrina de Dumoulin. Pero el fisco francés ha restringido notablemente la aplicación del derecho fijo hasta el punto que éste, que debía ser la regla general, se vuelve una rara excepción. Desde luego el fisco somete la transacción al derecho proporcional cuando se ha operado algún cambio en la propiedad ó en los derechos aparentes de las partes. Esto es resucitar una vieja distinción que Dumoulin y D'Argentré habían combatido y que se había abandonado; la ley de Frimario no habla de ella. Sin embargo, comprendemos las exigencias del fisco; la recaudación se atiene á la realidad de las cosas, mientras que el derecho civil descansa en una ficción. Reivindico un fundo poseído por Pedro; la transacción me la atribuye mediante una concesión que le hice. Nada ha cambiado, dice Dumoulin, no hay más que una contestación que se ha terminado. Sí, según la sutileza del derecho; pero en realidad hay un cambio: yo, que en apariencia no era propietario, lo llego ser. ¿Este cambio en el estado de la posesión no debe arrastrar la percepción de un impuesto? Esto es lo que pretende la recaudación. En teoría es muy sostenible; pero no vemos cómo se concilia con los principios de derecho civil que son los de Dumoulin y que la ley de Frimario ha reproducido.

Las pretensiones de la recaudación acerca de este punto
P. de D. TOMO XXVIII—55

están desechadas por una jurisprudencia constante, pero la Corte de Casación les dió razón en una sentencia dada por las cámaras reunidas en una cuestión especial de frecuente aplicación. Transaron un legatario universal embargado y un heredero legítimo que atacaba el testamento; el legatario dejó una parte de la sucesión al heredero, mediante que éste renunciara á un derecho de nulidad. La Corte de Casación juzgó que este abandono constituía, con relación al fisco, un acto translativo de propiedad. En principio la Corte reconocía que las transacciones tienen entre las partes un carácter simplemente declarativo, pero agrega que *no es necesario* con relación á la administración del registro. (1). Aquí vamos á hacer una reserva en nombre del derecho civil. La transacción puede contener, sin duda, una transmisión de propiedad (núm. 394); ya hemos dado ejemplos y esto jamás ha sido contradicho; en este caso el fisco y el derecho civil están de acuerdo, pero cuando conforme al derecho civil la transacción es simplemente declarativa no comprendemos que sea translativa conforme al derecho fiscal; no hay dos derechos civiles sino uno; en cuanto á la ley de Frimario no define las convenciones sino las arancela, y lo hace conforme al derecho civil; cuando, pues, el derecho civil dice que no hay traslado de propiedad, el derecho fiscal tampoco lo puede decir.

399. La transacción puede contener otras disposiciones que una simple declaración de los derechos inciertos acerca de los cuales las partes han tranzado. En este caso se aplican todavía en materia fiscal los principios de derecho civil que acabamos de establecer (núm. 394). Hay una sentencia de la Corte de Gante en este sentido. Un testamento instituyó á los hospicios legatarios universales. Fué atacado por el hermano del difunto. Hubo una transacción entre el

1 Sentencia de las cámaras reunidas, 12 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1865, 1, 457). Compárese en sentido contrario, Pont, t. IV, p. 395, núm. 636.

heredero legítimo y el legatario. El primero *detiene*, á título de heredero legal, ciertos bienes de las sucesiones, mediante reconocimiento de su parte con los hospicios, de una obligación al capital de 100,000 francos, valor de dichos bienes, exigible á su muerte y productiva hasta entonces de un interés de 3 p. 00. ¿Cuáles eran los derechos por percibir? Hubo una transacción acerca de los derechos dudosos, desprendiéndose éstos del testamento acerca de los que versaba la contestación y, por consecuencia, la transacción. Y ésta, acerca de los derechos inciertos, es declarativa de los derechos recíprocamente consentidos; este carácter de la transacción, dice la Corte, admitido por el derecho antiguo se ha sostenido por el Código Civil como por la ley fiscal. La Corte concluyó que el heredero legítimo está considerado como haber acogido directamente, en virtud de su título de heredero *ab intestato*, los bienes que le han sido reservados, de igual modo que los hospicios tienen directamente del difunto el excedente de la sucesión. ¿Pero se debía comprender entre estos derechos dudosos regidos por la ley de las transacciones el reconocimiento de la cantidad de 100,000 francos subscripta por el heredero legítimo en provecho de los hospicios? No, dice la Corte; esta suma fué subscripta por el heredero legítimo en sus bienes personales para determinar á los hospicios á aceptar la transacción. Esta cláusula de la transacción no es, pues, declarativa, es translativa, como cualquiera obligación de una suma. La recaudación objetaba, y la objeción era especiosa, que en los términos mismos de la transacción la obligación de 100,000 francos era una compensación de los bienes que los hospicios dejaban al heredero legítimo; y concluía que se debía asimilar dicha obligación á un legado de una cantidad de dinero no existente en la sucesión. Esto era prevalecerse del principio de que la transacción es declarativa contra las partes en el interés de las que consagró el principio la ley

de Frimario. La consecuencia no era admisible y redundaba contra la pretensión de donde manaba. Por aplicación de los principios recordados por la Corte arreglaba la percepción de los derechos como sigue: en virtud de la ley sobre derechos de sucesión, 6½ p. S, comprendida la adición sobre el valor de todos los bienes detenidos por el heredero legítimo, y 13 p. S sobre el valor del excedente de los bienes recogidos por los hospicios. En cuanto á la obligación de los 100,000 francos, ajena á la sucesión, la sentencia la sometía al derecho proporcional de 1 p. S en virtud de la ley de Frimario. (1)

§ IV.—DE LA INDIVISIÓN DE LAS TRANSACCIONES.

400. Es de principio que las transacciones son indivisibles en el sentido de que hay muchos puntos de contestación; pueden ser anuladas ó mantenidas en parte. El Código no formula el principio, pero consagra una aplicación (art. 2057) la que veremos; y el Orador del Gobierno reconoció el principio en la Exposición de los Motivos. (2) Tal vez sería más exacto decir que no hay principio absoluto, ya sea en favor de la indivisión, ya en favor de la división, dependiendo todo de las partes contratantes.

Luego cuando se dice que en regla general las transacciones son indivisibles esto supone que la ley presume que tal es la intención de las partes contratantes; y la ley no presume nada, puesto que no sienta el principio de la indivisión. Más vale atenerse á la intención de las partes. De hecho su intención será generalmente que las diversas partes de la transacción no sean divididas; pero como la ley no establece ninguna presunción á este respecto se queda bajo el imperio del derecho común: aquel que pidiera que la

1 Gante, 12 de Febrero de 1873 (Pasicrisia, 1873, 2, 99).

2 Pont, t. II, p. 334, núms. 643 y 644. Aubry y Rau, t. IV, p. 666 y notas 12 y 13, pfo. 421.

transacción fuera dividida se le admitiría probar que es divisible, salvo que la otra parte pruebe lo contrario. (1)

401. Como la indivisión es una cuestión de voluntad, pertenece á los tribunales decidir si la transacción puede ó no ser dividida. La Corte de Casación juzgó que esta apreciación es soberana, y el Abogado General dijo muy bien que ninguna ley declaraba indivisibles las transacciones; los tribunales tenían por esto el derecho de dividir la transacción cuando contuviera convenciones distintas por su causa y por su objeto; y la cuestión de saber si las cláusulas son distintas y si pueden ser divididas depende únicamente de la intención de las partes contrayentes, lo que reduce la dificultad á una cuestión de hecho. (2)

402. Todos los autores hacen notar que hay, respecto á la indivisión de las diversas partes de una transacción, una diferencia entre la transacción y la sentencia. Conforme á lo que acabamos de decir la diferencia no es tan esencial como se dice, las transacciones pueden ser tan divisibles como las sentencias.

1 Compárese Denegada, 26 de Abril de 1875 (Daloz, 1875, 1, 474).

2 Denegada, 9 de Febrero de 1830, sobre las conclusiones de Laplagne Barris (Daloz, en la palabra *Transacción*, núm. 162).

en lo que se refiere el principio y las dificultades que se presentan en la aplicación. (1)

405. El Código contiene varias disposiciones acerca del error. Según el art. 2052 las transacciones no pueden ser atacadas por causa de error de derecho. ¿Por qué razón? El Orador del Gobierno contesta que, en general, los errores de derecho no se excusan. Bigot-Prémeneu no sospechaba que al enunciar esta proposición cometía un error de derecho; y si esto sucede con los que han tomado parte en la discusión de la ley y que fueron encargados oficialmente de exponer sus motivos ¿no debe disculparse á los particulares que se equivocan en un punto de derecho? En realidad así es; ya lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones*: el error de derecho vicia el consentimiento tanto como el error de hecho. El art. 2052 consagra, pues, una excepción; pedimos la razón. Bigot-Prémeneu tiene también otro motivo que no vale mucho más que el primero. «En las sentencias, dice, á las que se asimilan las transacciones semejantes errores no fueron nunca puestos en el número de los motivos suficientes para atacarlos.» (2) La comparación se relaciona con el falso principio que acabamos de señalar (núm. 403): las causas de nulidad de las transacciones no tienen nada de común con los principios que rigen las sentencias.

Puesto que el art. 2052 establece una excepción especial á la transacción es en la naturaleza particular de la transacción donde debe buscarse la razón. Gillet, el Orador del Tribunado, se colocó en este terreno; pero la analogía que se supone existir entre las sentencias y las transacciones en esta materia lo extravió también; hace brillantes antítesis entre las transacciones y las sentencias, antítesis que en definiti-

1 Compárese Pont, t. II, p. 360, núms. 695 y 696.

2 Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VII, p. 460). Durantón, t. XVIII, p. 481, núm. 423, reproducción de la explicación errónea de Bigot-Prémeneu.

ALERE FLAMMAM
VERITATE

CAPITULO III.

DE LA NULIDAD DE LAS TRANSACCIONES.

§ I.—DE LAS CAUSAS DE LA NULIDAD.

403. El Orador del Gobierno relaciona la materia de nulidad al principio de la irrevocabilidad de las transacciones. Teniendo éstas, dice, entre las partes la autoridad de cosa juzgada se sigue que las sentencias no pueden ser atacadas en razón de disposiciones por las que las partes terminen sus diferencias. (1) Creemos que se debe dejar á un lado, en esta materia, cualquiera comparación entre la transacción y el juicio. La palabra misma de *nulidad* ó de *rescisión* de que se sirve la ley lo prueba: se promueve en nulidad ó en rescisión contra las convenciones, no se promueve en nulidad contra las sentencias. Así también las causas de nulidades que la ley admite se toman del derecho común.

Núm. 1. De los vicios de consentimiento.

404. «La transacción puede ser rescindida en todos los casos en que hay dolo ó violencia» (art. 2053). Este es el derecho común. Traducimos al título *De las Obligaciones*

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VII, página 460).

va no nos enseñan nada y que creemos inútil transcribir. (1) Todo se reduce, pues, á adivinar los motivos por los que el error de derecho que vicia todo contrato no vicia la transacción. Los autores dicen que las partes que transan en cuestiones de derecho habrán tenido el cuidado de hacer lo que la ley ordena al tutor que quiere transar; es decir, que se habrán dirigido á un jurisconsulto que los habrá ilustrado con sus consejos; no tienen, pues, razón en quejarse de haber caído en error de derecho. (2) La explicación no es muy satisfactoria. Para que haya lugar á atacar una transacción es necesario que el error sea probado, y toca al demandante en nulidad hacer esta prueba; se entiende que si no da la prueba la transacción será mantenida; pero si realmente consintió por error ¿por qué no permitirle invocar el error de derecho tanto como el error de hecho? Hay que confesarlo: la disposición, tal como los autores de la ley la explican, descansa en una falta de inteligencia.

406. La disposición del art. 2052 relativa al error de derecho está tomada en la tradición; esto explica el derecho de Bigot-Préameneu y de los autores que lo siguen: el derecho romano no admitía el error de derecho como vicio de consentimiento. Pero el Código Civil no reproduce la distinción entre el error de derecho y el de hecho; debiera, pues, haberla desechado en materia de transacción. La Corte de Casación admitió en un caso especial el error de derecho como causa de nulidad; se trataba de un error general, y cuando el error es general ya no se puede decir que los que transan hubieran debido conocer el derecho. (3) Esta decisión, pronunciada sobre la requisitoria de Merlin, está en el espíritu del derecho antiguo; pero se podría invo-

1 Gillet, Discurso núm. 12 (Loché t. VII, p. 471).

2 Pont, t. II, p. 354, núm. 681, y los autores que cita.

3 Casación, 24 de Marzo 1807 (Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Comunidad*, pfo. IV y en la palabra *Transacciones*, pfo. V, núm. 2). Compárese Pont, t. II, p. 356, núm. 684.

carla para la aplicación del art. 2052, pues en nuestra legislación ya no se trata de saber si el error de derecho disculpa ó no; disculpa siempre en principio, salvo que en materia de transacción no se le puede invocar; y ya no puede invocarse más cuando es general que cuando es particular.

407. «Una transacción puede ser dividida cuando hay error en la persona ó en el objeto de la contestación» (artículo 2053). Traducimos á lo que fué dicho acerca del error en la persona (núms. 333 y 334). ¿Qué se entiende por error en el objeto? La ley supone que este error da lugar á una acción en rescisión; lo que en la teoría del Código implica una obligación existente, pero nulificable. Y el Código considera el error en el objeto como un vicio de consentimiento cuando recae en la substancia de la cosa. Es, pues, este error el que tiene en vista el art. 2053 cuando habla del error en el objeto.

Hay un error en el objeto que no hace más que viciar el consentimiento, impide que se forme: es cuando el error versa no sobre la calidad de la cosa sino sobre la misma cosa. Dos personas tienen varias diferencias; se proponen transar, pero una entiende transar en tal negocio y la otra en tal otro. En este caso hay ausencia de consentimiento porque no hay concurso de voluntades. No se puede decir que esta transacción sea nula, hay que decir que es inexistente, y la diferencia es grande. Nos trasladamos acerca de los principios y distinciones al título *De las Obligaciones*. Se ha creído que el art. 2053 las desechaba en lo que se refiere al error en el objeto. Hay tanta incertidumbre en nuestro título que todo puede sostenerse. Sin embargo, cuando hay un medio de conciliar los textos con los verdaderos principios se debe hacer. Al decir que la transacción puede ser rescindida cuando hay error en el objeto de la contestación, la ley limita la expresión de que se vale; excluye el caso en

que el error impide que se forme el consentimiento, pues en tal caso no hay lugar á rescindir la transacción, visto que no existe; luego según la ley no puede tratarse más que de error que recae en una calidad substancial de la cosa. Se dirá que así entendido el art. 2050 es inútil, puesto que sólo repite lo que ya dijo el art. 1110. Esto es verdad, pero hay en nuestro título más de una disposición inútil, aunque sea uno de los títulos menos extensos, y especialmente en lo que se refiere á los vicios de consentimiento. ¿Dónde está la utilidad de la segunda disposición del art. 2053 que dice que la transacción puede ser rescindida en todos los casos en que hay dolo ó violencia? Esto es igualmente la repetición de lo que dicen los arts. 1105, 1111 y 1116. Esto no es una razón para interpretarlos en un sentido contrario á los principios. (1)

408. Hay un error que se refiere al interés pecuniario que las partes tienen en una convención: es la lesión. En nuestro derecho moderno la lesión no está considerada como un vicio de consentimiento y no da lugar á una acción de rescisión (art. 1118). La ley sólo hace excepción á esta regla en dos contratos: la partición y la venta; y en favor de ciertos incapaces: los menores. Lejos de admitir la excepción para las transacciones el Código dispone terminantemente que éstas no pueden ser atacadas por causa de lesión (art. 2052). «No hay, dice la Exposición de los Motivos, contrato respecto del cual la acción de lesión sea menos admisible. En efecto, la transacción no puede ser colocada entre los contratos conmutativos ordinarios, en los que cada parte se compromete á dar ó á hacer una cosa que se considera como el equivalente de lo que da ó hace la otra parte por ella. Luego falta la base para determinar si hay lesión. Todo es seguro en la transacción, puesto que versa en

1 Véase en sentido contrario. Pont, t. II, p. 362, núms. 599 y 700 y las autoridades que cita. Compárese París, 7 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 55).

un derecho dudoso. Hay, pues, algo aleatorio en las convenciones de las partes: la que hubiera obtenido en la causa pierde al transar, mientras que la otra gana. Sin embargo, la primera no puede quejarse de haber sido perjudicada, pues ha tratado acerca de la incertidumbre del derecho; consintió en un sacrificio para comprar el descanso y la paz; en este sentido nunca sale perjudicada. Pero como los sacrificios dejan siempre un sentimiento y las partes están siempre inclinadas á revocar sus concesiones el legislador quiso advertirles que la acción de lesión no se admitiría. En rigor era inútil haberlo dicho, puesto que el principio del art. 1118 bastaba para desechar la rescisión. (1)

409. La partición es rescindible por causa de lesión, mientras que la transacción no lo es; los coparticipes tendrían, pues, interés en disfrazar una partición bajo forma de transacción con el fin de substraerse á la acción de rescisión. El art. 888 decide que la acción de rescisión está admitida si el acta calificada de transacción tiene por objeto terminar la indivisión entre coherederos. Hemos examinado en el título *De las Sucesiones* las dificultades á que da lugar esta disposición.

410. ¿Pueden los menores promover la rescisión de las transacciones por las que están lesionados? Si se admiten los principios que hemos enseñado en el título *De las Obligaciones* la decisión es fácil. La ley somete á ciertas formalidades las transacciones en las que los menores están interesados (art. 467). Si estas formas no han sido observadas la transacción es nula en la forma (art. 1311) y, por consiguiente, los menores podrán pedir la nulidad por este punto, sin estar obligados á probar que han sido perjudicados. Pero si todas las formas legales han sido llenadas el menor no puede atacar la transacción aunque pretendiera

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VII, página 460).

que fué perjudicado; sólo tiene la acción de responsabilidad contra su tutor. (1)

411. El error de cálculo no vicia el consentimiento; no da, pues, lugar á una acción de rescisión. Esto es una simple inadvertencia que debe ser corregida (art. 2058). Habría mala fe por parte de las partes en querer mantener una inexactitud que se encuentra en oposición con las bases mismas de la transacción, y toda convención debe ser ejecutada de buena fe (art. 1134).

El Orador del Gobierno prevee el caso en que la transacción tuviera por objeto una cuenta litigiosa; si un error de cálculo tuvo lugar al formar la cuenta ¿la transacción podrá ser atacada? No, dijo Bigot-Prémeneu; no es esto un simple error de número, es un error en la exposición de las pretensiones en las que se transó. ¿Se funda esta distinción en la razón? En toda hipótesis el error de cálculo es una inadvertencia, y en toda hipótesis la buena fe se opone á que las partes la mantengan. Hay, pues, que atenerse á los términos generales y absolutos del art. 2058. (2)

Se presentó otra dificultad acerca del art. 2058. ¿Qué debe entenderse por error? El que uno de las partes comete en sus cuentas ó en el avalúo de sus pretensiones antes que se trate de transar. ¿Caerá bajo la aplicación de la ley? No; al hablar de error el Código prevee el caso en que una transacción estuviera viciada por el error; supone, pues, que el error de cálculo fué cometido por las partes al entregarse al cálculo aritmético necesario para preparar la transacción ó para traduciren números las bases de la transacción fijada entre ellos; la buena fe exige que estos errores se rectifiquen. No sucede así con los errores de cálculo que son extraños á una de las partes y anteriores á la transacción; no se pue-

1 Compárese en sentido contrario Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Transacción*, pfo. V, núm. 8. Pont, t. II, p. 337, núm. 686.

2 Exposición de los motivos, núm. 16. (Loché, t. VII, p. 452). Pont, t. II, p. 384, núm. 739.

de tomar en consideración un hecho desconocido por uno de los contratantes, esto sería derogar la transacción, violar la autoridad de cosa juzgada que está ligada á ella. Hay otra consideración que es decisiva. El error de que habla el art. 2058 puede ser corregido por los documentos que sirvieron de base á la transacción, mientras que el error anterior á ésta no puede ser corregido por la convención intervenida entre las partes; desde luego se tiene que apartarla. La Corte de Casación lo sentenció así por informe de M. Rau. (1)

Núm. 2. Del caso previsto por el art. 2054.

412. El art. 2054 está concebido así: «Igualmente há lugar á la acción en rescisión contra una transacción cuando se ha hecho en ejecución de un *título nulo*, á menos que las partes hayan expresamente tratado la nulidad.» Esta disposición da lugar á muchas dificultades. Desde luego se pregunta lo que se debe entender por *título nulo*. La palabra *título* significa, ya el escrito redactado para hacer constar un hecho jurídico, ya el hecho jurídico que engendra derechos y obligaciones: la convención ó la disposición testamentaria. En el art. 2054 la palabra *título* no designa el escrito considerado como prueba; el texto mismo del Código lo prueba. La ley supone que la transacción se hizo *en ejecución de un título nulo*, y un escrito no se ejecuta, se ejecuta la convención ó la disposición comprobada por el acta. Sin embargo, puede suceder que la transacción se refiera á la vez al hecho jurídico y al acta; esto es cuando se trata de un contrato ó de una acta solemne, tal como la donación ó el testamento; la forma es en este caso de la esencia del hecho jurídico; de manera que nulos en la forma la donación y el testamento no tienen existencia legal, la transac-

1 Denegada, 16 de Junio de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 71.)

ción que se hiciera acerca del escrito ó del acta se haría necesariamente en el hecho jurídico, puesto que no hay donación ni testamento sin acta,

La palabra *nulo* también tiene un doble sentido; generalmente significa *anulable*, algunas veces es sinónimo de *inexistente*; nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de esta distinción y en los términos con que la designan (t. XV, núms. 450 y 465). Que el título sea sencillamente anulable y que sea inexistente no importa, el art. 2054 se aplica en ambas hipótesis; esta es la opinión general y se funda en los términos generales de la ley. (1)

413. ¿Cuál es la hipótesis prevista por el art. 2054? La cuestión está muy controvertida. Si se atiende uno al texto se debe decir que la ley prevee dos hipótesis: una regla general y una excepción. La regla general es ésta: há lugar á la acción en rescisión contra una transacción hecha en ejecución de un título nulo; en otros términos: es nula la transacción hecha en virtud de un título nulo cuando las partes han tratado expresamente acerca de la nulidad. ¿Por qué es nula la transacción cuando el título á que se refiere es nulo? Es porque la nulidad del título tiene por efecto que no hay título, y cuando no lo hay no hay derecho dudoso ni litigioso acerca del que se pueda transar; luego no puede haber transacción. Esto es de evidencia cuando el título nulo es una convención ó una acta solemne nula en la forma. La transacción se hace en ejecución de una donación ó de un testamento nulos en la forma; no hay en este caso ni donación ni testamento; desde luego no hay transacción porque no se transa la nada. Si se trata de un título no solemne, pero adolecente de un vicio que lo hace nulo, el hecho jurídico existe en verdad hasta que ha sido anulado, y hasta entonces existirá también la transacción; pero si es anulado el título se le considera como no haber existido nunca, luego

1 Pont, t. II, p. 365, núm. 702 y los autores que cita.

la transacción debe decaer con el título. En este sentido el art. 2054 dice que há lugar á la acción en rescisión de la transacción hecha por un título nulo; hubiera sido más exacto decir que la inexistencia del título arrastra la de la transacción y que la nulidad del título tiene por efecto hacer nula la transacción; es decir, anulable.

En cuanto á la excepción prevista por el art. 2054 supone que las partes han tratado expresamente de la nulidad; en este caso la transacción es válida apesar de la nulidad del título; ¿por qué? Porque la cuestión de saber si un título es inexistente ó nulo habría parecido dudosa á las partes interesadas, como generalmente sucede; esta duda puede dar lugar á una contestación; las partes la evitan transigiendo. Pero para que dicha excepción sea aplicable la ley quiere que las partes hayan tratado *expresamente* la nulidad. De aquí se sigue que si la transacción no dice que las partes han tratado acerca de la nulidad será nula. En efecto, ya no se halla en la excepción; entra, por consecuencia, en la regla, y ésta es que la nulidad del título arrastra la nulidad de la transacción.

414. Tal es la interpretación del art. 2054. ¿Está en armonía con la mente de la ley? ¿Es esto lo que quiso decir el legislador? Lo que dice es tan claro que es difícil creer que haya entendido decir una cosa que no ha dicho. Hé aquí la explicación dada por Bigot-Préameneu: «Cuando un título es nulo no puede resultar ninguna acción por su ejecución.» Lo que es de evidencia cuando el título es inexistente, porque un título de esta naturaleza no produce ningún efecto. Esto también es verdad cuando el título es simplemente nulo, pues aunque da lugar á una acción ésta puede ser desechada por la excepción de nulidad. El Orador del Gobierno continúa: «Aun cuando en un título nulo hubiera disposiciones obscuras no podrían hacer nacer de *contestación dudosa*, puesto que aquel contra quien se quisiera

ejercer la acción tendría en la nulidad un medio seguro de descargo. Así, conforme á la Exposición de Motivos, la transacción es nula cuando el título lo es, porque no hay ya derecho dudoso por el que se pueda transigir; la nulidad del título arrastra la de los derechos que resultan. Este es, en efecto, el sentido literal de la ley tal como lo acabamos de establecer (núm. 409). En principio la nulidad del título anula la transacción. Hay excepción cuando las partes han expresamente tratado de la nulidad; luego se necesita, y así concluye la Exposición de Motivos, para que en este caso sea válida la transacción que las partes hayan tratado expresamente la nulidad. (1) En cualquiera otra hipótesis la transacción es nula.

415. Si tal es el sentido de la ley es fácil contestar á la cuestión que divide á los autores; la transacción, en el caso previsto por el art. 2054, ¿es nula por falta de causa ó por error? La causa es el motivo jurídico que lleva á las partes á contratar; en los contratos sinalagmáticos la causa se confunde con el objeto; el objeto de la transacción es el derecho dudoso que ha dado lugar ó que pudiera darlo á una contestación que las partes quieran terminar ó evitar; allí donde no hay derecho dudoso no hay materia de transacción ni, por consiguiente, causa. Y cuando el título es nulo no hay derecho, puesto que decae por la anulación del título; luego no hay objeto ni causa. Esto es lo que la Exposición de Motivos nos dice con otras palabras y el Orador del Tribunal con todas sus letras: «Si la transacción no es más que la ejecución de un título nulo no puede haber transacción porque no puede haber duda. A la convención le falta causa, á menos que las dificultades levantadas por la transacción misma no hayan sido su objeto. (2)

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 12 (Loché, t. VII, página 461).
2 Gillet, Discursos, núm. 8 (Loché, t. VII, p. 471).

Hay una objeción de teoría contra esta interpretación. La falta de causa hace inexistente la convención, y una convención inexistente no da lugar á una acción en nulidad, puesto que no se puede pedir la nulidad de la nada, y el artículo 2054 habla de una acción en rescisión, lo que implica que la convención existe y que solamente puede ser anulada. Bajo el punto de vista de los verdaderos principios la objeción sería decisiva, pero el lenguaje é ideas de los autores del Código en materia de nulidad y de inexistencia de los actos son tan defectuosos y oscuros que es imposible interpretar el art. 2054 tomando en cuenta esta distinción. Luego se le debe apartar y decidir con el texto que la nulidad del título sólo da lugar á una acción en rescisión.

416. La interpretación del art. 2054 tal como acabamos de proponerla conforme al texto y á los trabajos preparatorios es generalmente desechada. Aubry y Rau, que la admitieron en sus primeras ediciones, la abandonaron en la última. (1) Nos falta decir cuál es el sentido que en la opinión común se da á la ley. Es decir, la aplicación de los principios que rigen el error. La transacción es nula en principio cuando se hace por título nulo porque las partes se presumen que han tratado ignorando la nulidad. Es válida por excepción cuando las partes han expresamente transado acerca de la nulidad, porque en este caso es seguro que han tenido conocimiento de la nulidad. Pero las partes, sin tratar expresamente acerca de la nulidad, pueden también haberla conocido; ¿será válida la transacción en este caso? Este es el interés práctico del debate; para que se comprenda mejor daremos el ejemplo que se cita en la opinión contraria.

El heredero legítimo transa con el legatario acerca del

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 671, nota 5, pfo. 422. Pont, t. II, p. 366, números 705-707.

testamento en virtud del que este obra. Si trata ignorando la nulidad del título la transacción será nula por causa de error; este es el caso previsto por el principio del art. 2054. Pero si las partes tenían conocimiento de la nulidad la transacción será válida aunque las partes no hayan declarado tratar acerca de ella, porque en este caso no hay error y ésto sólo es el que vicia la transacción. En nuestro concepto la transacción sería nula en esta hipótesis por falta de causa, porque no habría ningún derecho dudoso que pudiera ser objeto de una transacción. Las razones que se dan en apoyo de la opinión contraria confirman nuestro modo de ser. Las partes transan en el título cuya nulidad conocen sin que traten en la nulidad. ¿Cuál será la causa de esta transacción? Se contesta que el heredero legítimo puede haberse determinado por el deseo de satisfacer una obligación natural ó para obedecer á un sentimiento de equidad, de honor ó de delicadeza. Preguntamos si estos sentimientos y estos móviles hacen dudoso el derecho. Implican, al contrario, que no hay derecho. ¿Y puede transarse cuando no hay derecho dudoso?

Se objeta que en nuestra interpretación el art. 2054 deroga los artículos 1338 y 1340, derogación sin razón. El art. 1338 prevee el caso de confirmación de una obligación nula; la confirmación sólo es válida cuando las partes tenían conocimiento al confirmar del vicio que tenía la obligación; si lo ignoraban la confirmación es nula; mientras que en nuestra opinión la transacción sería nula siempre aunque las partes tuvieran conocimiento del vicio. Esta especie de contradicción entre el art. 1338 y el 2054 es el motivo por el que Aubry y Rau han cambiado de opinión. Nos parece que se hace mal en buscar una antinomia entre disposiciones que no tienen nada de común; la confirmación no es una transacción y la transacción no es una confirmación. El que confirma una acta nula renuncia al

derecho que tenía para pedir su nulidad; no transa, pues la confirmación es una acta unilateral; tenía una acción de nulidad y la renuncia. El que transa sacrifica una parte de sus derechos en cambio de un sacrificio análogo que la parte adversa le hace; no se mezcla en la transacción ninguna idea de confirmación; la única cosa que quieren las partes es terminar el litigio que tienen ó que están amenazadas de tener. Puede haber transacción en una acta inexistente, el art. 2054 lo dice implícitamente, mientras que es de principio que no se confirma lo que no existe. Puesto que no existe no hay ninguna analogía entre la confirmación y la transacción; no se puede decir que el art. 2054, interpretado como lo hacemos, derogue el art. 1338. En cuanto al art. 1340 se hiciera bien en dejarlo fuera del debate, pues es una disposición de tal modo anormal que no se consigue dar de él una buena razón.

417. En la opinión general la transacción fundada en un título nulo está sujeta á rescisión por motivo de que el conocimiento de las partes está viciado por el error. De esto una nueva dificultad; si el error versa en el derecho ¿podrá ser invocado como causa de nulidad? Esta opinión ha dividido á dos eminentes magistrados, Daniéls y Merlin. El primero ha sostenido que el art. 2054 debía restringirse por el art. 2052, según el cual las transacciones no pueden ser atacadas por causa de error de derecho. (1) Merlin contesta que el art. 2054 está concebido en términos tan generales como el art. 2052, y concluye de esto que la transacción será nula si está fundada en un solo título aunque las partes hubieran tenido un error de derecho. (2) Es de notar que Merlin admite, tanto como Daniéls, que la nulidad del art. 2054 está fundada en el error. Si así es

1 Las conclusiones de Daniéls están relatadas en Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Transacción*, pfo. V, núm. 4 (t. XXXIV, p. 374).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Transacción*, pfo. V, núm. 4 (t. XXXIV, ps. 375 y siguientes).

Daniels tiene razón contra Merlin, y es también su opinión la que prevaleció en la jurisprudencia; es imposible que el art. 2054 permita atacar la transacción por error de derecho cuando el art. 2052 dice que el error de derecho no vicia las transacciones; debe, pues, interpretarse el artículo 2054 por el art. 2052. (1)

En nuestra opinión Merlin tiene razón en el fondo, pero hace mal en aceptar el punto de partida de la opinión general; es decir, el sentido que se da al art. 2054. Si, como se dice y como lo admite Merlin, la transacción es nula por causa de error en el caso previsto por el art. 2054 hay que ser consecuente ó interpretarlo por el 2052. En nuestro concepto la transacción del art. 2054 es nula por falta de causa; lo que hace inaplicable el art. 2052; que las partes se equivoquen de derecho ó de hecho ¿qué importa? Lo que hace la transacción nula es que no existe derecho dudoso en el que se pueda transar; y desde que no hay derecho dudoso no puede haber transacción. (2)

Núm. 3. Del caso previsto por el art. 2055.

418. «La transacción hecha acerca de piezas que después fueron reconocidas falsas es enteramente nula» (artículo 2055). ¿Por qué es nula la transacción? Se supone que el hecho jurídico en el que las partes han transado constaba en actas que las partes creían buenas y que después resultaron falsas. Esto implica que el hecho jurídico no existía; y siendo reconocida la falsedad queda probado que no había hecho, no había derecho en el que pudiera transarse; desde luego la transacción cae con el fundamento aparente en el que descansaba. En teoría habría que decir que la transacción es inexistente. ¿Pero es

¹ Véanse las autoridades en Pont. t. II, p. 372, núms. 711 y 712. Denegada, 19 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 182).

² Compárese Lieja, 20 de Julio de 1864 (Pasirisia, 1864, 2, 386).

este el sistema del Código? El texto deja la cuestión indecisa; la palabra *nula* de que se vale la ley tiene una significación complexa y por ende indeterminada. En cuanto á los trabajos preparatorios nada nos enseñan. El Orador del Gobierno es el único que habla de esta causa de nulidad; dice que siempre fué admitida. El que quisiera aprovecharse de la transacción fundada en piezas reconocidas falsas sería culpable de un delito aunque en tiempo del contrato hubiera ignorado que la pieza fuese falsa, si quisiera aún sacar ventaja cuando su faldad fuera comprobada. (1) Esto es un motivo moral que no toca á la cuestión de derecho.

En la opinión común se dice que la transacción es nula por causa de error y se exige, en consecuencia, que se trate de un error de hecho, no viciando el de derecho las transacciones. Si transo en piezas falsas es porque las creo buenas, y no hubiera transado si las hubiera conocido por falsas; luego, se dice, mi consentimiento está viciado por error. Que haya error esto no es dudoso; pero este error constituye un vicio de consentimiento? Hay un error que impide que el consentimiento exista; y tal es el error que vicia la transacción hecha en piezas falsas; creía que trataba un derecho que me parecía dudoso y sucede que este derecho no ha existido nunca. ¿En qué, pues, he transado? En nada. ¿Se transa en la nada?

Los verdaderos principios conducen, pues, á declarar inexistente la transacción. Sin embargo, no nos atreviéramos á decir que tal sea la teoría legal. El art. 2054 prevee también un caso en que, á nuestro juicio, hay falta de causa, y, no obstante, la ley considera la transacción como simplemente *rescindible*. Es probable que dé el mismo significado á la *nulidad* de que habla en los artículos siguientes. (2)

¹ Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos núm. 13 (Loché, t. VII, p. 461.)

² Compárese Pont, t. II, ps. 314, 713, 717 y 718.

419. El art. 2055 dice que la transacción es *enteramente nula*. Bigot-Prémeneu da la explicación de esta disposición. La ley romana, dice, en la que fué tomado el art. 2055 dispone que en una transacción pueden encontrarse varios puntos independientes unos de otros; de modo que la pieza falsa sólo se refiere á uno de estos puntos, es extraña á los demás. El jurisperito decide que la transacción conserva su fuerza por los puntos en que la pieza falsa no se aplica. Esta decisión no fué admitida por los autores del Código, declaran la transacción enteramente nula. ¿Cuál es la razón de esta derogación del derecho tradicional? La Exposición de los Motivos contesta: «No se deben ver en una transacción más que partes correlativas; y aunque los diversos puntos en los que se ha tratado son independientes de su objeto no es menos inseguro si han sido independientes cuanto á la voluntad de contratar y si las partes habiesen tratado separadamente en cada punto.» Si la voluntad de las partes queda incierta ¿porqué no se atiende el legislador á la apreciación del juez? Bigot-Prémeneu contesta que se ha seguido como regla que todo es correlativo en una transacción porque la indivisión resulta de la naturaleza del contrato. (1) La respuesta es una afirmación más bien que un argumento, pues conduce á decir que la transacción debe ser anulada por entero porque es indivisible. Pero sólo lo es porque se supone que tal es la intención de las partes contratantes. Lo más lógico hubiera sido, pues, abandonar la decisión á la apreciación de los tribunales (núms. 400 y 401.)

Núm. 4. Del caso previsto por el art. 2056.

420. «La transacción en un proceso terminado por una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada de la que una

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, núm. 13 [Loché, t. VII, página 461].

de las partes no tenía conocimiento es nula» (art. 2056). ¿Por qué es nula la transacción en este caso? El Orador del Gobierno contesta: porque el derecho no era dudoso ya cuando las partes han transado y había cesado de serlo por efecto de una sentencia que se reputa ser la misma verdad. ¿Se transa en la verdad? Este es, seguramente, un caso en el que la transacción no tiene objeto ni causa. Esto es lo que dice el Orador del Tribunal: «Toda convención tiene una causa, la de la transacción es el temor del pleito. Así cuando un proceso ha terminado por una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada no puede ya haber transacción porque ya no puede haber duda.» (1)

¿Es esta la teoría del Código? La ley se limita á decir que la transacción es nula sin pronunciarse acerca del carácter de la nulidad, y, como acabamos de decirlo (núm. 414) es difícil afirmar cualquiera cosa en esta materia. Durantón enseña que la transacción no tiene ya causa (2) sin desarrollar las consecuencias que se derivan de este principio. Pont transcribe la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado acerca del art. 2056, confesando que tal como la relata Loché no tiene sentido. Desgraciadamente se podría decir otro tanto de muchas actas de las sesiones del Consejo de Estado. Desde luego es bastante inútil citar las discusiones que tuvieron lugar acerca del art. 2056. Berlier dice que la transacción debe ser considerada como siendo el punto efecto de un error, pues es seguro que las partes que han transado ignorando la sentencia no lo hubieran hecho si la hubieran conocido. Asimismo Domat explica muy bien que las partes que transan ignorando la sentencia por el que fué terminado lo han hecho por error. Ya no había pleito y sólo se transaba porque se suponía que el proceso estaba in-

1 Exposición de los motivos, núm. 14 (Loché, t. VII, p. 451). Gillet, Discursos, núm. 8 [Loché, p. 471].

2 Durantón, t. XVIII, p. 494, núm. 403.

deciso y que ninguna de las partes tenía un derecho adquirido. Así, concluye Domat, este error, reunido á la autoridad de cosa juzgada, hace preferir lo que fijó la justicia á un consentimiento que aquel que transó en su derecho sólo dió porque creía encontrarse en peligro que no había. (1)

En verdad es inútil invocar la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado, así como la autoridad de Domat, para probar que, en el caso previsto por el art. 2056, la transacción es nula á consecuencia de un error. Ahí no está la cuestión. Se pregunta si es un error que vicia el consentimiento ó si es un error en la causa; en el primer caso la transacción sería nula, en el segundo sería inexistente. Queda por saber cuál es la teoría del Código. Bien queremos admitir que sea la de la nulidad y no la de la inexistencia de la transacción; pero hay que confesar que esta teoría es contraria á los principios y que está en contradicción con los motivos en los que los autores del Código han fundado la nulidad de la transacción.

421. El art. 2056 agrega: «Si la sentencia ignorada de las partes fuera susceptible de apelación la transacción sería válida.» ¿Por qué sería válida la transacción cuando una de las partes ignora qué obtuvo en la causa? Bigot-Prémeneu confiesa que si la parte que gana hubiera tenido conocimiento de la sentencia hubiera tratado de sacar ventaja en la transacción. No es decir bastante; no es seguro que hubiera transado, y si lo hiciera es seguro que hubiera transado bajo las condiciones que aceptó porque creía que la decisión estaba insegura. La sentencia de primera instancia intervenida sin conocimiento de las partes trae un gran cambio en su respectiva situación: ¿no debía tenerlo en cuenta la ley? El Crador del Gobierno contesta: «Basta que la sentencia pronunciada sea susceptible de apelación para

1 Domat, *Leyes Civiles*, libro II, tít. XIII, sec. II, núm. 7. Pont, t. II, página 378, núm. 722.

que aun haya duda; y cuando la base principal de la transacción permanece no podría nulificarse por una simple presunción.» La razón no es buena; se puede aún menos, diremos nosotros, mantenerla cuando una de las partes sólo la consintió por error. Aquí debía admitirse el error como viciando el consentimiento sin impedirlo de existir, sin embargo, y permitir, en consecuencia, á la parte pedir la nulidad de una transacción que no hubiera consentido si conociera la sentencia.

La ley no hace mención del recurso de casación que está abierto á las partes cuando la sentencia no es ya susceptible de apelación. Esto no impide que la sentencia haya pasado á autoridad de cosa juzgada, pues el recurso no es suspensivo; así el derecho está adquirido por la parte que obtuvo la sentencia que no es susceptible de apelación; de esto se sigue que si trató ignorando esta sentencia la transacción sería nula en virtud del primer inciso del artículo 2056. (1)

422. El art. 2056 supone que cuando la transacción las partes ó una de ellas no tenían conocimiento de la decisión judicial; ¿que debía decidir si habían transado aunque conociendo la sentencia que pone fin á su pleito? Se contesta que en este caso la transacción valdrá y no podrá ser rescindida. Esto parece resultar del art. 2056 por uno de estos argumentos que se llaman *a contrario*. Mala argumentación. Para que haya transacción es necesario que haya un derecho dudoso, y cuando una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada ha decidido la contestación la duda fué reemplazada por la verdad. En vano se dirá que las partes obran en este caso por un sentimiento de equidad, en vista de satisfacer una obligación natural. ¿Resulta de esto que haya un de-

1 Exposición de los motivos, núm. 14 (Loché, t. VII, p. 461). Durantón, t. XVIII, p. 497, núm. 431).

recho dudoso? Nó, seguramente, pues la obligación natural no impide que la sentencia sea la exposición de la verdad legal, y es de esto de lo que se trata. (1) Es inútil insistir en una hipótesis de escuela. Todo lo que puede hacerse legalmente es que la parte que obtuvo en la sentencia lo renuncie y reconozca el derecho de la parte adversa. Pero esto no es una transacción.

Núm. 5. Del caso previsto por el art. 2057.

423. Después de haber transado las partes descubren títulos que no conocían cuando la transacción; estos títulos prueban que uno de los contratantes no tenía ningún derecho en el objeto ó en uno de los objetos comprendidos en el trato. ¿Cuál será la influencia de este descubrimiento en la transacción? El art. 2057 distingue.

«La transacción sería nula si no tenía más que un objeto en el que fuese probado por los nuevos títulos que una de las partes no tenía ningún derecho.» ¿Por qué es nula la transacción? El Orador del Gobierno contesta: Porque no había cuestión dudosa que fuera su objeto, y no se concibe transacción sin un derecho dudoso. Esta sería una conven- ción sin causa, dice el Relator del Tribunado. El Orador del Tribunado dice también que en este caso falta la causa: «La falta completa de la materia del litigio hace desaparecer al mismo tiempo toda materia de transacción.» (2) Así es que todos los que fueron encargados de exponer los motivos de nuestro título están acordes en decir que la transacción es nula por falta de causa, lo que equivale á decir que es inexistente. Pont confiesa que en pura teoría se podría ver en esto una falta de causa cuyo efecto sería hacer la transacción

1 Pont, t. II, p. 377, núm. 721.

2 Bigot-Prémeneu. Exposición de los motivos, núm. 15 (Loché t. VII, página 462). Albisson. Informe núm. 12 (Loché, p. 466). Gillet, Discursos, número 8 (Loché, p. 471).

inexistente. No es esto pura teoría, puesto que es la doctrina de los autores del Código Civil, pero debe añadirse que su opinión es inconsecuente y poco jurídica, pues la redacción del art. 2057 prueba que por transacción nula la ley entiende una transacción cuya rescisión puede ser pedida. Debe, pues, decirse de esta causa de nulidad lo que hemos dicho de las demás; inexistente según los verdaderos principios la transacción está considerada por la ley como simplemente nula; es decir, nulficable. Diremos más adelante las consecuencias que resultan de la doctrina legal.

424. «Cuando las partes han transado generalmente en todos los negocios que podían tener juntas los títulos que les eran desconocidos y que fueran posteriormente descubiertos no son una causa de rescisión.» ¿Por qué no tiene ninguna cuenta la ley de los títulos nuevamente descubiertos? Esto es una aplicación del principio de la indivisión de las transacciones: «Se debe decir, dice Bigot-Prémeneu, según la regla de correlación entre todas las cláusulas de transacción que las partes sólo subscribieron las demás disposiciones bajo la condición de que no podían promover nueva contestación, una contra otra, en ninguno de sus negocios anteriores. Esta condición implica la renuncia de todo uso de títulos que pudieran ser descubiertos posteriormente.»

Ya hemos hecho reservas contra este principio de indivisión de las transacciones (núm. 415). En el caso del art. 2057, como en el del art. 2055, el legislador decide por vía de presunciones; hubiera sido más lógico abandonar la decisión al juez, puesto que se trata de apreciar la intención de las partes contratantes. ¿Por qué presume la ley que las partes renuncian á prevalecerse de los nuevos títulos descubiertos? Esto supone que las partes han previsto la posibilidad de tal descubrimiento; pero si lo hubieran previsto lo hubieran dicho. A decir verdad no lo pensaron, y se les

suponer, sin embargo, la intención de renunciar á la ventaja que podrían sacar con los nuevos documentos de que ni siquiera sospechan la existencia!

425. El art. 2057 admite un caso en el cual el descubrimiento de nuevos títulos desconocidos por una de las partes vicia la transacción general: es cuando estos documentos han sido retenidos por el hecho de la otra parte. Este hecho es un dolo, y el dolo vicia todos los contratos; por otra parte, no se puede ya presumir una renuncia por parte del que es de buena fe, pues esto sería renunciar á prevalecerse del dolo de que es víctima. Esta es la observación del Relator del Tribunal.

Ha sido sentenciado que el art. 2057 no es aplicable cuando la transacción versa en el dolo mismo que una de las partes reprocha á la otra. El caso presentaba más de una duda. Un individuo había practicado una larga serie de combinaciones fraudulentas para hacer desaparecer la casi totalidad de la fortuna personal, así como el activo de la comunidad, con objeto de robar completamente á su mujer los beneficios que los esposos habían adoptado. La mujer tenía el derecho de atacar los actos hechos por su marido en fraude de sus derechos; transó y después pidió la nulidad de la transacción. Esta demanda no fué acogida. Recurso de casación; admitido por la Sala de Requisiciones fué desechado por la Sala Civil, pero después de deliberación. El primer punto del recurso no era serio; el demandante pretendía que no se podía transar sobre el dolo. La Corte contesta: se puede transar sobre los intereses que nacen de un delito criminal, con más razón está permitido transar sobre la acción de daños y perjuicios que resulta del dolo. El recursante invocaba en segundo lugar el artículo 2057. Quedaba probado que el marido había retenido documentos en que constaban sus maniobras fraudulentas, y la mujer se fundaba en el dolo para pedir la nulidad de

la transacción. La Corte decidió que no había lugar á aplicar el art. 2057. Acerca de este punto tenemos una duda.

La Corte hace constar, según la sentencia atacada, que la mujer conocía antes de la transacción los fraudes cometidos por su marido. Sin duda, puesto que la transacción rezaba precisamente en estas maniobras fraudulentas; pero la mujer no conocía los títulos que el marido había retenido; si los hubiera conocido no hubiera transado ó lo hubiera hecho bajo condiciones más ventajosas. ¿No es este el caso de aplicar el art. 2057? No, dice la Corte, porque la transacción tenía por objeto cubrir todos los fraudes cometidos por el marido. Sí, excepto el dolo que el marido practicaba en el momento mismo en que transaba, pues engañaba á su mujer reteniendo los documentos que la hubieran ilustrado. A esto se hace una singular objeción: obligar al marido á producir las piezas que probaban su dolo hubiera sido volver imposible la transacción, pues la mujer se habría negado á transar. Nos parece que la objeción probaba y se volvía contra aquellos que la hacían. Sí, la mujer no hubiera transado; pero este era un motivo perentorio para admitir la demanda de nulidad, puesto que es por el dolo del marido por lo que la mujer había consentido la transacción. (1)

§ II.—EFECTO DE LA ANULACIÓN. ®

426. Si se admite con el texto, aunque contrario á los principios, que los diversos casos en que la transacción es nula es simplemente anulable se tienen que aplicar á la acción de nulidad de las transacciones los principios que rigen la acción de nulidad en general. De esto se sigue que

1 Denegada, Sala Civil, 18 de Mayo de 1836 [Daloz, en la palabra *Transacción*, núm. 95, 1. °]. Compárese Pont, que aprueba la decisión, t. II, p. 381, número 728.

la acción está sometida á la prescripción especial de diez años del art. 1304, prescripción que es en realidad una confirmación tácita. Se concibe la confirmación cuando se trata de un vicio de consentimiento; no se concibe cuando se trata de una falta de causa, pues la falta de causa hace inexistente la transacción; y no se confirma lo que no existe. Esto es una contradicción, una anomalía; pero hay que aceptarla, puesto que el texto del Código la consagra implícitamente.

Si la confirmación tácita por la prescripción de diez años se admite hay que admitir por la misma razón la confirmación expresa. Bajo el punto de vista de los principios esto no tiene sentido, puesto que confirmar es quitar el vicio que tiene la obligación y la hace nula; esto se comprende para los vicios de consentimiento, pero cuando hay falta de causa no hay obligación, y la nada es un vicio irremediable. La Corte de Lieja admite, como lo hemos enseñado, que en el caso previsto por el art. 2054 la transacción es nula por falta de causa (núm. 415), y, no obstante, decide que podrá haber confirmación; (1) la decisión es contradictoria, pues una transacción sin causa es una convención inexistente, y la nada no se confirma. No se puede justificar esta contradicción más que por el texto de la ley; la inconsecuencia está en el Código Civil. (2)

427. ¿La prescripción de diez años años rige exclusivamente la acción en nulidad de las transacciones ó también queda bajo el imperio de la prescripción general de treinta años? Esta misma pregunta se presenta en toda acción en nulidad: la hemos examinado en el título *De las Obligaciones*. En nuestro concepto las dos prescripciones reciben su aplicación: la de diez años es una confirmación. Puede suceder que la confirmación tácita no se verifique

1 Lieja, 30 de Julio de 1864 (Pasirisia, 1864, 2, 386).

2 Compárese Pont, t. II, p. 382, núms. 735 y 736.

porque el error ó el dolo no hayan sido descubiertos; si transcurren treinta años después de hecha la transacción ¿prescribirá la acción en nulidad? La Corte de París ha juzgado muy bien que toda acción prescribe á los treinta años; ¿qué importa que la prescripción especial del art. 1304 no sea verificada? Todo lo que resultaría es que la transacción no será confirmada, lo cual no impide que la acción en nulidad prescriba en virtud del derecho común; el interés general exige esta prescripción. (1)

428. Siendo nula la transacción en el sentido anulable de esto resulta que la nulidad debe ser pedida y que existe desde el día en que sea pronunciada. Una vez anulada la transacción está considerada como no haber existido nunca; por consecuencia, decaen todos sus efectos. Dos legatarios transigen acerca de sus legados y se obligan por ello á renunciar sus legados; hicieron efectivamente esta renuncia en la secretaría del tribunal. Más tarde atacaron la transacción y la anularon como nula en la forma, habiendo sido parte un menor, sin que hubiese llenado las formas legales, y además la transacción contenía un pacto sucesorio. Estando anulada la transacción la renuncia á los legados, que era la consecuencia, decaía por esto mismo. La Corte de Lieja lo juzgo así y no es dudoso. (2)

1 París, 23 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 156). En sentido contrario, Pont, t. II, p. 383, núm. 737 y los autores que citan.

2 Lieja, 9 de Abril de 1853 (Pasirisia, 1855, 2, 206).

CAPITULO IV.

DE LA RESOLUCION DE LAS TRANSACCIONES.

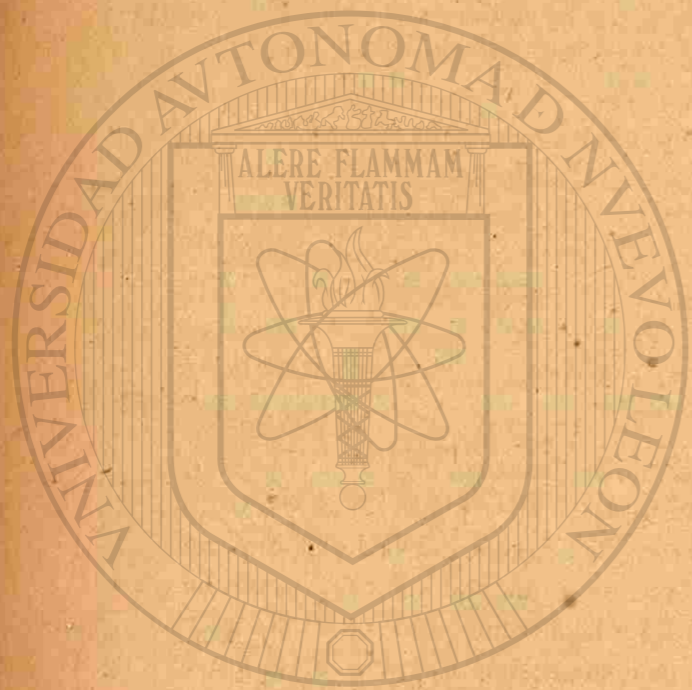
429. El Código no habla de la resolución de las transacciones. Como la transacción es un contrato sinalagmático se puede preguntar si la condición resolutoria está sobreentendida en el caso en que una de las partes no cumpla con los compromisos que contrajo. La Corte de Lieja juzgó que el art. 1184 no es aplicable porque la transacción tiene más de la naturaleza de la sentencia que de la convención. Es verdad que la transacción tiene entre las partes la autoridad de cosa juzgada (art. 2052), pero esto no decide la cuestión. La transacción también es un contrato; se debe, pues, ver si en materia de resolución es el elemento contractual el que la implica ó el elemento judicial. La cosa es dudosa. Cuando se trata de la *anulación* de las transacciones el Código sigue los principios de los contratos; y la *resolución* tiene gran analogía con la anulación; ¿no se debe deducir que el art. 1184 es aplicable? Apesar de este motivo de duda creemos que la Corte de Lieja juzgó bien. (1) Asimilando la transacción á una sentencia el Código ha querido darle la misma estabilidad que á las decisiones judiciales; y como no se pueden hacer surgir nueva men

1 Lieja, 21 de Marzo de 1834 (Pasierisia, 1834, 2, 76). En sentido contrario (implicitamente) Denegada, 26 de Julio de 1875 (Daloz, 1876, 1, 199).

dificultades que la sentencia ha terminado aunque una de las partes no la ejecute se debe decir otro tanto de la transacción; la parte interesada tiene la vía de derecho para obtener la ejecución forzosa de la transacción que recurra á ella. En cuanto á la analogía que existe entre la resolución y la anulación concierne á los efectos; la diferencia es importante en cuanto al principio. La nulidad implica que la transacción está viciada, y una transacción viciada no puede producir efecto, mientras que la resolución implica que la transacción es válida; solamente por voluntad de las partes ó de la ley se encuentra una condición resolutoria. La dificultad se reduce, pues, á esto: ¿el legislador subentende la condición resolutoria en un contrato al que da la autoridad de cosa juzgada? Así expuesta la pregunta se resuelve ella misma.

430. Distinta es la cuestión de saber si las partes contratantes pueden estipular la condición resolutoria. Aquí el elemento contractual lo implica; ya no es el legislador el que habla sino las partes que estipulan ó prometen. Y es de esencia de los contratos que las partes gocen de la mayor libertad para contratar. Es cierto que pueden transigir bajo una condición; pueden también estipular el pacto comisorio. Esto, en verdad, sería derogar el principio de que la transacción tiene la autoridad de cosa juzgada. Pero este principio se estableció en interés de las partes; por consiguiente, tienen el derecho de derogarlo. La Corte de Bruselas lo juzgó así, sin que la cuestión se haya debatido; solamente se discutió el punto de saber si la resolución tenía lugar de pleno derecho. (1) Nos trasladamos á lo dicho acerca del pacto comisorio en el título *De las Obligaciones*.

1 Bruselas, 20 de Febrero de 1860 (Pasierisia, 1860, 2, 395).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



TITULO XVII.

(TÍTULO XVI DEL CÓDIGO CIVIL.)

DE LA PRISION POR DEUDAS.

431. Este título sólo es histórico; esta vía ha sido suprimida, salvo algunas restricciones, por la ley de 27 de Julio de 1871 en Bélgica, y en Francia por la de 22 de Julio de 1867. Nuestro libro no es un tratado de historia, es un curso de principios; los acontecimientos históricos nos son ajenos, á menos que sean necesarios para la comprensión de nuestra legislación actual. Podríamos, pues, pasarnos en silencio el título del Código Civil que trata de la prisión por deudas. Sin embargo, cuando se hizo la abolición de la prisión por deudas no era absoluta; debemos, pues, decir al menos lo que queda y por qué el legislador ha mantenido sus restos. Conforme al proyecto primitivo la abolición era absoluta, lo que era lógico. Si se ha propuesto la abolición de la prisión por deudas es porque se la considera como una violación de la libertad individual, el más natural de los derechos que nuestras modernas constituciones inscriben entre los derechos naturales, inenajenables é imprescriptibles del hombre. Y la libertad no se divide; mantenerla parcialmente es violarla en parte; lo que con-

tradice el principio mismo de la nueva ley. Ya se vió cómo llegó el legislador á este sistema ilógico. La ley primitiva hizo surgir un conflicto entre la Cámara de los Representantes y el Senado: la Cámara quería la simple y pura abolición y el Senado la aceptaba con restricciones para no dilatar indefinidamente el beneficio de una abolición casi completa; la mayoría de la Cámara acordó con el Gobierno aceptar las restricciones propuestas por el Senado. Las transacciones acerca de los principios no son de nuestro parecer: no solamente son ilógicas, que es el menor reproche que se las puede, hacer sino que mutilando la verdad la falsean y la separan de la conciencia pública. Los hombres acaban por aceptar estas semiverdades como la expresión de los verdaderos principios sin embargo de que una semiverdad es un semierror. De esta manera el legislador, órgano del derecho, esparce entre los hombres errores con el colorido de la verdad. ¡Funesta enseñanza! Pues el hombre acabará por no saber cuál es la verdad y cuál es lo falso. Esta alteración del sentido moral es una de las plagas de las sociedades modernas. Nos falta la convicción y por eso somos inconsecuentes, contradictorios y débiles. ¡Y que el legislador no dé, al menos, la mano á este desorden moral! ¡Que no olvide su misión de guiar al hombre por el sendero de la verdad!

432. Hace cuarenta años que se ensayó establecer lo que desde entonces se consideraba como una verdad absoluta en la materia: la oposición radical entre la prisión por deudas y el principio de libertad individual. (1) La primera parte de este trabajo de mi juventud era histórico. Desde entonces la historia ha sido el estudio predilecto del autor. No obstante, nunca se ha interesado la historia por la historia misma, como se ha hecho con el arte por el arte

¹ Véanse dos artículos insertos en los *Nuevos archivos históricos filosóficos y literarios*, t. I, ps. 205 y 417: *De la legislación por la prisión por deudas*.

mismo. La erudición que trata de resucitar el pasado no es de su gusto. Que lo hagan los anticuarios en su gabinete, por curiosidad, enhorabuena, pero esto no es la historia. La ley del progreso, que preside los destinos del género humano, implica que partimos de la imperfección para llegar á ser relativamente perfectos. Luego hay, pues, una parte errónea en la herencia que el pasado nos lega; estos errores deben combatirse y desecharse; ya son esqueletos, no tienen vida: ¿con qué fin evocar constantemente el pasado? Lo que hay que hacer es desprender los átomos de verdad que se hallan en la masa de errores que las edades han acumulado.

Este trabajo la humanidad lo verifica por instinto, conducida por Dios. Dios, en la historia ó el gobierno providencial y la marcha progresiva del hombre á la perfección, es la verdadera historia. Con esto se ilumina el pasado y su luz nos guiará al porvenir.

Esto es por lo que en 1837 dijimos que si los partidarios de la prisión por deudas se dieran cuenta de lo que ha sido esta pretendida vía de ejecución y lo que aún es en esencia retrocederían espantados. El deudor compromete su persona, mejor dicho, su cuerpo y su alma, su libertad y su vida, para garantizar el pago de lo que debe. No paga: el acreedor embarga su persona, lo hace su esclavo, y en la antigüedad más remota la esclavitud daba al dueño derecho de vida y muerte. Este negro derecho estaba inscripto en la ley de las XII Tablas: "Si hay muchos acreedores, que mutilen el cuerpo del deudor. Si lo dividen más ó menos, que no sean responsables." ¿Cómo explicarse este menosprecio de la libertad y de la vida en un pueblo libre? Esto es porque en la antigüedad no se conocía la libertad; ¿y cómo podían conocerla si practicaban la esclavitud? La servidumbre por deudas no podía desaparecer sino con la esclavitud, para lo que se necesitaban nuevas razas y nuevo

estado social. La libertad moderna creó sus raíces en las selvas de la Germania.

El espíritu de la individualidad que caracteriza á los germanos transforma todas las relaciones sociales, introduciendo la idea de personalidad y de derecho donde los antiguos no la tenían sino, al contrario, un imperio absoluto del amo y del esclavo. El esclavo se hizo hombre y esta fué la gran revolución que transformó á la humanidad. Aprovechó esto á los deudores insolventes. El uso reconoció derechos del deudor respecto al acreedor, como también á los siervos respecto á su amo. Esto era destruir la esclavitud por deudas en su esencia. La prisión doméstica con sus ocultas venganzas cedió el lugar á la prisión pública. La prisión por deudas dejó de ser una explotación de la persona para convertirse en una garantía en favor del acreedor contra la mala fe del deudor.

Llegado á este punto la prisión por deudas tenía que desaparecer. Las partes son libres para estipular las garantías que les plazcan, salvo las que amenacen á la libertad. No hay más que una causa legítima para privar de la libertad: es la pena impuesta al culpable. Cuando sólo hay intereses privados en causa se debe uno conformar con la garantía que ofrecen los bienes del deudor y con las cauciones ó hipotecas que ministren los terceros; la libertad de la persona no puede llegar á ser la accesoria de intereses pecuniarios; esto sería violar la personalidad humana en su esencia.

433. Tal es el desarrollo histórico de la prisión por deudas. Entre los romanos nadie dudaba de la legitimidad de la esclavitud por deudas. Hoy nadie duda de lo ilegítimo de la prisión del deudor. El desacuerdo sólo existe en detalles. Hé aquí las disposiciones restrictivas de la nueva ley.

La prisión por deudas se mantuvo en materia criminal, correccional y de policía para la ejecución de las condenas

á las restituciones, los daños y perjuicios y las costas (art. 2).

Puede pronunciarse en cualquiera materia para las restituciones, daños y perjuicios y costas, cuando resultan de un hecho previsto por la ley penal ó de un acto ilícito cometido por mala fe (art. 31). Es decir, que naciendo la acción civil de un delito criminal y la acción de daños y perjuicios de un delito civil pueden ser sancionadas por la prisión del deudor. Esta disposición fué objeto de muchas críticas. La acción civil por injurias y calumnias por la vía de la prensa puede llevarse ante los tribunales civiles como cualquiera acción civil; por consecuencia, el tribunal, al condenar al demandado á daños y perjuicios, puede ordenar su arresto. Esto es un atentado á la libertad de la prensa, se dice. Y esta faz del asunto es ajena á nuestro trabajo. Que nos sea solamente permitido encontrar excesiva esta solicitud para la libertad de la prensa cuando se convierte en un instrumento de injuria y de calumnias. Si la prisión por deuda pudiera ser legítima lo sería contra los miserables libelistas que deshonoran la más preciada de nuestras libertades en un interés de partido, el que sólo es amenudo un interés de venganza. Nosotros no opinamos por la prisión por deudas, pero hay algo que detestamos: la injuria y la calumnia sistemáticas. El mal que se hace á las personas insultadas ó calumniadas es relativamente pequeño. Hay uno mayor, casi inmenso: es el que cierta prensa, al injuriar y calumniar á sus adversarios, desmoraliza profundamente á sus lectores, y es precisamente á estos lectores á los que se prohíbe leer otros periódicos. Este lento veneno se esparce en las almas y acaba por infectar y desmoralizar á las naciones. Hé aquí la obra de los calumniadores, no hay nada más funesto. ¡Que se restablezca la picota para los calumniadores de profesión! Entonces aplaudiremos con gusto á los que se oponen á la prisión por deudas en materia de prensa.

434. La nueva ley agrega algunas disposiciones que mejoran la antigua legislación, disminuyendo su rigor. Desde luego la prisión por deudas sólo há lugar para una suma que no exceda de 300 francos (art. 4). Después su duración, que la fija la sentencia según la gravedad de la falta cometida y la extensión del daño que se ha de reparar, no puede pasar de un año (art. 5). En fin, la ley prohíbe pronunciar la prisión por deudas contra las personas civilmente responsables del hecho, contra los que alcanzaren los setenta años de edad, contra las mujeres y los menores y contra los herederos del que puede ser aprehendido (art. 6).

En cuanto al procedimiento trasladamos á las disposiciones de la ley de 21 de Marzo de 1859, mantenidas por la nueva ley (art. 8).

TITULO XVIII.

(TITULO XVII DEL CÓDIGO CIVIL.)

DEL EMPENO. (1)

435. «El empeño es un contrato por el que un deudor entrega una cosa á su acreedor para la seguridad de la deuda» (art. 2071). Síguese de esto que el empeño es un contrato real, á diferencia de la hipoteca, que no hace pasar al acreedor la posesión de la cosa. Pothier lo ha hecho notar. (2) La diferencia procede de la misma esencia del empeño. El objeto de este contrato es el de ofrecer al acreedor una garantía para su pago; cuando es una cosa mueble la que se da para el pago de la deuda la cosa queda afectada de un derecho real que da al acreedor el derecho de hacer que le paguen en el precio de preferencia á los demás acreedores. El ejercicio de este privilegio se haría imposible é ilusorio si el acreedor no fuera poseedor de la cosa; en efecto, el deudor al enajenarla haría ineficaz el derecho del acreedor no pudiendo los muebles ser perseguidos (art. 2119, Ley Hipotecaria, art. 46). Para que el empeño dé una garantía ver-

1 Pothier, *Del Empeño*, caps. IV y V del *Tratado de las Hipotecas*. Troplong, *Del Empeño*, 1 vol. en 8.º [París, 1847]. Pont, *De los pequeños contratos* [t. II, París, 1867].

2 Pothier, *Del Empeño*, núm. 208.

434. La nueva ley agrega algunas disposiciones que mejoran la antigua legislación, disminuyendo su rigor. Desde luego la prisión por deudas sólo há lugar para una suma que no exceda de 300 francos (art. 4). Después su duración, que la fija la sentencia según la gravedad de la falta cometida y la extensión del daño que se ha de reparar, no puede pasar de un año (art. 5). En fin, la ley prohíbe pronunciar la prisión por deudas contra las personas civilmente responsables del hecho, contra los que alcanzaren los setenta años de edad, contra las mujeres y los menores y contra los herederos del que puede ser aprehendido (art. 6).

En cuanto al procedimiento trasladamos á las disposiciones de la ley de 21 de Marzo de 1859, mantenidas por la nueva ley (art. 8).

TITULO XVIII.

(TITULO XVII DEL CÓDIGO CIVIL.)

DEL EMPENO. (1)

435. «El empeño es un contrato por el que un deudor entrega una cosa á su acreedor para la seguridad de la deuda» (art. 2071). Síguese de esto que el empeño es un contrato real, á diferencia de la hipoteca, que no hace pasar al acreedor la posesión de la cosa. Pothier lo ha hecho notar. (2) La diferencia procede de la misma esencia del empeño. El objeto de este contrato es el de ofrecer al acreedor una garantía para su pago; cuando es una cosa mueble la que se da para el pago de la deuda la cosa queda afectada de un derecho real que da al acreedor el derecho de hacer que le paguen en el precio de preferencia á los demás acreedores. El ejercicio de este privilegio se haría imposible é ilusorio si el acreedor no fuera poseedor de la cosa; en efecto, el deudor al enajenarla haría ineficaz el derecho del acreedor no pudiendo los muebles ser perseguidos (art. 2119, Ley Hipotecaria, art. 46). Para que el empeño dé una garantía ver-

1 Pothier, *Del Empeño*, caps. IV y V del *Tratado de las Hipotecas*. Troplong, *Del Empeño*, 1 vol. en 8.º [París, 1847]. Pont, *De los pequeños contratos* [t. II, París, 1867].

2 Pothier, *Del Empeño*, núm. 208.

dadera al acreedor es necesario que éste tenga la posesión de la cosa. En cuanto al empeño inmobiliario la ley dice (artículo 2085) que el acreedor no adquiere por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente en los intereses y en el capital; la garantía que ofrece la anticresis supone también que el acreedor está en posesión de la cosa. No sucede lo mismo con la hipoteca; la seguridad que ésta da al acreedor consiste en mandar vender el inmueble y pagarse en el precio con preferencia á los demás acreedores; no es necesario para esto que la cosa esté en poder del acreedor, puesto que la hipoteca da el derecho de promoción.

436. Resulta también de la definición del empeño que esto es un contrato accesorio que tiene por objeto asegurar el pago de una deuda principal, así como la caución; hay otra diferencia: es que la seguridad que ofrece el caucionante está ligada á la persona y á su solvencia. Gary, el Relator del Tribunado, dice que la mayor parte de de las transacciones de la vida civil se aplican á esta verdad enunciada con tanta precisión por una ley romana: que hay más seguridad en los bienes que en las personas. Tal es el objeto del empeño, así como el de la hipoteca. Gary añade que no es una mera convención ni una mera liga la que se forma tomando y concediendo una seguridad real, que sólo se asegura la ejecución del compromiso contraído por el empeño que estrecha la liga ya formada. (1) Esto es expresar mal un pensamiento verdadero en el fondo. El Relator quiere establecer el carácter accesorio del empeño; es seguro que si no hubiera contrato principal el empeño no crearía ninguna liga entre el deudor y el acreedor; el contrato sería sin objeto, puesto que nada habría que asegurar. Pero no es exacto decir que el empeño no supone una nueva convención; se forma por el concurso de consentimientos,

1 Gary, Informe, núm. 1 (Loché t. VII, p. 103).

como todos los contratos. Esto puede hacerse á la vez que el contrato principal; hay en este caso dos contratos, uno que crea la deuda principal y el otro que tiende á asegurar su pago. El empeño puede también formarse más ó menos tiempo después de la perfección del contrato principal. En toda hipótesis supone una convención distinta, luego un nuevo concurso de consentimientos, sólo que es accesorio y, por consiguiente, regida por los principios de los contratos accesorios. La nulidad del contrato principal arrastra la nulidad del empeño; pero la nulidad del contrato accesorio no arrastra la del contrato principal. (1)

El carácter accesorio del empeño tiene una consecuencia importante en lo relativo á la competencia: el tribunal competente para el contrato principal lo es por esto mismo para el contrato accesorio. Fué sentenciado que el empeño, así como la caución, participan como accesorios de la naturaleza de la obligación principal de la que tiene por objeto asegurar la ejecución. En el caso había sido dado para la seguridad de una operación mercantil; tomaba, pues, el carácter mercantil á consecuencia de las contestaciones que surgieron en su ejecución, y sus efectos entraban, como la obligación principal, en la competencia de los tribunales de comercio. (2)

437. El empeño es un contrato unilateral, puesto que el acreedor sólo se obliga; el deudor no se obliga al dar una seguridad para el pago de la deuda. Es verdad que el deudor puede encontrarse obligado por consecuencias del empeño, por ejemplo, cuando el acreedor ha hecho gastos para la conservación de la cosa, pero esta obligación sólo es accidental; resulta de los gastos, no del contrato; esto, por sí mismo, obliga solamente al acreedor á devolver la cosa; el

1 Gante, 4 de Abril de 1872 (Pasierisla, 1872, 2, 310).

2 Montpellier, 11 de Febrero de 1847 [Dallez, en la palabra *Empeño*, número 38].

acreedor sólo contrae, pues, una obligación principal, lo que caracteriza el contrato unilateral. Los autores llaman, sin embargo, al empeño un contrato sinalagmático porque es bilateral imperfecto. (1) Esto es una mala locución que se hiciera bien en quitar de nuestra ciencia, puesto que equivoca el sentido. ¿Se aplican al empeño las formalidades prescriptas por el art. 1325 para los escritos en que constan convenciones bilaterales? Nó, acerca de este punto todos están acordes. Luego el contrato no es sinalagmático.

Durantón observa que hay, á este respecto, algo especial en el empeño. No tiene que ser redactado en duplicado, pero ¿á quién se entregará el único original? El acreedor tiene interés en él para el ejercicio de su privilegio; el deudor también tiene interés en él para reclamar la restitución de la prenda. Durantón se decide en favor del acreedor, cuyo interés le parece mayor. (2) ¿No es esto más bien una cuestión de derecho? Al acreedor es á quien debe entregarse el acta; ¿y quién es acreedor? El que entregó la prenda; es pues, el deudor quien debe tener el escrito; y como el acreedor también ha de querer tener una prueba literal de su derecho se llega de hecho á la necesidad de redactar dos originales. Pero esto es una utilidad de hecho; en derecho no se puede uno prevalecer de ella, puesto que el contrato no es sinalagmático.

La Corte de Casación ha hecho una aplicación asaz singular de este principio. Constaba en la sentencia atacada que las partes que en apariencia habían hecho una venta tenían, en realidad, la voluntad de hacer un contrato de empeño; el contrato fué redactado en forma de carta, luego sin la observancia de las formalidades del duplicado y su mención. Cuestión de saber si el acta es válida en la forma. La Corte se pronunció por la afirmativa, ateniéndose á la rea-

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 571, núm. 1067.

2 Durantón, t. XVIII, p. 590, núm. 517.

lidad de las cosas más bien que á su apariencia. (1) Esta decisión suscita dudas. Desde luego: ¿puede hacerse un empeño bajo forma de venta? Volveremos á este punto. Y suponiendo que el empeño disfrazado bajo forma de venta sea válido, ¿no deben observarse las formas del contrato bajo el que se esconde el empeño? Esta es nuestra opinión.

438. Se puede dar en empeño una cosa mueble: esto es el contrato de *prenda*. El empeño de una cosa inmueble se llama *anticresis* (art. 2072). De esto la división de la materia.

1 Denegada, 13 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 467).

tituir una prenda; es que la prenda, así como la hipoteca, conducen á la enajenación forzada. Este es el derecho del acreedor hipotecario. En cuanto al acreedor prendista no puede, en principio, disponer de la prenda, pero puede hacer que el juez ordene que la prenda le quede en pago ó que se venda en subasta. La prenda conduce, pues, á la expropiación del deudor (arts. 2078 y 2079); en este sentido empeñar la cosa es consentir su enajenación eventual; por esto debe el deudor ser propietario y capaz de enajenar.

440. Por aplicación de este principio se decide que la hipoteca de la cosa ajena es nula. ¿Sucede lo mismo de la prenda que se constituiría en la cosa ajena? En principio sí, pero en la aplicación hay diferencias que resultan de la naturaleza mobiliaria de la prenda y de los principios particulares que rigen la propiedad de los muebles.

El propietario tiene un poder absoluto que ejerce hacia y contra todos; cuando se dispone de su cosa enajenándola ó gravándola con un derecho real estas actas no pueden atacar su derecho; reivindica su cosa y la persigue en manos de cualquier detentor, sin tener cuenta de las actas de enajenación ni de concesiones de derechos reales que un tercero hubiera consentido. Sin embargo, este poder absoluto sufre una grave modificación cuando la cosa es mueble. En cuanto á muebles la posesión vale título. Esta regla del derecho francés se opone á que el propietario reivindique la cosa mueble que le pertenece en manos de un poseedor de buena fe; la reivindicación sólo se admite por excepción y durante tres años si se trata de una cosa robada ó perdida. ¿El acreedor prendista puede invocar el principio del artículo 2279 contra el propietario que reivindica su cosa contra él? La afirmativa no es dudosa siempre que el acreedor sea de buena fe; es decir, siempre que ignore al recibir la cosa á título de prenda que esta cosa no pertenece al deudor; desde que el poseedor no es de buena fe y que el títu-



CAPITULO I.

DE LA VENTA.

SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la prenda.

§ II.—CONDICIONES GENERALES.

439. Es de principio que para constituir una hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y ser capaz de enajenarlo (arts. 1224 y 2125, Ley Hipotecaria, arts. 73 y 74). El mismo principio se aplica á la constitución de la prenda. En efecto, la prenda es un derecho real, así como la hipoteca, y el derecho real es el desmembramiento del derecho de propiedad; constituir una hipoteca ó una prenda es, pues, consentir una hipoteca de la cosa; y se necesita tener, para enajenar particularmente, la misma capacidad que para la enajenación total. Sólo el propietario puede enajenar porque la facultad de disponer es uno de los artículos esenciales de la propiedad. Es necesario, además, ser capaz para enajenar, pues hay propietarios que, á consecuencia de su incapacidad, no pueden consentir una hipoteca ni una prenda, tales son los menores, los interdictos y las mujeres casadas.

Se da también otra razón del principio según el cual es necesario ser propietario y capaz para enajenar para cons-

lo mismo de su posesión no prueba su título precario puede prevalecerse de la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título; esta máxima protege á todos los poseedores que han adquirido un derecho en la cosa, ya sea como compradores, ya en virtud de un derecho real, tal como el usufructo ó la prenda. (1) Puede parecer singular que un simple derecho real prevalezca al derecho absoluto de propiedad; la razón es, como lo diremos en el título *De la Prescripción*, que hay general interés en causa: el interés del comercio y de la libre circulación de las cosas muebles. Pero el acreedor prendista no puede ya invocar la máxima del art. 2279 si es de mala fe, y es de mala fe cuando recibe en prenda una cosa que sabe no pertenece al deudor que se le entrega con este título. El propietario está admitido en este caso á reivindicar la cosa contra el acreedor prendista, como podría reivindicarla contra un comprador de mala fe. La reivindicación estaría también admitida si la cosa empeñada hubiera sido robada ó perdida. (2)

Hemos supuesto hasta aquí que el propietario reivindicaba la cosa contra el acreedor prendista. Nos queda por ver cuáles serán las relaciones entre el deudor y el acreedor á quien entregó como prenda una cosa que no le pertenecía. El empeño es nulo; ¿pero quién puede prevalecerse de la nulidad? Se entiende que el acreedor puede obligar al deudor á darle otra prenda; se aplica aquí por analogía lo que hemos dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del artículo 1238: cuando el deudor paga una cosa que no le pertenece el acreedor puede exigir que el deudor le entregue otra cosa de la que sea propietario. Se objeta en vano que el acreedor está al abrigo de la reivindicación, puesto que la puede rechazar en virtud del art. 2279; se contesta á la

1 Compárese Burdeos, 26 de Mayo de 1873 (Dalloz, 1875, 2, 28).

2 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 9 (Loché, t. VII, p. 100) y todos los autores (Aubry y Rau, t. IV, p. 700, nota 1, p. 432. Pont, t. II, p. 576, número 1074).

objeción que toca al acreedor solo ver si le conviene oponer la prescripción del art. 2279 ó no oponerla. En cuanto al deudor no puede repetir la cosa que entregó en prenda; no lo puede como propietario, puesto que no lo es; no lo puede en vista de la nulidad de la prenda, pues la nulidad no se establece en interés suyo; luego no puede invocarla. Es verdad que en nuestra opinión el deudor que paga una cosa de que no es propietario puede repetirla; esto es por una razón de texto que es extraña á nuestro debate. Traducimos á lo que fué dicho acerca del art. 1238 (t. XVII, núm. 499).

441. El principio de que en cuanto á muebles la posesión vale título no es aplicable más que á los muebles corporales y á los títulos al portador; diremos en el título *De la Prescripción* que el art. 2279 no se aplica á los muebles no corporales cuya propiedad sólo se adquiere por el cumplimiento de ciertas formalidades: tales son los valores nominales que se someten á una translación regular. El propietario puede, pues, reivindicarlos si han sido enajenados por un tercero no propietario; puede, por consiguiente, promover la reivindicación contra el acreedor prendista.

La cuestión fué sentenciada en este sentido por la Corte de Casación en el caso siguiente. Después de la muerte de su mujer un negociante da en prenda á su acreedor doce acciones nominales de una sociedad carbonera. Habiendo su hijo renunciado á la sucesión reivindicaron la mitad de las acciones como herederos de la madre. La Corte de Douai le dió gana en la causa. En efecto, siendo los esposos casados bajo el régimen de la comunidad las acciones, aunque en el nombre del marido, se habían vuelto copropiedad de la mujer y le pertenecían por mitad. Después de la disolución de la comunidad el marido no podía ya disponer más que de su parte en dichas acciones; dando todas las

acciones en prenda había dispuesto de créditos que pertenecían á los herederos de su mujer: éstos tenían, pues, el derecho de reivindicarlas. (1)

442. Las personas incapaces para enajenar son por esto mismo incapaces para constituir prenda. Hemos expuesto en otro lugar los principios. (2) La ley acerca de las quiebras contiene disposiciones especiales acerca de la prenda é hipoteca que el quebrado constituye antes de la declaración de la quiebra. Una vez declarada la quiebra el quebrado está desposeído de la administración de sus bienes; luego ya no puede constituir una prenda. Pero sucede a menudo que los deudores insolventes tratan de procurarse un crédito dando á los prestamistas una prenda de cosas muebles; lo que disminuye en otro tanto la prenda común cuando la quiebra llega á declararse. ¿Son nulos estos empeños? Hay que distinguir. Si un empeño se constituye después de la suspensión de pagos ó dentro de los diez días que precedieron esta época el empeño es nulo y de efecto nulo porque se le presume hecho en fraude de los demás acreedores. Esto supone que la deuda era anteriormente contraída y que el objeto del empeño fué mejorar á uno de los acreedores en perjuicio de los demás. Si la prenda está constituida después de la suspensión de pagos á la vez que las partes contratan la obligación principal el acta no es nula ya en virtud de la ley; la validez del contrato accesorio depende en este caso de la validez del contrato principal, y éste puede ser anulado según las circunstancias; es decir según que fué hecho de buena fe ó en fraude de los demás acreedores. (3)

1 Denegada, 17 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 145).

2 Sentenciado, por aplicación de estos principios, que la mujer casada no puede dar en cuenta los efectos muebles que no le pertenecen, para una deuda contraída sin autorización marital [Casación, 12 de Enero de 1874, Dalloz, 1874, 1, 153].

3 Ley belga de 18 de Abril de 1851, arts. 445 y 446. Ley francesa en el nue-

443. El art. 2071, que define el empeño, supone que es el deudor quien entrega una cosa á su acreedor para la seguridad de la deuda. Tal es, en efecto, el caso ordinario. Sin embargo, la prenda puede también ser constituida por un tercero ó por el deudor. El art. 2077 lo dice, y esto es evidente. Puedo consentir una hipoteca en mi casa para la garantía de la deuda de un tercero, puesto que soy libre de disponer de mis bienes como quiera. Por la misma razón puedo dar un mueble en prenda para dar gusto á un tercero, dice Pothier. Hay en este caso dos convenciones: primera entre yo y el deudor; hay una liga jurídica que procede de un mandato ó de una gerencia de negocios; luego se forma un contrato de empeño entre el acreedor y yo; no hay ninguna diferencia entre este contrato y el que el deudor forma él mismo. (1)

444. ¿Qué cosas se puede dar en prenda? En los términos del art. 2118 (Ley Hipotecaria, art. 45) únicamente son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles que están en el comercio y el usufructo de los mismos bienes. ¿Por analogía se debe decir que son susceptibles de ser dadas en prenda todas las cosas mobiliarias que están en el comercio? Esto es verdad en general; se necesita que las cosas estén en el comercio porque están destinadas á ser vendidas si el deudor no paga, y basta también que estén en el comercio. Sin embargo, se requiere una condición para la validez de toda prenda que viene á modificar este principio. En los términos del art. 2076 la prenda debe ponerse y quedar en posesión del acreedor; esto es esencial no solamente para la existencia y conservación del privilegio sino también para los derechos que el acreedor prendista tiene que ejercer con respecto al deudor. Trataremos más adelante del principio;

vo Código de Comercio, arts. 446 y 447. Compárese Denegada, 18 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 424); y Pont, t. II, p. 573, núm. 1071.

1 Pont, t. II, p. 632, núm. 1141.

resulta que las únicas cosas susceptibles de ser dadas en prenda son las que pueden ser entregadas al acreedor prendista; si el deudor no puede ser desposeído de la cosa el contrato de prenda no se puede formar. La Corte de París lo juzgó así en una especie en que un panadero dió en prenda la patente ó permiso de la policía necesaria para la profesión de panadero. Esta patenté ó permiso necesario para ejercer la industria, dice la Corte, constituye una facultad puramente personal de la que el propietario titular no puede un instante ser desposeído. Las partes habían tratado de disimular una posesión, notificando al prefecto de policía y al sindicato de panadería la convención de prenda, pero estas notificaciones indicaban solamente la voluntad de transmitir una especie de posesión al acreedor; es cierto que no equivalían ni á una tradición simbólica. La sentencia agrega que no se comprende más el derecho de prenda versando en un fundo de comercio ó en su clientela; ¿cómo se quiere que un panadero se desprenda de su clientela, sin el que su industria se vuelve un contrasentido? La Corte concluye que no había prenda válida ni, por lo mismo, privilegio. (1)

Se ha pretendido que las obras de inteligencia escapan al contrato de empeño. En la especie se trataba de piedras y planchas grabadas representando obras de música. La Corte de París contesta que las obras intelectuales, desde que se realizan exteriormente por la impresión, el grabado ó la litografía, constituyen una propiedad, luego un bien mobiliario á la vez incorporal y corporal, y que con este doble título el derecho y los objetos materiales que son su señal pueden ser dados en prenda. (2)

445. Las cosas incorporales pueden ser dadas en prenda; el art. 2075 lo dice implícitamente. En teoría no hay

1 París, 26 Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 218).

2 París, 15 Enero de 1874 (Dalloz, 1875, 2, 43).

duda en esto: los derechos están en el comercio y son susceptibles de posesión (art. 1607). Se ha hecho una objeción en lo referente á las rentas del Estado: no son embargables, se dice, luego no susceptibles de darse en prenda. La consecuencia no es lógica; todo lo que resulta de que las rentas no son embargables es que no están sometidas á la ejecución forzada que el acreedor puede practicar en todos los bienes de su deudor; pero de aquí no se sigue que las rentas estén fuera del comercio; se las vende todos los días, luego también se las puede dar en prenda. Esta es una práctica muy usada: el acreedor, cuando el deudor no paga, tiene el derecho de hacer vender las rentas que le han dado en prenda observando las formas prescriptas por la ley de 28 Floreal, año VII. (1)

§ II. DE LAS CONDICIONES DE FORMA PRESCRIPTAS EN INTERES DE LOS TERCEROS.

446. El efecto principal de la prenda concierne á los terceros, puesto que el objeto de las prendas es conferir al acreedor el derecho de hacerse pagar sobre la cosa que es el objeto, por el privilegio y preferencia á los demás acreedores (art. 2073). Sin embargo, la prenda produce también efecto entre el deudor y el acreedor. Por esto el deudor debe tener en cuenta al acreedor los gastos que ha hecho para la conservación de la prenda. Más adelante trataremos este asunto detalladamente. El interés del tercero ha hecho que se prescribieran las condiciones de forma en materia de prenda, como de hipotecas y privilegios. En los términos del art. 2074 el acreedor prendista no puede ejercer su privilegio sino en tanto que hay una acta pública ó privada, debidamente registrada, que contenga la declaración de la suma debida así como la especie y naturaleza de

1 París, 13 Enero de 1854 [Dalloz, 1854, 2, 93].

las cosas dadas en prenda, ó un estado anexo de sus cualidades, peso y medida. ¿Son estas formas de la esencia de la prenda de tal manera que se deban llenar para que la prenda exista? El texto mismo del art. 2074 prueba que las formas que establece se refieren únicamente á los terceros. Después de haber dicho que la prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar con la cosa que es su objeto, por el privilegio y de preferencia á los demás acreedores el Código agrega: «Este privilegio no tiene lugar más que cuando hay acta pública ó privada, etc.» Luego es para asegurar su derecho de preferencia por lo que el acreedor prendista debe llenar las formalidades que prescribe el art. 2074. Estas formalidades son, por consiguiente, ajenas á las relaciones que la prenda establece entre el acreedor y el deudor, independientes del privilegio. El argumento del texto está confirmado por los trabajos preparatorios. El Relator del Tribunado dice que en cuanto á la forma se debe distinguir: «Si sólo se trata del efecto que debe tener la convención entre el acreedor y el deudor las reglas según las cuales la verdad de esta consecuencia debe ser establecida son las prescritas por la ley de contratos ó de las obligaciones convencionales en general.» Es decir, que para el acreedor y el deudor se aplica el derecho común. «Pero, dice Gary, si se debe oponer esta convención á los terceros, si el detentor de la prenda reclama en perjuicio de estos terceros el privilegio que la ley le asegura, se necesita entonces que la entrega de la prenda ó la convención de la que es efecto tengan una fecha cierta que excluya cualquiera sospecha de fraude y colusión entre el detentor y el propietario de la prenda. Sin esta precaución un deudor infiel en el momento en que viera que sus efectos muebles van á ser entregados á la ley llegaría por inteligencias criminales á substraerlos á la acción de sus acreedores.» Es decir, que el deudor insolvente cuyos muebles se van á embargar po-

dría entenderse con uno de sus acreedores para crear en su favor una prenda que no existía, substrayendo así á la acción de los demás acreedores los bienes que le entregaran; ó si existía una prenda, pero de poco valor, el deudor de mala fe, se pondría en complicidad con el acreedor prendista entregándole valores importantes que disminuyeran su patrimonio en perjuicio de la masa. Hé aquí por qué, continúa Gary, la ley quiere que el privilegio concedido al acreedor no tenga lugar más que bajo condiciones que garanticen los derechos de los demás acreedores. Esta interpretación está confirmada por la tradición; los autores del Código han tomado el art. 2074 del decreto de 1673 (título VI, arts. 8 y 9), el que nunca se había aplicado sino en interés de los terceros. (1)

447. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. Surgió un debate entre el acreedor prendista y el deudor; el privilegio del acreedor no estaba en causa: no estando interesados los terceros no promovieron. El deudor pidió la nulidad de la prenda fundándose en que el acta que comprobaba no había sido registrada. Los autores y las sentencias están acordes en decir que el deudor no puede prevalecerse de la no observancia del art. 2074; las formas prescritas por dicho artículo se refieren únicamente al interés del tercero: sólo tienen un objeto: garantizar á los terceros contra el fraude de que el deudor, en complicidad con el acreedor, quisieran hacer en su perjuicio. Y entre el deudor y el acreedor prendista no puede tratarse de fraude; luego no se puede tratar de formalidades que tienen por objeto prevenirlos. (2)

Entre el acreedor prendista y el deudor el debate se re-

1 Gary, Informe núm. 7 (Loché t. VIII, p. 104).

2 Durantón, t. XVIII, p. 586, núm. 512. Pout. t. II, p. 592, núm. 1098. Denegada, 31 de Mayo de 1836 y 12 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núms. 80 y 77). Sentencia de la Guadalupe, de 1.º de Julio de 1827 (Daloz, 1874, 2, 95).

fiere sólo á la existencia de la convención cuyos efectos reglamenta la ley. ¿Cómo se prueba la convención de la prenda? Como toda convención: conforme al derecho común que rige las pruebas. ¿Se necesita una acta para probar el contrato? No, pues las convenciones se pueden hacer por testigos, cualquiera que sea el valor pecuniario de la cosa, cuando hay un principio de prueba por escrito. Y en materia mercantil la prueba testimonial siempre es admitida: sí, pues, la prenda se dió en seguridad de una deuda comercial el empeño toma el carácter de obligación principal, la convención de prenda será un contrato comercial y, por consiguiente, la prueba se podrá hacer indefinidamente por testigos; (1) luego por presunciones cuando la ley admite la prueba testimonial. (2)

Pero desde que está en causa el interés de un tercero la prenda no se puede establecer conforme al derecho común; el art. 2074 deberá ser aplicado. Un comisionista entrega una prenda como seguridad de un préstamo hecho en su favor: tres talones de 158 pacas de lana pertenecientes á terceros exportadores. Estos reivindican sus mercancías: ¿Podrá el acreedor prendista oponerles su derecho de prenda? Ya hemos contestado con la doctrina que el acreedor de buena fe podía hacerlo con el propietario que reivindicara (núm. 440), pero esto supone establecida la prenda, y ¿cómo debe serlo cuando los terceros están interesados? Conforme al art. 2074: y en el caso ninguna de las formalidades prescritas por la ley habían sido observadas, no había sido entregada más que una simple nota de embarque. Esto bastaba entre las partes: con respecto á los terceros se necesitaba una acta de fecha cierta, como vamos á decirlo. Luego no había prenda respecto á los terceros: por tan-

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 28 de Mayo de 1864 (Pasierisia 1864, 1, 317).

2 Denegada, 31 de Mayo de 1836 precitado, p. 438, nota 2.

to, el acreedor prendista no podía oponerse á la reivindicación. (1)

448. El art. 2074 dice: «Este privilegio no tiene lugar más que cuando hay una *acta pública ó privada*.» Se necesita una acta no para la prueba sino para garantía de los intereses del tercero. Si sólo se tratara de una cuestión de prueba la ley debiera haber admitido los testimonios con un principio de prueba por escrito, puesto que en el sistema del Código esta prueba equivale á la literal. La ley no se conforma con esto, quiere una acta; el empeño toma, pues, el carácter de una acta solemne con respecto á los terceros; la acta es una condición de existencia de la prenda que ninguna otra prueba puede suplir. En vano se invocaría la confesión contra los terceros ó se les deferiría el juramento acerca de la existencia de la prenda; el juramento y la confesión no tienen lugar de acta, y sin ésta no hay prenda con relación á los terceros.

449. La ley exige una acta *pública ó privada*. ¿Qué se entiende por acta *pública*? La acta pública está en oposición á la privada, y sólo hay dos clases de actas: las privadas y las auténticas; luego por *pública* la ley debe entender una acta auténtica; mejor dicho, una acta notariada. El Código también hace uso, en otras disposiciones, de este término *acta pública*, especialmente para designar el testamento recibido por el notario (arts. 969 y 971). En principio sólo las actas recibidas por el notario tienen el carácter público ó auténtico, salvo en los casos que la ley declara competentes á otros oficiales públicos para recibir ciertas actas. Y la ley no hace ninguna excepción al derecho común en lo relativo á la prenda. Sin embargo, se enseña lo contrario: toda acta de administración pública, se dice, basta para la validez de la prenda si está hecha en el límite de sus

1 Bruselas, 28 de Julio de 1831 (Pasierisia, 1831, p. 232).

atribuciones. (1) No vemos en lo que se funda esta interpretación. El decreto de 1673 exigía una acta notariada con minuta; el Código reemplazó esta expresión por la de *acta pública* que tiene el mismo sentido. Luego la tradición apoya nuestra opinión. Además la ley, queriendo dar un carácter solemne á la convención de prenda, debía exigir la intervención de un oficial público que, por la naturaleza de sus funciones, sabe qué formalidades deben llenarse y asegurar así la validez de la convención de prenda; no se tendría esta garantía si se conformara uno con un acto administrativo.

450. Se ha pretendido que era preciso una acta especial para que constara la convención de prenda. Esto no es serio. La ley quiere una acta pública ó privada conteniendo las declaraciones que prescribe; desde que hay una acta el deseo de la ley queda satisfecho. Ordinariamente la convención de prenda se hace al mismo tiempo que la obligación principal. En el caso el marido había constituido una prenda en provecho de su mujer para asegurar la resolución de la dote: habiendo sido constituida ésta por contrato de matrimonio era muy natural insertar en ella la convención de prenda. La Corte de Burdeos declaró válida la convención, (2) y la cuestión no tiene ni sombra de duda.

451. La ley permite que las partes redacten una acta privada, pero en este caso quiere que se registre. ¿Se pregunta si el registro es de rigor ó si basta que el acta tenga fecha cierta, conforme al art. 1328, por la muerte del que lo suscribió ó por relación de su contenido en acta notariada? La cuestión está controvertida y es dudosa. Según el rigor de los principios hay que decidir que el registro es una formalidad esencial. El registro y las demás formalidades del

1 Pont, t. II, p. 584, núm. 1088.

2 Burdeos, 8 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Empéño*, núm. 192, 1.º)

artículo 2074 están prescriptas no como prueba del contrato de prenda sino como condición de la existencia del privilegio; no se trata, pues, de la aplicación del derecho común que rige la prueba, esto es más bien una derogación del derecho común en este sentido: que la ley establece formalidades especiales que deben ser observadas para que exista el privilegio para con los terceros. Y es de principio que las condiciones exigidas para la existencia de un privilegio son de rigor no puede admitirse equivalente en esta materia. La ley quiere el registro; lo dice dos veces en el primero y en el segundo inciso: esto es decisivo. (1)

La opinión contraria está consagrada por la jurisprudencia y la enseñan la mayor parte de los autores. Citaremos una sentencia muy bien redactada de la Corte de Gante, confirmada por una sentencia de denegada de la Corte de Casación de Bélgica. ¿Por qué exige el art. 2074 que el acta privada en que consta la convención de prenda esté registrada? Esto es para dar á la prenda una fecha cierta que impida los fraudes que el deudor, de acuerdo con el acreedor, quisieran practicar en perjuicio de un tercero. Y los medios indicados por el art. 1328 dan al acta una fecha cierta, tanto como el registro; desde luego no hay ninguna razón para prescribir el registro para la existencia del privilegio para con los terceros; bastaba exigir una fecha cierta para la prenda; y las circunstancias que según el art. 1328 aseguran la fecha hacen toda antefecha imposible; la certeza de la fecha queda, pues, asegurada; ¿por qué no se conforma con esto el legislador? Bajo el punto de vista de los textos la respuesta es fácil; la ley no se conforma con la fecha cierta, como lo hace en otras disposiciones del Código Civil (arts. 1420, 1558, 1743, 1750 y 2012, núm. 1) quiere el registro. Se cuenta y se dice que hay que interpretar el texto por la voluntad del legislador, y el Tribunalado

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 701, y nota 8, pfo. 432 y los autores que citan.

explica la condición del registro en este sentido: que la convención debe siempre tener fecha cierta. En nuestro concepto los trabajos preparatorios no tienen la importancia que se les da ordinariamente. Si es verdad que debe interpretarse el texto en rigor el Relator del Tribuado no tiene el derecho de reemplazar la palabra *registro* por las palabras *fecha cierta*; esto sería alterar la ley en lugar de exponer sus motivos. La Corte de Gante contesta también otro argumento que se había invocado en favor de la interpretación rigurosa del texto. No hay lugar á interpretación, se decía, cuando el texto de la ley es claro y terminante; el art. 2074 exige una acta registrada como condición de la existencia del privilegio; este texto no presenta ninguna duda; desde luego hay que tomarlo tal cual es. La Corte responde que esto no es exacto. Cuando una ley entendida á la letra presenta un sentido que nada explica ni significa hay que interpretar este texto por las demás disposiciones del Código que le dan un significado que la razón pueda aceptar. Y si se aísla el art. 2074 del art. 1328, si se atiende uno á la ley, que exige el registro, excluyendo los demás modos legales que dan fecha cierta á las actas, se llega á una consecuencia que el derecho y la razón desapruueban. Esta condición sería decisiva, es verdad, si se tratara de una materia en la que los intérpretes conservan su libertad de acción. Pero se trata de un privilegio y del interés de los terceros; no pertenece al intérprete cambiar las condiciones que la ley establece. La Corte de Casación sólo reprodujo los argumentos á los que acabamos de contestar. (1) La Corte de Casación de Francia se pronunció en el mismo sentido. (2)

1 Gante, 27 de Julio de 1867 y Denegada, 29 de Mayo de 1868 (Pasicrisia, 1858, 1, 330).

2 Denegada, Cámara Civil, 17 de Febrero de 1858 [Dalloz, 1858, 1, 125] En el mismo sentido las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 701 nota 7, pfo. 432).

452. Una cosa es segura en medio de tanta incertidumbre: es que, admitiendo que el art. 1328 sea aplicable, esta disposición es restrictiva. En cuanto al principio trasladamos al título *De las Obligaciones*; no pudiera haber duda acerca de la aplicación del principio á la prenda siempre que se admita que el art. 2074 sólo es la aplicación del 1328. En nuestra opinión la cosa es evidente, puesto que consideramos el registro como una solemnidad prescrita para la existencia del privilegio. Fué sentenciado que la estampilla postal no basta para dar fecha cierta á la convención de prenda que estuviera relatada en una carta. (1)

453. La ley no dice cuándo debe el acta ser registrada, así como no dice cuándo debe inscribirse una hipoteca: se atiende al interés del acreedor. Mientras el acta no está registrada el acreedor no puede oponer su derecho de prenda á los terceros; está, pues, muy interesado en hacer registrar el acta inmediatamente. Si no lo hace los terceros podrán adquirir en la cosa un derecho que hará á la prenda ineficaz. Antes que el acta esté registrada un acreedor de deudas comunes practica un embargo en la cosa en manos del acreedor prendista: ¿podrá éste prevalecerse de su privilegio cuando no lo tiene y no puede adquirirlo en perjuicio del embargante? (2) Y si el deudor cayera en quiebra el registro ya no podría hacerse útilmente á partir de la sentencia que declara la quiebra, ni aun á partir de la época que fija el tribunal como siendo la de la suspensión de pagos, ó en los diez días que preceden, si la prenda hubiera sido dada para una deuda contraída anteriormente (núm. 442). (3)

454. No basta que haya una acta registrada ó teniendo fecha cierta en la opinión general; la ley quiere que el acta

1 Aix, 27 de Mayo de 1833 (Dalloz, 1845, 2, 118); Montpellier, 4 Enero de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 172).

2 Denegada, 11 de Junio de 1846 [Dalloz, 1846, 1, 252].

3 Durantón, t. XVIII, p. 587, núm. 513. Pont, t. II, p. 589, núm. 1092.

contenga ciertas declaraciones. Desde luego la de la suma debida; el motivo es siempre el temor del fraude y el interés de los terceros; si la suma estuviera fijada las partes podrían aumentarla fraudulentamente, ya para mejorar á un acreedor á expensas de los demás, ya para frustrar la masa común. En materia de inscripción hipotecaria el Código exige, además, que el acreedor indique la fecha del crédito, su naturaleza ó su causa, así como la época en que podrá exigirse; sería útil á los terceros conocer estas circunstancias en materia de prenda; pero como la ley no las prescribe el intérprete no las puede exigir; los privilegios dependen exclusivamente de la ley; nada puede quitarse ni agregarse; toda modificación tendería á restringir el privilegio ó á extenderlo, lo que el legislador sólo tiene derecho de hacer.

La aplicación de la ley no sufre ninguna dificultad en los casos en que es imposible determinar el monto del crédito. Hay créditos indeterminados; tal es un crédito de daños y perjuicios. ¿Bastaría para la validez del contrato de prenda que el acta mencionara el derecho á daños y perjuicios sin ninguna valuación? Nó, la ley quiere que el acta declare cuál es la suma debida; es, pues, necesario que las partes fijen una suma, como se hace en materia de hipoteca (art. 2132 y Ley Hipotecaria, art. 80). Si la suma no fuera determinada la prenda sería nula. Lo mismo sucedería con la apertura de un crédito; si el crédito está fijado la suma que el acreditado podrá deber será por esto mismo segura, á reserva de probar que el dinero fué ministrado. Si el crédito estuviera ilimitado la convención de prenda tendría que fijar una suma, bajo pena de nulidad; el acreedor no puede tener privilegio sino hasta concurrencia de la suma declarada en el acta, aunque el crédito sobrepasara esta cifra; tiene que tener cuidado, en este caso, de hacer un nuevo convenio de prenda. (1)

1 París, 3 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 90).

¿Qué debe decidirse si la obligación principal consiste en hacer? Tal sería la obligación de un agente contador. El caso se presentó por un agente de la sociedad general, el que había comprometido para la garantía de su gerencia 50 acciones industriales sin que el acta precisara el monto del crédito eventual al que podría llegar el derecho de la sociedad contra su agente. Habiendo éste quebrado los curadores sostuvieron que la constitución de prenda era nula. La Corte de Gante, y en el recurso la de Casación, se pronunciaron por la validez. (1) Esta decisión nos parece muy dudosa. El art. 2074 es terminante: «Este privilegio *no tiene lugar* más que si hay una acta conteniendo declaración de la suma debida.» La declaración es, pues, una condición esencial, sin lo que no hay privilegio. Para substraerse á la aplicación de esta disposición la Corte de Gante dice que debe entenderse del caso que sucede amenudo en que la prenda fué dada para la seguridad de un préstamo ó de cualquiera otra obligación cierta y determinada; tal era, en efecto, la hipótesis prevista por la ordenanza de 1673, de la que los autores del Código han tomado el art. 2074. El argumento histórico es débil; ¿qué importa que la ordenanza sólo haya puesto el préstamo de una suma de dinero? ¿Limita el Código la disposición del art. 2074 á tal ó cual obligación? La ley está concebida en los términos más generales; no hay indicación de la suma debida, no hay privilegio. Es imposible, dice la Corte de Gante, aplicar el artículo 2074 á una obligación de hacer. Sea; todo lo que puede concluirse es que el acreedor prendista no tendrá privilegio, y si lo quiere tener debe determinar una suma en el acta de prenda; esto no es más imposible para los agentes de Bancos que para los agentes contadores de Estado, de la provincia, del municipio ó de los establecimien-

1 Gante, 27 de Julio de 1867 y Denegada, 29 de Mayo de 1868 (Posicrisia, 1868, 1, 329).

tos públicos; si la inscripción de las hipotecas legales puede ser especializada en cuanto al crédito la convención de prenda puede también valuar el monto del crédito indeterminado del banquero. La ley no lo exige para la prenda, dice la Corte de Gante. ¿Y qué son, pues, los términos absolutos del art. 2074? Si el acreedor prendista objeta que la ley no le obliga á valuar el monto de su crédito le contestaremos, con el texto en la mano, que sin declaración de la suma debida no tendrá privilegio.

455. En fin, el art. 2074 quiere que el acta declare la *clase* y la *naturaleza* de las cosas entregadas en prenda, ó que haya un estado adjunto de sus calidades, pesas y medidas. El objeto de esta indicación es igualmente el de impedir el fraude; la ley prescribe una declaración de las cosas empeñadas, bastante precisa, para que el deudor no pueda, de cómplicitad con el acreedor, reemplazarlas por otras más precisas que quisiera substraer á los demás acreedores. ¿Cuándo será precisa la indicación para alcanzar este objeto? Esto es una cuestión de hecho cuya solución es muy importante, puesto que la validez de la prenda depende de ella: el juez mantendrá la prenda ó la anulará según que la declaración le parezca suficiente ó no. Nos trasladamos á las decisiones judiciales (1) limitándonos á citar las que se encuentran en los repertorios franceses.

Un deudor da en prenda los libros y librerías de una biblioteca. El curador en la sucesión vacante promueve la restitución de estos objetos sosteniendo que la constitución de prenda es nula; lo que era evidente, puesto que ninguna de las formalidades prescritas por el art. 2074 había sido observada. Y el debate no existía entre el deudor y el acreedor; habiendo muerto el deudor la viuda había renuncia-

1 Véanse las sentencias citadas y relatadas por Pont, t. II, p. 591, número 1095; Aubry y Rau, t. IV, p. 701, nota 8, pfo. 432 y (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núms. 92 y 93).

do á la comunidad y ningún heredero reclamaba la sucesión; el acreedor prendista estaba, pues, en conflicto de interés con los acreedores del difunto representados por los curadores de la sucesión vacante, lo que era decisivo. La Corte de Bruselas sentenció que no había prenda. (1)

¿Qué debe decidirse si sólo se satisfizo parcialmente la prescripción del art. 2074? Todos los autores critican una sentencia de la Corte de Casación que invalidó en esta hipótesis toda la convención de prenda. Es seguro que no pudiera tratarse de indivisión en esta materia. Por esto la Corte no invoca este principio. Comprueba desde luego, según la sentencia atacada, que consistiendo el artículo más importante en una biblioteca de 15,000 volúmenes no estaba designado según el deseo del art. 2074. «Según esto, dice la Corte, y las circunstancias particulares, la Corte de Apelación pudo, sin violar ninguna ley, declarar nulo todo lo del acta de empeño de que se trataba.» La Corte no dice cuáles eran estas *circunstancias particulares* que sorprende ver invocadas por la Corte de Casación cuando el juez del hecho no hablaba de ellas. Esto es un medio banal de transformar una cuestión de derecho en una cuestión de hecho; y en el caso había un punto de derecho; la Corte de Apelación había sentenciado que una parte de la prenda se encontraba suficientemente descripta; desde luego había que mantener la prenda por esta parte en lugar de anularla en totalidad. (2)

456. El art. 2074 agrega: «La redacción del acta escrita y su registro no están, no obstante, prescriptos sino en materia que exceda el valor de 150 francos.» ¿Cuáles son los motivos de esta excepción? Se ha dicho que es la ex-

1 Bruselas, 3 de Junio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 395).

2 Denegada, Sección Civil, 4 de Marzo de 1811 (Dalloz, en la palabra *Empeño* núm. 94). Compárese Durantón, t. XVIII, p. 595, núm. 522; Aubry y Rau, t. IV, p. 702, nota 9, pfo. 432, Pont, t. II, p. 592, núm. 1096.

cepción de la regla establecida por el art. 1341. Esto no es del todo exacto. La redacción de una acta, las declaraciones que debe contener y el registro son solemnidades prescriptas por interés de los terceros, no es una cuestión de prueba; y el art. 1341 no se refiere más que á la prueba, es extraño al interés de los terceros. Todo cuanto puede decirse es que la ley tuvo en cuenta la modicidad del interés que tenían los terceros en que el deudor cumpliera formalidades costosas cuando se trata de un valor menor de 150 francos, y es, sobre todo, para las deudas módicas para las que se usa la prenda, puesto que el deudor no puede dar otra garantía al acreedor; era, pues, necesario hacer posibles estas convenciones dispensando á las partes de cumplir las formalidades del art. 2074.

¿Qué debe entenderse en el art. 2074 por estas palabras: «En materia que exceda el valor de 150 francos?» Se refieren al monto del interés por el que hay conflicto entre el acreedor prendista y los demás acreedores. Debe, pues, considerarse á la vez la suma de la deuda principal y el valor de la cosa dada en prenda. El préstamo es de 200 francos y el acreedor recibió en prenda un valor de 100 francos solamente: la excepción del art. 2074 recibirá su aplicación; en efecto, aunque el acreedor reclame 200 francos sólo tiene privilegio por 100, no pudiendo su privilegio pasar del valor de la prenda; se encuentra, pues, en conflicto con la masa quirografaria sólo por una suma de 100 francos; desde luego se está en el caso de la excepción que el legislador tuvo en vista: la modicidad del interés que es objeto del litigio. Supongamos ahora que el crédito sea de 100 francos y que la prenda valga 200; el privilegio existía también independientemente de las formalidades prescriptas por la ley, pues el acreedor no reclama su privilegio de 200 francos, sólo reclama el valor de 100 francos; no pudiendo el privilegio pasar el valor del crédito del que ase-

gura el pago sobre el precio procedente de la venta del objeto empeñado el acreedor recibirá 100 francos y el resto pertenecerá á la masa. (1)

457. El art. 2084, colocado al final del capítulo *De la Prenda*, dice: «Las disposiciones arriba citadas no son aplicables á las *materias de comercio* ni á las *casas de préstamo sobre prendas autorizadas*, y para las que se siguen las leyes y reglamentos que son relativos.» Se llaman *montes de piedad* las casas que están autorizadas por la ley á prestar sobre prendas. Esta es una de esas antiguas instituciones llamadas de caridad que remedian algunas miserias individuales y que perpetúan la miseria general de las clases laboriosas favoreciendo su imprevisión y sus gastos desordenados (ley del 16 Pluvioso, año XII, y decreto de 24 Mesidor, año XII). Esta materia es completamente ajena á nuestro trabajo.

Ateniéndose al art. 2084 al pie de la letra las disposiciones del Código Civil sobre el empeño no se aplicarían en materia de comercio. No es tal el sentido del art. 2084. El Código de Comercio establece un derecho de prenda especial en provecho de los comerciantes; el art. 93 dice á este respecto:

«Cualquier comisionista que haga adelantos sobre mercancías que le remitan para ser vendidas por cuenta de un comitente tiene privilegio para el reembolso de sus adelantos, intereses y gastos sobre el *valor de las mercancías*, si están á su disposición en los almacenes ó en el depósito público, ó si antes de llegados puede comprobar con talones la remesa que ha sido hecha.» Este privilegio resultaba de un derecho de prenda que la ley concedía á los comisionistas sin más condición que la de tener las mercancías en su poder. En este sentido el Código de Comercio derogaba el

1 Durantón, t. XVIII, p. 585, núm. 511 y todos los autores.

Código Civil, y á estas leyes especiales en materia de comercio se refiere el art. 2084. (1)

La jurisprudencia admitía aún otra excepción fundada en el art. 2084 y en el 136 del Código de Comercio. Conforme á esta última disposición la propiedad de las letras de cambio se transmite por vía de endose; por vía de analogía no se podría deducir que el empeño de los documentos negociables se constituía por vía de endose aun con respecto á los terceros y sin observar las formalidades que el Código Civil prescribe en interés de aquéllos. (2) Las leyes que en Francia y en Bélgica han modificado el Código de Comercio dieron nuevo desarrollo á esta excepción. Conforme á estas leyes las disposiciones del Código Napoleón dejaron de aplicarse al empeño de los títulos creados bajo forma comercial, cuando dichos títulos son negociables por vía de endose ó transmisibles por vía de translación en los registros de una ciudad comercial ó civil. Volveremos á ello.

§ II.—CONDICIONES ESPECIALES RELATIVAS Á LOS MUEBLES NO CORPORALES.

458. Estas condiciones están establecidas por el artículo 2075, el que está concebido así: "*El privilegio enunciado por el artículo precedente no se establece sobre los muebles incorporales, tales como los créditos muebles, sino por acta pública ó privada también registrada y notificada al deudor del crédito dado en prenda.*" Resulta de las primeras palabras del art. 2075 que las condiciones especiales que prescribe son las mismas que las condiciones generales del art. 2074 limitadas á las relaciones del acreedor contra los terceros. Es solamente cuando el acreedor prendista reclama un privilegio con respecto á los demás acreedores como

1 Troplong, *Del Empeño*, núms. 157-184.

2 Véase las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 707, nota 3, párrafo 433.

se aplica el art. 2075; no se aplica cuando se trata de las relaciones que la prenda establece entre el acreedor y el deudor. La jurisprudencia está en este sentido y se admira uno de que haya jurisprudencia siendo terminante el texto.

¿Puede el deudor prevalecerse de la inobservación del art. 2075 para reclamar la restitución de los créditos que ha dado en prenda? Se pretendió esto ante la Corte de Casación, contestando ésta que las formalidades de los artículos 2074 y 2075 sólo se refieren á los terceros de que las partes contratantes no pueden prevalecerse de su inobservancia; todo lo que puede sostener el deudor es que la convención de prenda no es válida, y en la especie la validez de la convención no estaba contestada. (1)

Se juzgó que los terceros mismos no pueden prevalecerse de la falta de registro si tratan después de que la prenda ha producido todos sus efectos entre el acreedor y el deudor por venta de la prenda operada en virtud de la convención y por el pago del crédito verificado con ayuda del precio de venta por vía de compensación. Lo cual es una aplicación del principio que acabamos de establecer. El acreedor, en el caso, no reclamaba el ejercicio de su privilegio, pues que no há lugar á privilegio más que cuando los acreedores se hallan en concurso y en conflicto; y el acreedor se encuentra solo y en presencia de su deudor; se trataba en virtud de la convención de prenda que le daba el derecho de hacerse pagar con el precio de la cosa vendida. Luego estaba en su derecho; y cuando interviene un tercero para contestar los derechos del acreedor prendista todo se había consumado, el acreedor había realizado su prenda y había adquirido un derecho en el precio; la acción era tardía, el tercero no podía atacar lo hecho ya, puesto que se había hecho legítimamente. (2)

1 Denegada, 26 de Marzo de 1851 (Daloz, 1854, 5, 498).

2 Denegada, Cámara Civil, 22 de Junio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 238).

459. El art. 2075, á diferencia del 2074, no distingue si la materia excede ó no del valor de 150 francos; luego cualquiera que sea el valor por el que haya conflicto entre el acreedor prendista y los terceros deben observarse las formalidades de la ley. Se concibe que haga falta una acta porque es por vía de escrito por la que el acreedor se pone en posesión, y esta es una condición esencial de la existencia y de la conservación del privilegio (art. 2076). Pero el registro sólo está prescripto como garantía en favor de los terceros; y no se vé por qué la ley sujeta á las partes á estos gastos cuando el interés de los terceros es tan mínimo. Había igual razón para hacer una excepción con los muebles incorporales; y donde hay igual razón debiera haber igual decisión.

460. La disposición del art. 2075 también es general en otro sentido. Se aplica á todos los muebles incorporales; la ley agrega: tales como los créditos mobiliarios; lo que no es más que un ejemplo; el principio se aplica á todos los valores mobiliarios. Sin embargo, en la aplicación se presentan tan dificultades que han sido resueltas por el nuevo Código de Comercio. Los valores mobiliarios han tomado después de la publicación del Código Civil un desarrollo considerable; nuevas formas desconocidas en esa época han sido creadas; de aquí la duda en el punto de saber si están comprendidos en el texto del art. 2075. La importancia de esta materia, aunque sea comercial más bien que civil, nos compromete á tratarla más adelante.

461. Hay algunas aplicaciones civiles que han sido muy controvertidas. ¿El derecho de arrendamiento puede dar en prenda? Si se admite con Troplong que el arrendamiento engendra un derecho real y, por tanto, inmoviliar la cuestión no puede ni siquiera ser presentada; pero la opinión de la realidad del derecho de arrendamiento no encontró favor en la doctrina ni en la jurisprudencia; y si el

derecho del arrendatario es un derecho mueble cae bajo la aplicación del art. 2075. Sin embargo, en la aplicación se presentan dificultades prácticas; citaremos el caso en el cual intervino una sentencia de casación que puso fin á la incertidumbre de la jurisprudencia.

Un limonadero se comprometió á construir en una plaza pública de Lyon un pabellón, del que la ciudad le concedía el goce durante cincuenta años á título de arrendamiento, mediante un precio de renta de 3000 francos anuales. Al concluirse el arrendamiento el pabellón debería ser entregado á la ciudad sin indemnización por mejoras. El concesionario se dirigió á empresarios para la construcción del pabellón; y con el fin de asegurar el pago de los trabajos entregó su contrato de arrendamiento en prenda á los constructores. El testimonio del acta de arrendamiento fué anexado al de empeño y ambas actas quedaron en posesión del notario. Además el acta de empeño fué notificada á la ciudadadora en la persona del Prefecto del Rhóne. No habiendo sido pagados los empresarios promovieron la venta del pabellón, así como el derecho de arrendamiento, para que se les pagase su privilegio en el precio procedente de la adjudicación. Los demás acreedores contestaron el privilegio. De ahí debate judicial. El Tribunal de Lyon decidió que el privilegio había sido regularmente constituido.

La sentencia, muy bien motivada, comienza por establecer que no es el pabellón el que pudo ser objeto del empeño consentido á los empresarios, puesto que dicho pabellón pertenecía á la ciudad, es el derecho de ocupar el pabellón el que fué objeto del trato, y es únicamente bajo este punto de vista bajo el que la validez del empeño debe ser examinada. El texto del Código zanja la dificultad derecho permitiendo dar en prenda los muebles no corporales. Los acreedores que contestaban la validez del privilegio pretendían que el artículo 2076 no había sido observado. No hay privilegio sin

posesión de la cosa empeñada y los empresarios no habían sido puestos en posesión del pabellón; luego no podían reclamar el privilegio. Esto era confundir la posesión del pabellón con el derecho de posesión del derecho de arrendamiento; el empeño tenía por objeto no el pabellón sino el derecho de ocuparlo: ¿es susceptible este derecho de sufrir tradición y posesión? El Código contesta á la pregunta, puesto que organiza la tradición de los derechos de crédito; esto se hace por la entrega del título y por la notificación de la transmisión al deudor. Y esta doble formalidad había sido cumplida; en el caso el arrendamiento, título contrario del derecho de ocupación había sido entregado á un depositario y el contrato de empeño notificado á la ciudad dadora y, por tanto, deudora. Por esto sería la objeción relativa á la prenda. El empeño no versaba en esta construcción, tenía por objeto el derecho de arrendamiento, y este derecho no es susceptible de otra tradición ni de otra posesión más que de la que resulta del cumplimiento de las formalidades legales; pero es verdad decir que el concesionario no tenía ya más que una posesión precaria en virtud de empeño concedido por él, puesto que los empresarios, acreedores prendistas, estaban poseídos del derecho de ocupar el lugar ó de hacerlo ocupar por el concesionario definitivo del arrendamiento. El Tribunal concluye que siendo válido el empeño había lugar á ordenar que el derecho de arrendamiento del pabellón se vendería en subastas, á reserva de que el adjudicatario hiciera que la autoridad municipal aceptara que del precio de la adjudicación los acreedores prendistas fueran pagados por privilegio de preferencia á los demás acreedores.¹

En apelación la decisión fué reformada. La Corte de Lyon insiste en la puesta en posesión del acreedor prendista y sostiene que en el caso los acreedores prendistas no fueron puestos en posesión. Se pretende malamente, dice, que el

empeño versaba en una cosa no corporal, el derecho al arrendamiento, y que la entrega del acta bastaba para desposeer al deudor y poner en posesión al acreedor. La Corte responde que este sistema lastima los principios evidentes en materia de empeño. ¿Por qué exige la ley que el acreedor esté puesto en posesión de la prenda? Es para advertir á los terceros que la cosa objeto del empeño ha dejado de hacer parte de la prenda común de los acreedores. Es, pues, necesario que haya una disposición que todos sepan, si no el interés de los terceros en lugar de estar resguardado estaría sacrificado, puesto que el acreedor prendista vendría á quitar valores con los que los terceros debían contar. Así sucedería sobre todo del arrendamiento dado en empeño si la tradición podía hacerse sin que el deudor perdiera el goce de la cosa arrendada. Si se quiere dar en prenda un derecho de arrendamiento es necesario, dice la Corte, que el deudor abandone á los acreedores prendistas el goce de la cosa arrendada; de este modo los terceros estarán avisados y podrán tratar con seguridad.

La sentencia de la Corte de Lyon fué casada, y debía serlo. En efecto, la sentencia atacada no tenía ninguna cuenta de la naturaleza no corporal del derecho de arrendamiento, y aplicaba á los muebles no corporales reglas que no pueden recibir su aplicación sino á los muebles corporales; exigir para la tradición de los derechos una disposición material del deudor y una posesión real del acreedor es ponerse fuera de la ley, que se conforma con la entrega del título y de la notificación al deudor; al exigir, además de estas formalidades, la desposesión del locatario y la puesta en posesión de los acreedores prendistas la Corte de Lyon sobre pasaba el art. 2076 y lo violaba. (1)

La Corte de Lyon tenía, sin embargo, razón en señalar los

¹ Casación, 13 de Abril de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 167).

peligros que presentaba el empeño de un derecho de arrendamiento para los terceros acreedores. El mal procede de la falta de un sistema de publicidad; el legislador debería organizar la publicidad del empeño; lo ha hecho para las hipotecas y los privilegios inmobiliarios; el empeño de los valores muebles toma cada día mayor extensión; sólo hay un medio de resguardar los derechos de los terceros: es hacer público el privilegio del acreedor prendista. El Tribunal de Comercio del Sena dijo muy bien que el derecho al arrendamiento del lugar en que un comerciante ejerce su industria constituye una prenda común aparente de los acreedores, que no puede depender de una acta de empeño sin publicidad y que los terceros ignoran necesariamente distraer el derecho al arrendamiento del activo de la masa de los acreedores. Sólo que el Tribunal hace mal en decidir que el empeño de un arrendamiento es nulo; (1) esto es procesar la ley. Hay un vacío: pertenece al legislador llenarlo. La jurisprudencia de la Corte de Apelación es constante en el sentido de la validez del empeño. (2)

462. ¿Puede empeñarse una patente de invento? En teoría la afirmativa no es dudosa, puesto que es un mueble no corporal; y ninguna ley hace excepción á la regla para las patentes de invento. (3) Se presenta, sin embargo, una dificultad en la aplicación; el art. 2075 exige condiciones especiales para la conservación del privilegio; y una de estas condiciones no puede ser cumplida para la patente de invento; es un derecho absoluto, un derecho real; no hay deudor; no se puede, pues, hacer la notificación al deudor prescrita por el art. 2075. ¿No debe concluirse de esto que no pudiendo ser cumplida la condición el acreedor no tendrá privilegio? Volveremos á la cuestión.

1 París, 31 Mayo de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 10).

2 París, 11 Abril de 1866 [Dalloz, 1867, 2, 10].

3 París, 29 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 231).

463. ¿Cuál es la formalidad especial que la ley prescribe para el empeño de los muebles no corporales? Es necesario, dice el art. 2075, una acta pública ó bajo firma privada, también registrada. La redacción de una acta y su registro son, pues, una condición general prescrita para el empeño de toda cosa mueble, corporal ó no, salvo la diferencia que acabamos de señalar en cuanto al monto pecuniario del litigio (art. 459). La dificultad relativa al registro se vuelve á presentar para la prenda que versa en créditos; trasladamos á lo dicho en el núm. 451.

El art. 2075 añade que el acta debe ser notificada al deudor del crédito dado en prenda. Esta es la formalidad especial del empeño de los muebles no corporales. La notificación del acta de empeño al deudor está tomada de la cesión de créditos. Según el art. 1690 el cesionario no está en posesión para con los terceros sino por la notificación de la transmisión hecha al deudor; era necesario que el deudor estuviera avisado de la cesión, porque por efecto de la venta cambia de acreedor y porque ya no puede pagar al cedente. El empeño de un crédito no tiene por efecto transmitir la propiedad del crédito al acreedor prendista; aquel que dió el crédito en prenda permanece propietario de ella, pero el tercero, deudor del crédito, no puede ya pagar en perjuicio del acreedor prendista; era, pues, necesario que el empeño fuera notificado. Esta notificación tiene un objeto más general: es el de poner en posesión al cesionario y, por consiguiente, al acreedor prendista para con los terceros; así desde luego respecto á un segundo cesionario ó un segundo acreedor prendista y después para con los acreedores del cedente ó de aquel que dió en prenda. Este último punto es de gran importancia para el acreedor prendista; el objeto de la convención de prenda es el de asegurarle un privilegio para con los demás acreedores del deudor común; y en el sistema del Código goza de esta preferencia sólo

cuando ha notificado el acta de empeño al deudor del crédito. La notificación del crédito cedido ó dado en prenda es una especie de publicidad dada al empeño; publicidad insuficiente, como lo hemos dicho en el título *De la Venta*; nuestra Ley Hipotecaria la completó exigiendo una inscripción en los registros del conservador de hipotecas de las cesiones de créditos garantizadas por un privilegio ó una hipoteca. ¿Se aplica esta formalidad al empeño? Contestaremos la pregunta en el título sitio de la materia.

464. Conforme al art. 1690 está igualmente en posesión el cesionario, con respecto á los terceros, por la aceptación de la translación que el deudor hace en acta auténtica. Se pregunta si en materia de empeño la aceptación vale por notificación. La Corte de Besançon se pronunció por la negativa. La ley exige la notificación para impedir el fraude en perjuicio del tercero; quiere que el acreedor prenda entre en posesión de un modo ostensible y directo de la prenda, notificando el acta al deudor del crédito. La notificación es una condición esencial para la existencia del privilegio; y en materia de privilegios todo es de rigor, el intérprete no puede admitir formalidades equivalentes á las prescritas por la ley. El Código pide la notificación; no reproduce, en materia de empeño, la disposición del artículo 1690 que permite al cesionario poseer, con respecto á los terceros, por aceptación del deudor; lo que es decisivo. El Código de Comercio confirma esta interpretación restrictiva; el art. 91 del nuevo Código, que arregla las condiciones de la prenda comercial, no se limita á trasladarla al art. 2075 sino precisa el sentido y el traslado, agregando que la posesión no puede tener lugar con respecto á los terceros. (1) En la especie había aún un motivo especial por el que la aceptación no podía valer como notificación; se había hecho

1 La ley belga no exige la formalidad de la notificación por el testimonio comercial [ley de 5 de Mayo de 1872, art. 1].

por acta privada cuando el art. 1690 la exige en acta auténtica. En el recurso recayó una sentencia de denegada, fundada en el texto de los arts. 2075 y 1690. (1)

Esta jurisprudencia está en oposición con la doctrina; los autores enseñan como cosa evidente que el art. 1690 debe aplicarse en materia de empeño porque hay motivos iguales para decidirlo; la aceptación auténtica del deudor ofrece á los terceros las mismas garantías que la notificación que el acreedor hace al deudor; luego, dicen, debe tener el mismo efecto. (2) En teoría es verdad, pero nos encontramos ante un texto y en una materia de rigor. Esto nos parece decisivo. La cuestión es análoga á la que se presenta para el registro, y debe decidirse por los mismos principios (núm. 451); solamente que la jurisprudencia y los autores nos parecen inconsecuentes. La Corte de Casación admite que el registro no es de rigor y que los artículos 2074 y 2075 se deben intepretar por el art. 1328, mientras que considera la notificación como una condición esencial y no admite que el art. 1690 sea el complemento del 2075. Los autores, al contrario, que enseñan que todo es de rigor en materia de privilegios sólo aplican este principio á la formalidad del registro y no á la de la notificación. Se debe ser consecuente y aplicar el mismo principio en ambas hipótesis.

465. El art. 2075 supone que hay un deudor á quien se debe y puede hacer la notificación. Sucede así en todos los casos en que se trata de un crédito personal, y es el ejemplo que da el art. 2075. Sin embargo, el principio que establece comprende en lo general todos los *muebles incorporales*: luego también los derechos reales mobiliarios, tales como el usufructo, las patentes de invento. En este caso

1 Denegada, 11 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 81).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 714, nota 15, pfo. 432; Pont, t. II, p. 602, número 1107.

no hay deudor: luego la notificación es imposible. ¿Qué se debe concluir? ¿Que el acreedor prendista no tendrá privilegio? Ateniéndose al texto de la ley se debería decir así, puesto que la notificación es la condición de existencia del privilegio. Pero interpretando la ley rigurosamente se hace imposible su aplicación de una garantía de derechos que sin embargo están comprendidos en el texto. A decir verdad hay un vacío, el legislador debiera haber organizado un sistema de publicidad que fuese aplicable á todos los derechos reales ó personales. La doctrina y la jurisprudencia han llenado el vacío de otro modo decidiendo que el acreedor prendista tuviera privilegio sin el deber de hacer una notificación que efectivamente es imposible. (1) La Corte de París lo juzgó así para el empeño de una patente de privilegio. La notificación no es necesaria, dice la Corte, porque no hay deudor. Se pretendía en la especie que la notificación debía ser reemplazada por el registro de la prefectura conforme á la ley de 1838 (art. 20): la Corte contesta que la ley no prescribe esta publicidad más que sólo para la cesión total ó parcial de la patente; y no se puede asimilar el empeño á una cesión, puesto que la convención de prenda no opera ningún cambio de propiedad.

466. ¿Cuándo se debe hacer la notificación? La ley no prescribe ningún plazo tanto para la notificación del acta de prenda como para el registro (núm. 453); se atiende al interés del acreedor. Su privilegio no existe más que á partir de la notificación; luego está interesado en hacerlo lo más pronto posible con el fin de adquirir un derecho que pueda oponer á los terceros. En tanto que no ha notificado el acta de empeño el deudor que no ha dado el crédito en prenda puede disponer de él, ya para venderlo, ya para empeñarlo á otro acreedor; los terceros que hubieran adquirido

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 705, y nota 18. Pont, t. II, p. 602, núm. 1197. París, 19 de Agosto de 1865 [Dalloz, 1865, 2, 231].

un derecho en la cosa, derecho de propiedad ó derecho real, podrían oponerlo al acreedor prendista que no hubiera llenado la formalidad de la notificación. Del mismo modo un acreedor podría practicar un embargo contra el deudor del crédito en tanto que el acreedor prendista no hubiera notificado el acta de prenda al deudor; y después del embargo la notificación no se podría hacer, puesto que el acreedor opositor tendría un derecho adquirido en el crédito. En cuanto á los principios nos trasladamos á lo dicho en el título *De la Venta* acerca de la notificación de la cesión: la ley aplica el principio, con las consecuencias que se desprenden de él, al empeño; luego se debe decir del empeño no notificado lo que dijimos de la cesión no notificada: no existe respecto á los terceros y la notificación no puede ya tener lugar después de que un tercero ha adquirido un derecho en el crédito dado en prenda.

La jurisprudencia está en ese sentido. Un tribunal de primera instancia decidió que el deudor que había dado un crédito en prenda no podía cederlo en perjuicio del acreedor prendista porque no se puede transmitir á otro más derecho que el que uno mismo tiene. Esto era olvidar que el acreedor prendista no tiene derecho, con respecto á los terceros, más que por la significación de que un derecho no notificado no existe con respecto á los terceros; de manera que aquel que ha dado un crédito en prenda queda en posesión con respecto á los terceros, con pleno poder de disponer de ellos en tanto que la notificación no haya tenido lugar; ligado para con el acreedor por la convención de prenda permanece libre de disponer del crédito para con los terceros mientras que no tuvo lugar la notificación. La decisión ha sido casada. (1)

467. La aplicación del principio tiene alguna dificultad en materia de quiebra. Se supone que la prueba ha sido

1 Casación, 13 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 88).

constituida válidamente; es decir, en una época en que el quebrado aun podía disponer libremente de sus bienes; pero si el acreedor notificó el acta en una época posterior á la suspensión de pagos. ¿En este caso existe el privilegio con respecto á la masa? Se ha sostenido, en nombre de la masa, que no habiendo adquirido el acreedor prendista su privilegio contra los terceros antes de la suspensión de los pagos, menos podía adquirirla en una época en que el deudor no puede sacar provecho de uno de sus acreedores en perjuicio del otro. Esto es confundir los actos hechos por el deudor después de la suspensión de los pagos con las formalidades que el acreedor debe llenar para el ejercicio de su derecho. El quebrado ya no puede conceder la hipoteca después de la suspensión de pago; sin embargo, el Código de Comercio (art. 447) permite al acreedor hipotecario cuyo derecho es anterior á la suspensión de pago tomar inscripción hasta el día de la declaración de quiebra. Debe ser lo mismo con la notificación del acta de prueba. La razón es muy sencilla. La ley trata de garantizar á la masa contra el fraude del quebrado, y no hay fraude cuando el acreedor ha adquirido un derecho en una época en que el quebrado disponía libremente de sus bienes; su derecho existe, no le falta más que realizarlo por el cumplimiento de las formalidades legales; no permitir al acreedor llenarlas después de la suspensión de pago sería sacrificar su derecho á los intereses de la masa, sin que hubiese ningún fraude que imputarle; y la ley quiere resguardar todos los derechos de los acreedores hipotecarios y privilegiados como los de la masa. (1)

468. Cuando el acreedor prendista ha notificado el acta de prenda está en posesión para con los terceros y puede,

1. Casación, 4 de Enero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 135). Denegada, 10 de Junio de 1848 [Dalloz, 1848, 1, 181]. Bruselas, 29 de Julio de 1872 (Pasicrisia, 1873, 2, 18). Compárese Pont, t. II, p. 604, núm. 1112; Aubry y Rau, t. IV, p. 704, nota 16, pfo. 432.

por consecuencia, oponerles su derecho de prenda. De aquí se sigue que el deudor no puede ya pagar á su perjuicio. Esto no es decir que el deudor no pueda liberarse en tanto que dure el empeño; si el deudor á quien se notificó el empeño no puede hacer nada contrario á los derechos del acreedor prendista, contrariamente á la convención de empeño, no puede amenazar los derechos del deudor, y su derecho, el más esencial, consiste en liberarse; debe hacerlo de común acuerdo con el acreedor prendista, pero si surgen dificultades podrá depositar lo que debe. Se presenta otra dificultad en cuanto á los pagos que el deudor pretendiera haber hecho antes de la notificación: ¿puede oponer al acreedor prendista recibos que no tienen fecha cierta? Conforme al art. 1328, ciertamente no podría oponerlos, puesto que el acreedor prendista es un tercero; pero la jurisprudencia ha mantenido una excepción que existía en el derecho antiguo respecto á los recibos; no es de uso registrarlos y el uso prevaleció á la ley. Nos trasladamos acerca de este punto al título *De las Obligaciones* (t. XIX, núms. 332-335). La doctrina esta de acuerdo con la jurisprudencia. (1)

El acreedor prendista también está en posesión por la notificación, con respecto á todos los demás terceros, especialmente con relación á un cesionario posterior á la notificación. Aun puede oponer su derecho de empeño á los demás acreedores del deudor común. Se aplican al acreedor prendista los principios que rigen la cesión, que ya expusimos en el título *De la Venta*.

§ IV.—DE LA ENTRADA EN POSESION DEL ACREEDOR PRENDISTA.

469. El art. 2076 exige una última condición para la

1 Pont, t. II, p. 602, núms. 1108 y 1109. Mourlón, t. II, p. 4083, número 1220.

existencia del privilegio: «*En todos los casos el privilegio sólo subsiste para la prenda hasta que haya sido puesta en posesión del acreedor ó de un tercero convenido por las partes*» La ley dice que, *en todos los casos*, la existencia del privilegio está subordinada á la puesta en posesión del acreedor. Esto se refiere á los dos artículos precedentes y que tratan, uno del empeño de los muebles corporales y el otro del empeño de los muebles incorporales. Es, pues, de principio que la puesta del acreedor prendista es una condición general requerida en todo empeño, cualquiera que sea su objeto. El artículo 2102, núm. 2, se expresa en el mismo sentido; coloca entre los créditos privilegiados de ciertos muebles el crédito sobre una prenda que tiene en *posesión el acreedor*. Esta disposición ha sido reproducida por la Ley Hipotecaria belga (art. 20, núm. 3). ¿Por qué está ligado este privilegio á la posesión? No sucede lo mismo con los privilegios mobiliarios en general; basta que la cosa gravada con un privilegio se halle en manos del deudor. Si la ley exige que el acreedor prendista sea puesto en posesión para que haya un privilegio es desde luego porque el privilegio que resulta de la prenda difiere en un punto esencial de los privilegios en general; el privilegio está ligado á la calidad del crédito; los privilegios muebles pueden, pues, ser fácilmente conocidos de los terceros, en razón de la naturaleza favorable del crédito; mientras que el privilegio del acreedor prendista está establecido por una convención que no se ha hecho pública; luego nada haría suponer su existencia á los demás acreedores si el deudor quedara en posesión de la cosa empeñada; los terceros verían que les quitaban la parte más preciosa de la fortuna mueble su deudor sin que se hayan podido poner al abrigo de este peligro. Es para dar alguna publicidad al privilegio de la prenda por lo que quiere la ley que el acreedor esté y quede en posesión de ella; los terceros acreedores no pueden ya contar sobre un mue-

ble que el deudor no posee ya: el cambio de posesión puede revelarles el privilegio que ha adquirido el acreedor.

470. ¿La puesta en posesión del acreedor prendista sólo se exige para la existencia del privilegio? Conforme al artículo 2076 se podría creerlo. Es continuación de dos disposiciones que se refieren únicamente al privilegio que resulta de la prenda y las condiciones requeridas para la existencia de este privilegio; el art. 2076 mismo está concebido así: «*El privilegio no subsiste sino hasta que la prenda está puesta en posesión del acreedor.*» ¿Se debe concluir de aquí que la puesta en posesión del acreedor sólo se requiere para la adquisición y conservación del privilegio y que los derechos y obligaciones que resultan de la convención de prenda entre el acreedor y el deudor son independientes de la posesión de la prenda? Esto sería razonar muy mal, pues que sería argumentar *a contrario*, argumentación de la que siempre se debe desconfiar porque conduce casi siempre á hacer decir al legislador lo que no ha entendido decir. En la especie esto es evidente, puesto que la definición del empeño que el Código da implica que este contrato no existe entre las partes más que por entrega que el deudor hace de la prenda al acreedor (art. 2074). La naturaleza de las cosas lo quiere así. ¿Cuál es la obligación principal del acreedor? Dade restituir la cosa, y para que deba hacerlo se necesita que la haya recibido. De aquí se sigue que el empeño no se concibe si el acreedor no está en posesión de la prenda. El acreedor tiene derecho al reembolso de los gastos útiles y necesariamente hechos; si se paga la deuda y si el acreedor entrega la cosa sin hacerse reembolsar de dichos gastos tendrá, en verdad, una acción contra el deudor, pero no podrá pedir que la prenda le sea devuelta y ejercer su derecho de retención; este derecho, lo mismo que el privilegio, implican la detención de la cosa.

No se deberá deducir de esto que el acreedor no tiene

ninguna acción contra el deudor para hacerse entregar la cosa prometida en prenda: en tanto que no se ha pagado la deuda la convención de empeño subsiste y, por consiguiente, el deudor puede ser obligado á la tradición. (1) Pero no sería un verdadero contrato de prenda, pues este contrato es real por su esencia; en tanto que no hay tradición es el el deudor el obligado; cuando se ha hecho la tradición el acreedor es el que está obligado. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de los contratos reales y personales.

471. El art. 2076 quiere que la cosa haya sido puesta en posesión del acreedor. ¿Qué caracteres debe tener esta posesión? Es una posesión análoga á la de que hablan los artículos 1141 y 2279, una posesión que se demuestra con ostentación como posesión del acreedor rentista; es decir, á título de derecho real. En efecto, la posesión del acreedor debe advertir á los terceros el derecho que da al acreedor prendista con relación á los demás acreedores. Es, pues, necesaria cierta publicidad. «Es de esencia del contrato, dice la Corte de Casación, que la puesta en posesión del acreedor sea un hecho aparente, de una notoriedad suficiente para advertir á los terceros que el deudor está desposeído y que el objeto empeñado ya no hace parte de su activo libre. (2) La publicidad varía, además, conforme á la naturaleza de las cosas dadas en prenda. Se debe distinguir entre los muebles corporales y los muebles incorporales.

472. El art. 1606 determina los diversos modos según los cuales se opera la entrega de las cosas vendidas. ¿Tiene la entrega hecha por el acreedor prendista conforme al artículo 1606 el efecto de transmitirle la posesión en el sentido del art. 2076? Se podría creerlo al leer la definición que el

1 Compárese Burdeos, 8 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 92, 1.º).

2 Denegada, 29 de Diciembre de 1875 [Daloz, 1876, 1, 219]. Compárese Bruselas, 27 de Abril de 1853 (Pasichia, 1853, 2, 273).

art. 1604 da de la entrega: «Es la transmisión de la cosa vendida en *poder y posesión* del comprador.» Y si la cosa está en *poder y posesión* del acreedor prendista ¿no es esto más de lo que pide el art. 2076? Sin embargo, este argumento cojea. En los arts. 1604 y 1606 se trata de las relaciones que la venta establece entre las partes contratantes. Mientras que en el art. 2076 se trata sobre todo de las relaciones del acreedor con los terceros, y se concibe que la ley deba mostrarse más severa para caracterizar la posesión del acreedor prendista para con los terceros que para caracterizar la posesión del comprador para con el vendedor. El art. 1606 no decide, pues, la cuestión; se debe ver cuáles son los modos de entrega que dan á la posesión del acreedor prendista la notoriedad que el legislador tuvo en vista. Por esto hemos citado el art. 1141 como disposición análoga. Una cosa mueble se vende sucesivamente á dos personas: ¿Cuál de los dos compradores será propietario? La ley dice que aquel que fué puesto en posesión *real*, siempre que sea de buena fe. Es, pues, la posesión real la que prevalece, porque esta posesión se anuncia públicamente como siendo á título de propietario; el legislador le debe su apoyo y su protección. Hay algo análogo en la posesión del acreedor prendista; estipuló un derecho real de preferencia para con los demás acreedores; ¿qué condición prevalece contra ellos? Es necesario una posesión notoria que salte á la vista de modo que los terceros estén advertidos. Esto es, pues, una cuestión de hecho más bien que de derecho. «La ley, dice la Corte de Casación en la sentencia precitada, no ha definido los elementos de la notoriedad de la entrada en posesión; depende, por la naturaleza de las cosas, de circunstancias variadas y complexas cuya apreciación pertenece soberanamente á los jueces del fondo.» El art. 1606 sólo puede ser invocado á título de comparación.

473. Según el art. 1606 la entrega de los efectos muebles se opera por la entrega de las llaves de la casa que los contiene. ¿Basta esto para que el acreedor prendista esté considerado como puesto en posesión y que, por consiguiente, tenga su privilegio? Los autores así lo enseñan. (1) ¿No es demasiado absoluta esta decisión? La entrega de las llaves por sí sola no marca ningún cambio en la posesión, no tiene ninguna notoriedad, no avisa á los terceros; desde luego no hay entrada en posesión en el sentido del art. 2076. Hay sentencias en sentido contrario; la Corte de Aix ha reconocido el privilegio del acreedor prendista á quien las llaves de las bodegas habían sido entregadas; (2) pero se ve por los hechos de la causa cuán fáciles el fraude; el deudor había consentido un segundo empeño en las mismas mercancías, siempre entregando las llaves, de modo que el segundo acreedor estaba engañado. ¿No prueba esta facilidad de engañar á los terceros que la entrega de las llaves no es suficiente para constituir una posesión en favor del acreedor prendista? En nuestra opinión se necesitarían otros hechos que vinieran en apoyo de la entrega de las llaves para dar á la posesión un carácter público.

474. Se presenta otra dificultad en esta materia. Las mercancías dadas en prenda necesitan cuidado algunas veces; tales son los vinos que tienen que ser elaborados, y puede suceder que el deudor, negociante en vinos, tenga sólo los conocimientos necesarios á este efecto, así como sólo tiene á su disposición los obreros que se ocupan en este trabajo. Esto hace la presencia del deudor ó de sus obreros necesaria en las bodegas de un modo casi permanente; cuando hay un gran número de botellas que cuidar. Se enseña y se sentencia que esto no impide la posesión del

1 Durantón, t. XVIII, p. 607, núm. 531 y todos los autores.

2 Aix, 21 de Febrero de 1840 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 2113) En el mismo sentido y en términos absolutos Burdeos, 26 de Mayo de 187. (Daloz, 1876, 2, 23).

acreedor. (1) Esto es lógico una vez admitido el principio. Pero la consecuencia testifica contra el principio. La posesión del acreedor será una posesión ficticia que se llamaba antaño simbólica: tiene las llaves, pero es el deudor quien continúa poseyendo para el público; para con los terceros nada ha cambiado. En un caso idéntico, pero en el que no se habían entregado las llaves, fué sentenciado que el acreedor prendista no podía ejercer su privilegio porque nada denotaba la existencia de su posesión. (2) ¿Qué cambia á las cosas la entrega de las llaves?

475. Según el art. 1606 la entrega se opera por el solo consentimiento de las partes si la transmisión no puede hacerse en el momento de la venta ó si el comprador las toma ya en su poder por otro título. ¿Habrá en este caso posesión del acreedor en el sentido del art. 2076 con los efectos que la ley le atribuye? En nuestro concepto no, puesto que no se operó ningún cambio de posesión aparente, cuando menos, y de naturaleza á advertir á los terceros. Los autores distinguen: en la primera hipótesis no admiten que haya posesión en favor del acreedor prendista mientras que lo admiten en la segunda. Pothier dice que si el acreedor poseía como depositario y si por la constitución de prenda conviene en poseer como prendista se *finge* que el acreedor ha devuelto la cosa que tenía en depósito y que la recogió luego á título de prenda. (3) ¿Preguntamos si esta ficción enseña algo á los terceros y si es á una posesión ficticia á la que la ley liga la existencia del privilegio?

476. La condición prescripta por el art. 2076 se aplica también al empeño de muebles no corporales; esto es lo que la ley indica por estas palabras: *en todos los casos* (número 469). ¿Por qué además de la notificación del acta de

1 Denegada, 11 de Agosto de 1842 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 123). Pont. t. II, p. 617, núm. 1126.

2 París, 26 de Mayo de 1841 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 93).

3 Pont. t. II, p. 618, núm. 1128.

empeño prescribe la ley la posesión del acreedor prendista? Porque la notificación es insuficiente para indicar el cambio de posesión. Es verdad que legalmente la notificación da posesión al acreedor prendista para con los terceros, pero de todos éstos sólo el deudor del crédito es el directamente avisado por la notificación, los demás pueden ignorarla, y la ignoran casi siempre. Sin embargo, la ley quiere que el acreedor prendista tome posesión pública de su crédito, y como no organizó publicidad análoga á la de los privilegios, tuvo que apegarse á la notoriedad de hecho resultante del cambio de posesión. La publicidad es aún más difícil de organizar para los muebles no corporales que para los corporales; la ley prescribe los únicos medios por los cuales el cambio de posesión se manifiesta: primero, la notificación del acto de empeño, y luego la tradición del crédito que transmite la posesión del derecho al acreedor prendista. Esto prueba que la posesión desempeña un papel capital en el empeño; desgraciadamente es aún más difícil, en materia de muebles no corporales, dar á la posesión el carácter de notoriedad que la ley desea por interés de los terceros. En definitiva, la ley no alcanza su objeto: hay un vacío que señalamos al legislador.

La jurisprudencia ha consagrado el principio que acabamos de establecer; mejor dicho, sólo aplicó el texto del artículo 2076 decidiendo que la constitución de prenda no confiere ningún privilegio al acreedor en el crédito si no ha sido puesto en posesión conforme á la ley. (1) En estos términos no se concibe que la cuestión haya sido llevada ante los tribunales, puesto que la decide el texto del Código. Hé aquí un caso en el que, por razón de las circunstancias del hecho, fué sentenciado que no habiéndose cumplido la condición prescrita por la ley no había privilegio. Préstamo de 3000 francos con estipulación de que los esposos tomadores

1 Lieja, 15 de Mayo de 1810 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 136).

transmiten y delegan, á título de empeño, una suma necesaria y suficiente en un capital de 8000 francos que se les debía por precio de un inmueble vendido. El acta añade que los tomadores se obligan hacia el prestamista á ayudarle, en caso necesario, á su primer pedimento y bajo recibo del testimonio del contrto; en fin, se dice que la delegación se notificaría á los adquirentes á costas de los tomadores. La notificación tuvo lugar con esta explicación: que la hacían de conformidad con el art. 2075 para asegurar el privilegio del prestamista en el capital dado en prenda. La sentencia relata estos hechos para establecer que la intención de las partes era hacer un empeño. Pero faltaba un elemento esencial para la perfección del contrato: esto es, la tradición y la puesta en posesión del acreedor prendista. En efecto, la tradición hubiera debido operarse por la entrega del título, y el título había permanecido en poder del deudor, quien sólo se había obligado á ayudar al acreedor. Se decía, en favor del acreedor, que el título había permanecido en depósito en casa del notario redactor del acta, y se invocaba el art. 2076 que permite que la prenda se entregue á un tercero convenido por las partes. La Corte de Bourges contesta que no basta, según la ley, que el título haya permanecido en poder de un tercero, que se necesita, además, que este tercero sea un depositario convenido entre las partes; y en el caso no había habido ninguna convención á este respecto. En definitiva, el acreedor no había sido puesto en posesión, luego no tenía privilegio. (1)

477. Resulta del art. 2076 que el empeño de un crédito se hace imposible cuando el crédito no consta en un título; en efecto, en este caso es imposible que el acreedor entre en posesión de la prenda, y sin esta condición no hay empeño ni privilegio. La jurisprudencia lo decide así y esto no es du-

1 Bourges, 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 252).

doso. (1) Según el art. 2076 el privilegio sólo existe en los muebles no corporales cuando la prenda fué entregada en poder del acreedor; ¿y cómo adquiere el acreedor la posesión del crédito? Los arts. 1607 y 1689 contestan á la pregunta. Según el art. 1607 la tradición de los derechos no corporales se hace por la entrega de los títulos; el art. 1689 dice en términos generales que en la translación de un crédito, de un derecho ó de una acción contra un tercero la entrega se opera entre el cedente y el cesionario por la entrega del título. De esto concluye la Corte de Bruselas que la disposición efectiva de aquel que empeña créditos y la posesión de su acreedor no pueden operarse más que si están establecidos por títulos y si estos títulos se entregan á los acreedores prendistas. En el caso el acta de empeño decía que el tomador daba al prestamista todos los poderes para regularizar la puesta en posesión, por notificaciones extrajudiciales, por cualquier otro acto. Esto probaba que cuando el empeño la entrada á posesión no había tenido lugar, el acreedor prendista no probaba que antes de la sentencia declarativa de quiebra del tomador los créditos dados en prenda estuvieran comprobados por títulos y que dichos títulos hubieran sido entregados al acreedor ó á un tercero convenido entre las partes. Lo que era decisivo. (2)

La Corte de Lyon se pronunció en el mismo sentido, y explica muy bien el motivo por el que la ley se muestra rigurosa. En el caso el marido había empeñado la acción de repetición que tenía contra su mujer por reposiciones de los inmuebles dotales. La condición requerida por el artículo 2076 para la validez de la prenda no había sido cumplida, y no podía serlo, puesto que se trataba de un crédito sin títulos. Semejante acción no puede ser empeñada, con-

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 705, y nota 20, pfo. 432. Pont, t. II, p. 623, número 1132.

2 Bruselas, 3 de Febrero de 1873 (Pasierisia, 1873, 2, 117).

servando el deudor necesariamente la posesión, lo que sería una verdadera constitución de hipoteca mobiliaria sin tradición real; y la ley ha sabiamente prohibido lo que tal contrato pudiera traer de fraudes sin fin. Nada hubiera impedido al tomador dar á veinte acreedores la misma prenda que ya tenía dada al primer prestamista; el único medio, dice la Corte, de impedir estos abusos es exigir la tradición de los derechos muebles; esta tradición reemplaza, en materia de empeño, la publicidad que la ley prescribe para las hipotecas. (1)

478. Según los arts. 1607 y 1689 la tradición y la puesta en posesión se hacen por la entrega del título. ¿Qué entiende la ley por título? Es el acta privada ó auténtica en que consta el crédito. Cuando el acta es privada el original es el que se entrega á los acreedores. El original del acta auténtica permanece en poder del notario, el que entrega á las partes un testimonio. Acerca de este punto se presenta una dificultad. ¿Debe el testimonio entregarse al acreedor prendista ó basta la entrega de una copia? Si la cuestión pudiera decidirse en teoría habría que exigir la entrega del testimonio. La Corte de Lieja ha dado de ello excelentes razones. La desposesión del deudor y la entrada en posesión del acreedor deben tener lugar de un modo completo, positivo y no equivoco, con el fin de que este cambio de posesión pueda útilmente advertir á los terceros que la cosa empeñada cuya propiedad conserva el deudor está afecta á un privilegio. Y la entrega de las copias no alcanza este objeto. En efecto, la ley no limita el número de las copias simples que el notario está autorizado á dar á las partes; cada copia de una misma acta podría, pues, servir de prenda para un acreedor de mala fe, de donde resultarían posesiones rivales de perfecta equivalencia. (2)

1 Lyon, 31 de Enero de 1839 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 106).

2 Lieja, 31 de Diciembre de 1859 (Pasierisia, 1860, 2, 133).

En teoría esto es verdad; pero ¿puede concluirse, con la Corte de Lieja, que la entrega de una copia no bastaría para oponer la tradición, que se necesita la entrega de un testimonio para que el acreedor esté realmente en posesión? Nos parece que esto es agregar á la ley. Los arts. 1607 y 1689 exigen la entrega del título, y las copias son un título; luego se satisface la ley. La Corte de Bruselas lo sentenció así, y esta decisión nos parece más conforme á los principios que la de la Corte de Lieja. En materia de privilegio debe uno atenerse estrictamente á los textos, el intérprete no puede quitarles nada, no agregarles nada. Y la ley se conforma con el título, y la copia es incuestionablemente un título; el acreedor detentor de la copia puede ejercer los derechos ligados á la prenda; está, pues, en posesión. La Corte de Bruselas confiesa que puede haber fraude, puesto que el título del crédito puede procurarse varias copias; pero el mismo inconveniente puede presentarse para el testimonio. (1) Hay una contestación más parentoria que hacer: toca al legislador tener cuenta los inconvenientes del sistema que consagra, el intérprete debe atenerse á los textos y á los principios.

479. Queda una dificultad relativa á la prueba. ¿Cómo se prueba la tradición ó entrada en posesión del acreedor prendista? El Código no se explica acerca de esta prueba de los elementos que constituyen el contrato de empeño y el privilegio que de él resulta. De esto debe concluirse, con la Corte de Bruselas, que la prueba se hace según el derecho común. Entre las condiciones del empeño figura en primera línea la existencia del crédito garantizado por el empeño; la ley no exige que este elemento esté justificado por acta pública ó privada y registrada; todo lo que el acta de empeño debe contener es la indicación de la suma debida. Si, pues, surge una contestación acerca de la existencia ó el

1 Bruselas, 30 de Diciembre de 1874 (Pasierisia, 1875, 2, 72).

monto de la deuda habría que aplicar las reglas generales de la prueba. Se puede, por ejemplo, consentir un empeño para la seguridad de un crédito abierto, pero la indicación de la suma no prueba que el acreditado haya recibido el monto íntegro del préstamo; al acreedor toca, pues, probar la cifra de los anticipos, como la ley lo prescribe para la hipoteca de un crédito abierto (art. 80 de la ley Hipotecaria). Lo mismo pasa con la tradición; el art. 2076 se limita á establecer la condición de entrada en posesión del acreedor, no dice nada del modo de prueba; resulta de esto que el derecho común queda aplicable. (1) Puede ser muy importante establecer el momento preciso en que tuvo lugar la entrega del título, pues ya no puede hacerse hábilmente después de que los terceros han adquirido un derecho en el crédito empeñado.

480. ¿En qué época debe hacerse la tradición del título? Hay que decir de la puesta en posesión del acreedor rentista lo que hemos dicho de la notificación del acta de empeño y del registro; la ley no fija ninguna época, se atiende al interés del acreedor prendista; éste debe llenar cuanto antes las condiciones requeridas para la existencia de su privilegio si no está en riesgo de que los terceros adquieran un derecho en el crédito que le fué empeñado, y desde aquel momento no puede ya adquirir el privilegio en perjuicio de los terceros. La Corte de Casación aplicó el principio al siguiente caso. Comienza por recordar que es de la esencia del contrato de empeño que la cosa dada en prenda se ponga en poder del acreedor ó de un tercero designado; si esta cosa es un crédito es necesario que el deudor haya efectuado la entrega del título constitutivo de este crédito en una época en que tenía el derecho de empeñarlo. Y en el caso un acreedor había intervenido en una partición en nombre de su deudor, en virtud del art. 888; esta intervención constituía, por par-

1 Sentencia precitada de la Corte de Bruselas.

te del acreedor, el ejercicio de sus derechos propios en la parte de lo bienes que la partición tenía que atribuir á su deudor; en consecuencia esta parte de los bienes se encontraba bajo el poder judicial; desde luego el deudor no podía empeñarla á otro de sus acreedores en perjuicio de los derechos del acreedor intervenido; es decir, que el deudor no podía ya hacer la entrega del título al acreedor prendista, pues por esta entrega dicho acreedor hubiera adquirido un derecho de preferencia en un crédito embargado en favor del acreedor intervenido. Y de hecho resultaba de las declaraciones de la sentencia atacada: primero, que la entrega de los títulos de crédito no había sido efectuada en el momento del contrato y no estaba probado que los títulos hubiesen sido entregados al acreedor prendista antes de la intervención del acreedor en la partición de que dependían dichos créditos. La conclusión es evidente. Posteriormente á la intervención del acreedor opositor la entrega de los títulos no podía ya hacerse útilmente; por consiguiente, el acreedor prendista no podía adquirir privilegio. (1) La dificultad se presenta por lo regular en materia de quiebra. Si el empeño estaba válidamente constituido antes de la suspensión de pago la puesta en posesión del acreedor, del mismo modo que la notificación del acta de empeño, sí pueden ser útiles hasta el día de la declaración de quiebra: de aquí el interés del debate. Nos trasladamos á lo dicho más atrás (núm. 467).

481. La aplicación del art. 2076 da lugar á numerosas dificultades. Citaremos las decisiones judiciales referentes á la cuestión de derecho.

El derecho del contrato de arrendamiento se puede empeñar. ¿Cómo se pondrá en posesión al acreedor? ¿Debe ocupar el lugar arrendado? La Corte de Lyon y la Corte

1 Denegada, 11 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, I, 252).

de Casación decidieron la cuestión en diverso sentido; nos trasladamos á lo dicho atrás (núm. 461).

482. Se dieron algunas acciones en prenda y después quebró el deudor, por lo que nació un conflicto entre la masa y los acreedores prendistas. El empeño se había notificado á la sociedad, es decir, al deudor del crédito, la víspera del día en que se declaró en quiebra el deudor; en este punto el acreedor prendista estaba en regla, puesto que había estado regularmente en posesión de la prenda con respecto á los terceros antes que el quebrado hubiese sido desposeído de sus bienes y que la posesión respectiva de los acreedores del quebrado se hubiese irrevocablemente fijado. El empeño hubiera podido ser declarado nulo si se hubiese constituido en los diez días precedentes á la época de la suspensión de pagos por una deuda anteriormente contraída (Código de Comercio, art. 445). Esta no es nuestra hipótesis ni la en que fué pronunciada la sentencia de la Corte de Casación que analizamos; el empeño había sido hecho al mismo tiempo que el préstamo al deudor y por la misma acta, teniendo fecha cierta para el registro tres años antes de la suspensión de pago. Quedaba la dificultad de la tradición. Se trataba de acciones nominales en una sociedad industrial. ¿En qué consiste la acción social? preguntaba el demandante en casación. En una inscripción en los registros de la sociedad; la tradición del registro no es posible; por lo tanto, el privilegio no puede nacer. El título entregado al accionista puede ser entregado al acreedor prendista si se trataba de un documento al portador; ¿pero cómo hacer la entrega de un documento nominal? Se necesitaría una acta de translación entregada al acreedor prendista, pero esta acta no es la acción, y la ley exige la tradición del objeto empeñado. La conclusión no era, pues, admisible, pues resultaba que sí podría dar en prenda una acción nominal. La Corte de Casación juzgó que había tradición

bastante con el depósito hecho al acreedor prendista: el testimonio del contrato que había transferido al titular las acciones de la sociedad, título en virtud del cual podía ejercer sus derechos. (1)

483. ¿Cómo se hace la tradición de las acciones carboneras? Hé aquí la dificultad que se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica. Los títulos de los accionistas consistían en el reconocimiento de sus derechos anotados en los libros de la sociedad, en que se inscribían todos los cambios notificados á ésta. La entrega de los libros al acreedor prendista era imposible, no se podía deducir que el acreedor prendista pudiese adquirir privilegio en las acciones. Hay, no obstante, un medio de poner en posesión al acreedor prendista: conforme al art. 2076 la posesión de la prenda no debe necesariamente pasar al acreedor mismo, puede conferirse á un tercero convenido por las partes. Y la parte de acción del deudor en las acciones carboneras había sido dada en prenda por acta auténtica, acta que contenía el consentimiento expreso del deudor á quien fué notificada *para valer por tradición*. La notificación sola no basta, puesto que además de estar prescrita por el artículo 2076 el 2072 quiere que el acreedor esté en posesión de la prenda. Pero en la especie la sociedad carbonera era un tercero respecto al deudor como respecto á los acreedores, y siendo la sociedad depositario del registro que formaba el título del deudor se habría convertido, por el consentimiento de las dos partes, detentora de este título para los acreedores prendistas; estos últimos habían, tomado posesión de la prenda por intermedio de la sociedad carbonera, haciéndole notificar el acta de empeño. La notificación en estas circunstancias reemplazaba la puesta en posesión y, por consiguiente, estaba satisfecha la disposición del art. 2076. (2)

1 Denegada, 19 de Junio de 1848 (Daloz, 1848, 1, 181).

2 Denegada, 26 de Diciembre 1850 (Pasierista, 1851, 1, 324).

484. El art. 2076 admite que el acreedor prendista está en posesión cuando la prenda ha sido entregada á un tercero *convenido* por las partes. Luego se necesita una convención que establezca una liga entre los terceros y el acreedor prendista de modo que el acreedor posea por mediación del tercero. Si un tercero, el notario por ejemplo, fuese detentor del título sin que tuviese el encargo por una convención el art. 2076 no sería aplicable; es de evidencia que en este caso el acreedor no poseería el título, puesto que no habría ninguna liga jurídica entre él y los terceros. (1) Se juzgó que no es necesario que el tercero encargado del depósito de los títulos intervenga en la convención que le confiere este depósito; (2) en efecto, la ley no lo exige; basta que las partes convengan en que un tercero sea el depositario de los títulos; es obvio decir que si los terceros no intervienen en el acta de empeño debe consentir en ser depositario, puesto que debe haber una liga jurídica entre él y el acreedor prendista; y esta liga sólo se puede formar por el convenio de consentimientos.

No se debe confundir la cláusula en virtud de la que un tercero está designado para ser el posesor de los títulos en nombre del acreedor con el acta por la cual se constituye el empeño. La ley exige que el acta de empeño sea auténtica y que si es privada esté registrada (art. 2075), mientras que el art. 2076 no prescribe el registro, no exige ni la redacción de una acta para la validez de la convención que encarga á un tercero el depósito de los títulos en nombre del acreedor. Se ha juzgado que la prueba de esta convención quedaba bajo el imperio del derecho común. En vano se diría que es una cláusula del contrato de empeño y que se debe aplicar á la cláusula accesoria lo que la ley

1 Pont, t. II, p. 630, núm. 1138.

2 Rouen, 14 de Junio de 1847 (Daloz, 1849, 2, 241).

dice de la convención principal; contestaremos que en materia de privilegio no se razona por analogía, porque sería crear formalidades y condiciones para la existencia del privilegio; y todo lo relativo al privilegio está en el exclusivo dominio del legislador, que lo establece y organiza. (1)

485. La entrega convencional de la prenda á un tercero depositario prevista por el art. 2076 no debe confundirse con la entrega que el acreedor prendista hiciera de la prenda de que es poseedor. Si la entregara al deudor renunciaría por esto mismo al beneficio de prenda; el art. 2076 es terminante, así como el 2102, núm. 2 (Ley Hipotecaria, artículo 27, 3.º): el privilegio está ligado á la posesión; desde que el acreedor deja de poseer pierde su privilegio: no hay ni empeño, puesto que no se concibe la prenda sin que el acreedor la posea (núm. 434). Pero el acreedor puede desposeerse de la prenda sin perder la posesión. Si entrega la prenda á un tercero á título de depósito, con cargo de conservar la cosa para el acreedor y devolvérsela, continuará poséyendola, puesto que posee en este caso por mediación del depositario; conserva, por consiguiente, su privilegio. Puede también suceder que pierda la posesión sin que haya un hecho voluntario de su parte; tales serían los casos en que se extraviara la prenda ó la robaran: se pregunta si el acreedor tendrá una acción contra el tercero poseedor de la cosa perdida ó robada. El propietario tiene la acción en reivindicación (art. 2279) durante tres años; es cierto que el acreedor prendista no puede reivindicar, puesto que no es propietario, pero tiene un derecho real en la cosa y, por consecuencia, una acción real: esta acción le pertenece en principio contra todo poseedor. En derecho francés no puede ejercerla contra un poseedor de buena fe, puesto que los muebles no se reivindicán, lo que excluye toda acción fundada en un derecho real; pero por excepción la ley ad-

1 París, 4 de Diciembre de 1847 (Dallez, 1854, 2, 260).

mite la acción en reivindicación cuando la cosa está perdida ó robada; esta acción debe aprovechar por idéntica razón á todos los que tienen un derecho real en la cosa, luego al acreedor prendista. Esta es la opinión común; (1) solamente se ha erróneamente comparado la acción del acreedor prendista á la del dador privilegiado; (2) los dos derechos no tienen nada de común: el dador puede promover por excepción del derecho común, mientras que el acreedor prendista no tiene el derecho de promoción, sólo tiene una acción real en caso de pérdida ó robo.

486. La condición establecida por el art. 2076 también recibe su aplicación en materia de empeño comercial. En los términos de la ley de 5 de Mayo de 1872 (art. 1.º) el empeño constituido en seguridad de una obligación comercial confiere un privilegio al acreedor cuando el objeto del empeño se ha puesto y permanecido en posesión del acreedor ó de un tercero convenido por las partes. Esta es la reproducción textual del Código Civil. Bajo el imperio del antiguo Código de Comercio se presentaban dificultades en en el punto de saber cuándo estaba en posesión el acreedor prendista; la nueva ley zanja estas controversias. Nos limitaremos á transcribir el texto (art. 2): "Se reputa al acreedor en posesión de las mercancías cuando están á su disposición en sus almacenes ó navíos, en la aduana, en depósito público, ó si antes de llegadas posee por un conocimiento ó por un talón." (3)

487. Hay un adagio muy viejo que se refiere á la condición de posesión que acabamos de explicar. Se dice que *empeño sobre empeño no vale*. Esto significa que el deudor no puede, después de haber dado una cosa en prenda á un primer acreedor, comprometer la misma cosa en provecho de un

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 708, nota 26, pfo. 432.

2 Pont, t. II, p. 629, núm. 1137.

3 Compárese, acerca del derecho francés, Pont, t. II, 618, núm. 1129.

segundo ó subsecuente acreedor en tanto que el primero está en posesión. Hay en este punto una diferencia entre la prenda y la hipoteca. El deudor puede hipotecar el inmueble á muchos acreedores; todos tienen un derecho real, de preferencia solamente aquel cuya hipoteca está inscrita: la primera es preferida á los acreedores inscritos después de él, su lugar lo determina la inscripción. La ley no organiza un sistema análogo para el empeño de una cosa mueble. Esto es suficiente para que se deba admitir el adagio según el cual el empeño sobre empeño no vale. Si la ley había entendido que el deudor pudiese sucesivamente comprometer la misma cosa con varios acreedores debiera haber organizado las condiciones de su concurso y modificando la condición principal del empeño; es decir, la posesión de la prenda. Esta condición establece una diferencia esencial entre la prenda y la hipoteca. El deudor que hipoteca un inmueble conserva su posesión, como también el derecho de propiedad de la cosa; y la primera concesión de derecho real no impide una nueva concesión; ambos son muy compatibles, salvo que la primera prevalezca á la segunda. No sucede lo mismo en materia de empeño; el acreedor prendista no tiene privilegio más que bajo la condición de que esté en posesión de la cosa; esta posesión excluye la del deudor y, por lo tanto, éste no puede conferir á un nuevo acreedor una posesión que pertenece al acreedor prendista. Hay una sentencia de la Corte de París en este sentido: y en dichas circunstancias la cuestión no nos parece dudosa. (1)

Decimos que en esas circunstancias há lugar á aplicar el adagio de que empeño sobre empeño no vale. Este principio es aplicable cuando la posesión exclusiva del acreedor prendista impide que la cosa poseída por él no esté afectada de nuevo empeño. Pero si el acreedor en posesión de la prenda

1 París, 12 de Enero de 1846 (Dalloz, 1851, 2, 23). Compárese París, 15 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 24).

consiente en poseerla no sólo como garantía de sus derechos sino también de aquel con quien el deudor compromete la misma cosa el nuevo empeño será válido porque el primer acreedor prendista poseerá en nombre del segundo acreedor; y basta que éste posea la prenda para que el empeño sea válido, puesto que es la condición de posesión únicamente la que impide el empeño sobre el empeño. (1)

§ V.—DEL EMPEÑO BAJO FORMA DE VENTA.

488. ¿Pueden las partes empeñar bajo forma de venta? Hé aquí lo interesante de la cuestión. La venta no está sometida á las mismas condiciones que el empeño; puede suceder que el acta nula como empeño sea válida si se considera como venta. Por esto la ley no exige para la validez de la venta una acta pública ó privada y registrada, exige un estado detallado de las cosas vendidas, de su especie y naturaleza, calidad, peso y medida. Y cuando se trata de una venta de derechos ó de créditos se conforma con una notificación de la cesión ó de la aceptación del deudor; mientras que para el empeño quiere además que el acreedor esté en posesión. Estas diferencias entre la venta y el empeño se explican; la ley, al prescribir condiciones rigurosas para la existencia del empeño y del privilegio que resulta, se preocupa del interés de los terceros queriendo impedir el fraude tan fácil de cometerse cuando el deudor quiebra civilmente. La venta se presta menos á combinaciones fraudulentas, de ordinario se hace inmediatamente por la entrega de la cosa; es raro que después de haber vendido una cosa mueble el vendedor haga una segunda venta, y cuando sucede el principio del art. 2279 basta para terminar el conflicto entre los dos adquirentes (art. 1141). En

1 Bruselas, 12 de Junio de 1850 (Pasiericia, 1851, 2, 163). Compárese Pont, t. II, p. 631, núm. 1140.

cuanto á los acreedores del vendedor no tienen ninguna acción en los bienes de su deudor desde que salen de su patrimonio por alguna venta; mientras que los acreedores conservan su derecho en la cosa empeñada en el sentido de que la cosa queda en el patrimonio de su deudor.

De aquí se sigue que en principio el empeño no se puede hacer bajo forma de venta. En vano se dirá que las partes son libres de hacer actos simulados y que la jurisprudencia valida las donaciones disfrazadas con la forma de contratos onerosos. La analogía es engañosa; la ley no prescribe formas á la donación en interés de los terceros como lo hace para el empeño. Poco importa que el bien salga del patrimonio de su deudor por venta ó por donación, mientras que tienen interés en que las formas establecidas en su interés se observen para la validez del empeño. La venta que disfraza un empeño es en general perjudicial á los terceros, lo que basta para que sea nulo el empeño. (1)

489. ¿Quiere esto decir que sea necesariamente nulo? Si la venta fuera hecha con todas las formalidades que la ley establece para el empeño los terceros no tendrían ya derecho de quejarse de la simulación porque no tendrían ningún interés en ello, y sólo es por razón de su interés por lo que el empeño es nulo cuando está disfrazado bajo forma de una venta. (2) La jurisprudencia se pronunció en este sentido.

Estas son las circunstancias en las que fué pronunciada la sentencia de la Corte de Casación de Francia. Importa anotarlas porque los hechos solos prueban que la simulación no es fraudulenta. El propietario de un navío lo vendió por acta notariada. Esta venta era simulada. Los compradores querían sencillamente conservar en el navío un privilegio

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 703, nota 13, pfo. 432. En sentido contrario, Troplong, *Del Empeño*, núms. 204 y 307.

2 Pont, t. II, p. 586, núm. 1090.

por el reembolso de anticipos hechos y por hacer para poner el navío en estado de hacerse á la mar. Estaba convenido que el vendedor permanecería propietario, que tendría solo las utilidades que resultaran de la navegación y que soportaría solo las pérdidas; los compradores debían restituirle la propiedad legal, á pedimento, después de pagarles. ¿Por qué queriendo las partes hacer un empeño prefirieron tratar bajo forma de venta? Esto es lo que nos va á enseñar la jurisprudencia.

Habiendo muerto el vendedor aparente desde el principio del viaje el navío fué vendido y el precio depositado en manos de un escribano. Los vendedores demandaron á la viuda y á los herederos del vendedor, así como los acreedores del difunto, para reclamar el precio de la venta como perteneciéndoles. Se les opuso que la pretendida venta era un empeño y que esta acta no creaba privilegio en favor de los acreedores pretendidos vendedores. Fué sentenciado en primera sentencia y en apelación que la venta era en verdad un empeño, pero que ésta constaba por acta auténtica y tenía suficiente tradición para crear en favor de los acreedores prendistas el privilegio que reclamaban para con los demás acreedores. Recurso de casación. El acta litigiosa, dice el demandante, no es una venta, puesto que disfraza un empeño, y como tal es nula, puesto que no contiene la indicación de la suma debida, así como lo quiere el artículo 2075.

La Corte Casación comienza por establecer que el acta aparente de venta reunía todas las condiciones requeridas para la validez de este contrato. Dejamos esta parte de la sentencia que tiene por objeto contestar á la objeción sacada del art. 190 del Código de Comercio. Después la Corte agrega que el acto considerado como empeño sería válido y que atribuye, en consecuencia, á los acreedores el privilegio que resulta del empeño. Desde luego los navíos son mue-

bles y ninguna ley prohíbe darlos en empeño. Y se puede hacer de un modo indirecto lo que se tiene derecho de hacer directamente. Así se puede dar en prenda un navío bajo forma de venta; basta para la validez del empeño que el acta de venta contenga todas las condiciones exigidas por la ley para la validez del empeño y de la venta. En el caso el acta litigiosa encerraba todas las condiciones para la validez de la venta y las necesarias para el privilegio en el precio del navío, considerándolo como acta de empeño; á saber: la autenticidad, la suma debida determinada por precio de dicho navío y la naturaleza de la cosa empeñada; desde luego la dicha acta debe asegurar á los acreedores el privilegio que la ley concede al acreedor prendista. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Rennes en el mismo sentido y pronunciada en circunstancias muy análogas; la citamos porque la Corte explica los motivos por los que las partes en lugar de hacer una acta de empeño hicieron una acta simulada de venta. Teniendo la convención de empeño por objeto un navío no puede producir su efecto sino bajo la condición de la forma de una venta. En efecto, la mutación en el acta de francisación es el único medio de operar para con la administración aduanera y para con los terceros la tradición de un navío, condición esencial de todo empeño, y el único practicable para conservar al acreedor su privilegio en la cosa. Tal es también el uso general del comercio, como lo testificaban en el caso los jueces consulares de Nantes. Si se declaraba este uso no obligatorio en sus efectos no sería posible encontrar anticipos con garantía de un navío, pues si se tuviera que entregarlo realmente al acreedor, como cualquiera otra cosa mueble, el navío permanecería inactivo bajo la detención continuada del acreedor y, por consiguien-

1 Denegada, 2 de Julio de 1856 [Dalloz, 1856, 1, 427]. Compárese Denegada, 17 de Enero de 1876 [Dalloz, 1876, 1, 347].

te, el deudor no podría navegar ni aprovechar el navío para pagar los anticipos que le hace el acreedor. (1)

§ VI.—DE LA PRENDA COMERCIAL.

490. El art. 2084 dice que las disposiciones del capítulo del empeño no son aplicables á las materias mercantiles. Hemos dicho ya en qué sentido se entendía este artículo bajo el imperio del Código de Comercio de 1808; apesar de la aparente excepción del art. 2084 se aplicaban generalmente á la prenda comercial las reglas del Código Napoleón. Sólo es desde la publicación de las leyes nuevas que han sido promulgadas en Francia y Bélgica desde cuando puede decirse que el empeño comercial no está sometido á los principios del Código Civil. Siendo esta materia ajena á nuestro trabajo nos limitaremos á transcribir los textos. El art. 1.º de la ley belga de 5 de Mayo de 1872 dice así: «El empeño constituido para la seguridad de un compromiso mercantil confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar en la cosa empeñada, con privilegio y preferencia á los demás acreedores, cuando queda probado conforme á los modos admitidos en materia mercantil para la venta de cosas de misma naturaleza y que el objeto del empeño fué puesto en poder del acreedor ó de un tercero designado por las partes.» Así la ley belga mantiene la condición de la puesta en posesión del acreedor prendista reproduciendo los términos del art. 2076. Pero ya no exige las formalidades prescriptas por los arts. 2074 y 2075; ya no hay acta ni declaración de la suma debida y naturaleza de la cosa empeñada; ya no hay notificación del acta de empeño, basta que el empeño quede probado conforme á las reglas admitidas en materia de comercio para la venta (Código de Comercio, art. 109); de modo que el empeño puede

1 Rennes, 29 de Diciembre de 1849 [Dalloz, 1852, 2, 8].

establecerse por la correspondencia de las partes, por sus libros y aun por la prueba testimonial. En cuanto á la fecha del acta, que según el Código Civil tenía que ser establecida por el registro, la ley belga dice que la prueba de la fecha del empeño incumbe al acreedor y que puede ser hecha por todos los medios de derecho.

491. La ley francesa de 23 de Mayo de 1863 sienta también en principio que el empeño mercantil no queda sometido á ninguna formalidad: se prueba para con los terceros, como entre las partes contratantes, conforme á las reglas del art. 109 del Código de Comercio. Pero esto es verdad sólo para los muebles corporales y los valores al portador. Si se trata de un efecto negociable ó á la orden el empeño puede probarse, aun para con los terceros, por un endose ordinario, indicando que este documento se entrega á título de garantía. Asimismo las acciones, los partes de intereses, las obligaciones de comercio ó de industria cuya translación se opera por un traslado en los libros de la sociedad pueden también empeñarse por medio de un traslado, á título de garantía, en dicho registro. Estas disposiciones excepcionales son ya aplicables y la ley civil vuelve á su imperio si el título empeñado no es negociable por endose ni transmisible por traslado en los libros de una sociedad. (1)

SECCION II.—Derechos y obligaciones del acreedor prendista.

§ I.—DEL PRIVILEGIO.

492. El privilegio es el objeto esencial de la convención de prenda. Según el art. 2073, que define el empeño, confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar en la cosa que es su objeto por privilegio y con preferencia á los demás

1 Aubry y Rau, t. IV, ps. 768 y siguientes, pfo. 433. Pont, t. II, p. 609, núms. 1115 y 1119.

acreedores. El art. 2101, que enumera los créditos privilegiados en ciertos muebles, coloca entre estos créditos el que posee el acreedor en la prenda (Ley Hipotecaria, art. 19, núm. 3). El privilegio del acreedor prendista difiere de los privilegios generales. Según el art. 2095 (Ley Hipotecaria, art. 12) el privilegio es un derecho que la *calidad del crédito* da á un acreedor de ser preferido á los demás acreedores. El empeño no da un privilegio por razón de la calidad del crédito, pues todo crédito, favorable ó no, puede ser garantizado por una prenda y toda prenda da un privilegio cuando el acreedor cumplió las formalidades prescriptas por la ley. (1) A diferencia de los demás privilegios el del acreedor prendista procede de la convención, luego de la voluntad de las partes contratantes; mientras que en principio no depende de las partes crear privilegios; la ley, y sólo ella, es la que determina si un crédito merece ser privilegiado. A este respecto el privilegio del acreedor prendista se parece á la hipoteca convencional más bien que al privilegio: por esto se le ha llamado una *hipoteca mobiliar*. (2) Esto es dar una idea inexacta del derecho que tiene el acreedor prendista; la hipoteca implica que el deudor conserva la posesión de la cosa hipotecada, mientras que la condición esencial requerida para la existencia del empeño y del privilegio que de él resulta es que el deudor se desposee de la cosa y que el acreedor entra en posesión de ella. El privilegio del acreedor prendista es, pues, en definitiva, un derecho real de preferencia ligado á la posesión de la prenda; esto es lo que marca el art. 2101 diciendo que el acreedor tiene un privilegio en la prenda que posee (Ley Hipotecaria, artículo 19, núm. 3).

493. El privilegio del acreedor prendista es un derecho real como todo privilegio. Volveremos á ello en el título

1 Durantón, t. XVIII, p. 582, núm. 508.

2 Pont, t. II, p. 581, núm. 1084.

establecerse por la correspondencia de las partes, por sus libros y aun por la prueba testimonial. En cuanto á la fecha del acta, que según el Código Civil tenía que ser establecida por el registro, la ley belga dice que la prueba de la fecha del empeño incumbe al acreedor y que puede ser hecha por todos los medios de derecho.

491. La ley francesa de 23 de Mayo de 1863 sienta también en principio que el empeño mercantil no queda sometido á ninguna formalidad: se prueba para con los terceros, como entre las partes contratantes, conforme á las reglas del art. 109 del Código de Comercio. Pero esto es verdad sólo para los muebles corporales y los valores al portador. Si se trata de un efecto negociable ó á la orden el empeño puede probarse, aun para con los terceros, por un endose ordinario, indicando que este documento se entrega á título de garantía. Asimismo las acciones, los partes de intereses, las obligaciones de comercio ó de industria cuya translación se opera por un traslado en los libros de la sociedad pueden también empeñarse por medio de un traslado, á título de garantía, en dicho registro. Estas disposiciones excepcionales son ya aplicables y la ley civil vuelve á su imperio si el título empeñado no es negociable por endose ni transmisible por traslado en los libros de una sociedad. (1)

SECCION II.—Derechos y obligaciones del acreedor prendista.

§ I.—DEL PRIVILEGIO.

492. El privilegio es el objeto esencial de la convención de prenda. Según el art. 2073, que define el empeño, confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar en la cosa que es su objeto por privilegio y con preferencia á los demás

1 Aubry y Rau, t. IV, ps. 768 y siguientes, pfo. 433. Pont, t. II, p. 609, núms. 1115 y 1119.

acreedores. El art. 2101, que enumera los créditos privilegiados en ciertos muebles, coloca entre estos créditos el que posee el acreedor en la prenda (Ley Hipotecaria, art. 19, núm. 3). El privilegio del acreedor prendista difiere de los privilegios generales. Según el art. 2095 (Ley Hipotecaria, art. 12) el privilegio es un derecho que la *calidad del crédito* da á un acreedor de ser preferido á los demás acreedores. El empeño no da un privilegio por razón de la calidad del crédito, pues todo crédito, favorable ó no, puede ser garantizado por una prenda y toda prenda da un privilegio cuando el acreedor cumplió las formalidades prescriptas por la ley. (1) A diferencia de los demás privilegios el del acreedor prendista procede de la convención, luego de la voluntad de las partes contratantes; mientras que en principio no depende de las partes crear privilegios; la ley, y sólo ella, es la que determina si un crédito merece ser privilegiado. A este respecto el privilegio del acreedor prendista se parece á la hipoteca convencional más bien que al privilegio: por esto se le ha llamado una *hipoteca mobiliar*. (2) Esto es dar una idea inexacta del derecho que tiene el acreedor prendista; la hipoteca implica que el deudor conserva la posesión de la cosa hipotecada, mientras que la condición esencial requerida para la existencia del empeño y del privilegio que de él resulta es que el deudor se desposee de la cosa y que el acreedor entra en posesión de ella. El privilegio del acreedor prendista es, pues, en definitiva, un derecho real de preferencia ligado á la posesión de la prenda; esto es lo que marca el art. 2101 diciendo que el acreedor tiene un privilegio en la prenda que posee (Ley Hipotecaria, artículo 19, núm. 3).

493. El privilegio del acreedor prendista es un derecho real como todo privilegio. Volveremos á ello en el título

1 Durantón, t. XVIII, p. 582, núm. 508.
2 Pont, t. II, p. 581, núm. 1084.

que es el sitio de la materia. Por ahora consideramos el derecho del acreedor prendista en sí mismo en sus relaciones con el deudor. El art. 2079 dice que el deudor permanece propietario de la prenda, que ésta sólo queda en poder del acreedor como un depósito que le asegura el privilegio. La palabra *depósito* no debe traducirse á la letra; el depositario no tiene ningún derecho real en la cosa, no la posee, la detiene á título precario. Sucede muy distintamente con el acreedor prendista: tiene un derecho real en la cosa, la posee con este título, y si pierde la posesión á consecuencia de un robo ó de pérdida de la cosa tiene una acción real contra el poseedor análoga á la del propietario (núm. 485). Si la ley dice que el acreedor prendista no tiene más que el depósito de la cosa es para señalar que no puede usar de ella aunque tenga su posesión. A este respecto el derecho del acreedor prendista difiere de los demás derechos reales acompañados de posesión; el usufructo, la servidumbre, el enfiteusis, la superficie, dan un derecho en la cosa, derecho que implica la facultad de usarla y gozar de ella. Si sucede distintamente con el acreedor prendista es porque su posesión tiene un objeto único: el de garantizar el pago de lo que se debe; la posesión reemplaza la publicidad de la hipoteca dando al acreedor el derecho de hacer valer contra los terceros la preferencia que se liga á la prenda; además, no resulta de ello ningún derecho inútil para el acreedor.

La disposición del art. 2079 es de la esencia del empeño. Si la convención intervenida entre las partes tuviera por objeto transferir la propiedad de la cosa al pretendido acreedor prendista habría venta, no habría empeño. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así en un caso en que unas obligaciones de ferrocarril habían sido vendidas bajo condición de que en los seis meses el acreedor las retrocedería y que el vendedor se obligaba á recogerlas. El recur-

sante sostenía que la pretendida venta era un empeño y que el contrato era nulo por inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley. Esto era desconocer los términos de la convención que presenta todos los caracteres de la venta y debía producir sus efectos; era translativa de propiedad, lo que excluía el empeño. (1)

494. ¿Hay excepción á estos principios cuando el deudor empeña en un establecimiento de Banco efectos al portador como garantía de los anticipos ó préstamos que se le hacen? En los usos mercantiles el banquero que recibe en prenda los títulos al portador se considera como propietario de dichos valores en este sentido: que tiene el derecho de negociarlos; sólo es deudor de títulos de la misma especie. Este poder de disposición está en oposición con el art. 2079, pero nada impide que las partes contratantes deroguen esta disposición; esto ya no sería un empeño propiamente dicho, pero no por esto dejará la convención de ser válida. Queda por saber cuándo hay convención autorizada al prestamista para que disponga de los títulos que recibe en prenda. La cuestión se ha presentado en un negocio célebre: el de Mirés, Director de la Caja de los Ferrocarriles. Condenado por la Corte de París á cinco años de cárcel por abuso de confianza y robo, fué absuelto por la de Douai, á la que fué devuelto el negocio por haber sido casada la sentencia de París por vicio de formas. La Corte de Douai invocaba, sobre todo, la intención del banquero tal como se manifestaba por los hechos. Al recibir el depósito de los valores el prestamista no daba recibo indicando el número de cada título que se le entregaba en prenda; el recibo contenía una columna distinta titulada *designación* y nunca se mencionaba en ella el género de los títulos. Existía, pues, un acuerdo entre el prestamista y los depositantes; éstos se obligaban sólo á devolver títulos de igual clase; por tanto, podía

1 Denegada, 26 de Julio 1872 (Pasicrisia, 1872, 1, 452).

disponer de los que había recibido; era deudor de un género y no de un cuerpo cierto y determinado.

Esta sentencia fué casada, por interés de la ley, por la Corte Criminal. La Corte comprueba que, según sus estatutos, la sociedad hacía anticipos sobre depósitos de garantías ó de empeño; las partes que ocurrían á la caja para obtener estos anticipos formaban, pues, salvo estipulación contraria, el contrato que los estatutos mismos indicaban; entregaban sus títulos para cubrir los anticipos que recibían; por consecuencia, se formaba entre la caja y los depositantes un contrato de empeño; la consecuencia es que la caja no tenía el derecho de disponer de los títulos. El art. 2079 es terminante: el deudor que da valores en prenda permanece propietario de ellos, y el acreedor sólo tiene el depósito de la prenda; y el depositario no puede, seguramente, disponer de las cosas; poco importa que sean cosas consumibles; dejan de serlo por el depósito que de ellas se hace; luego la caja se hacía deudora no de título de la misma especie sino de los mismos títulos que recibía. (1)

495. Al mismo tiempo que el proceso criminal se perseguía uno de los numerosos tomadores sobre prenda había demandado al Director de la Caja ante los tribunales civiles. Había entregado á la caja acciones de ferrocarril contra recibo que no indicaba los números de las acciones depositadas y que sólo daba á conocer su naturaleza y número; una cuenta corriente había sido abierta al depositante, cuenta en la que la caja había sido cargada con las acciones que se le habían entregado y se le habían abonado sus anticipos. El 2 de Mayo de 1859 el Director de la Caja le dió aviso, así como á un gran número de sus clientes, que sus acciones habían sido vendidas á la cotización del día; y las acciones habían sufrido en aquel momento una baja enorme á consecuencia de los temores de una guerra ge-

1 Cassación, Cámara Criminal, 28 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, I, 305).

neral; el producto de la pretendida venta llegaba á 84,972 francos 50 céntimos. El depositante sostenía que las acciones habían sido realmente vendidas el 1.º de Septiembre de 1856 á una cotización mucho más elevada; pedía, en consecuencia, que la caja tuviera que pagarle una suma de 42,173 francos 30 céntimos que formaban su crédito, deduciendo los anticipos que tenía recibidos. La Corte de París le dió gane en la causa, y en el recurso, admitido por la Sala de Requisiciones, intervino una sentencia de denegada de la Cámara Civil pronunciada después de deliberación en Cámara de Cosejo.

Se ha dicho que hay una diferencia de doctrina entre la sentencia de la Cámara Criminal y la de la Cámara Civil. El proceso civil hizo surgir la cuestión de saber si el cliente que deposita acciones en un Banco, en prenda y como garantía de los adelantos que recibe, da al Banco el derecho de disponer de ellas con cargo de devolver acciones de naturaleza y calidad semejantes. Es cierto que una convención de esa naturaleza puede formarse por las partes interesadas; la sentencia atacada no decidió lo contrario, como lo pretendía el recurso; declaraba, en efecto, que semejante convención no existía. En vano el demandante decía que la falta de una convención expresa, el abandono por el depositante de su derecho de propiedad, resultaba implícitamente del hecho único del depósito efectuado en la caja. La Corte contestó que á nadie se considera que renuncie tácitamente á su derecho de propiedad; menos se puede admitir el abandono tácito en una convención de empeño; los títulos entregados al prestamista sólo sirven de garantía; solamente cuando el tomador no reembolsa los adelantos es cuando há lugar á proceder á la venta de la prenda conforme á la ley. Tal es el derecho común; las partes pueden derogarlo, pero el que pretende que hay derogación debe probar que el contrato formado por las

partes no es de empeño, que es una convención translativa de propiedad de los valores depositados. Y de hecho la caja no probaba que la convención formada era de esa naturaleza. Lo cual es decisivo. El depositante queda propietario; el acreedor prendista no podrá enajenar los valores más que conforme al art. 2078. Enajenando las acciones sin observar las formalidades prescriptas por la ley la caja había vendido la cosa de otro y el propietario despojado así tenía fundamento para reclamar el producto de la venta de la cosa.

Acerca de este punto el recurso hacía objeciones singulares. Estaba comprobado que la pretendida venta anunciada por circular en el momento en que los valores estaban en baja no había tenido lugar; la sentencia atacada calificaba este acto de ficticio y mentiroso, realmente se habían vendido las acciones en Octubre, Noviembre y Diciembre de 1856, á un tipo mucho más elevado. Lejos de dar á conocer á su cliente esta venta la caja continuó ministrándole cuentas en cada trimestre en las que abonaba á su crédito intereses y dividendos producidos por las dichas acciones, como si aún las poseyera la caja. ¿Qué importa? decía el recurso. Todo lo que resultaba es que la caja debía devolver las acciones en igual cantidad y naturaleza, ya hubiese alta ó baja. La Corte de París había de antemano contestado este argumento, por el que un timador quería legitimar su expoliación; no se podría admitir, dice, que el detentor que sin derecho y en menoscabo de sus compromisos vendió la cosa á otro pueda sacar provecho del acto que lo hace culpable; semejante resultado sería contrario á la moral y á la justicia. El timador insistía diciendo que si el depositante sacaba provecho de la venta hecha en 1856 resultaba que tendría un beneficio con el que no había contado al contratar y que no habría tenido si los títulos no se hubieran enajenado. Si hay un beneficio, con-

testa la Corte, ¿á quién debe aprovechar: al timador ó al timado? La posición de aquel cuya cosa se ha vendido sin derecho, contra su voluntad, ciertamente es preferida á la del detentor que ha enajenado abusando y violando los compromisos que había contraído. (1)

496. Del principio de que el acreedor prendista sólo tiene el depósito la cosa se sigue que no la puede empeñar. Entre las partes contratantes el empeño sería nulo porque se empeña la cosa de otro (núm. 440). Distinta es la cuestión de saber si el acreedor á quien se ha entregado la cosa puede oponer su derecho al propietario que promoviera en reivindicación. Sí, cuando es de buena fe; nó, si es de mala fe. Esta es la aplicación del principio establecido por el artículo 2279. (2) El principio será explicado en el título *De la Prescripción*.

497. Del principio de que el empeño no es más que un depósito en manos del acreedor se sigue también que el prendista nunca puede prescribir la propiedad de la prenda, pues que es poseedor precario; y todos los que detienen precariamente la cosa del propietario no pueden prescribirla (artículo 2236). En vano se diría que el acreedor prendista tiene un derecho real y que á este título no es poseedor precario; la ley considera como tal al usufructuario que también tiene un derecho real; detiene precariamente la cosa porque está obligado á restituirla en virtud de su título mismo; y tal es también la posición del acreedor prendista; se debe, pues, decir, con el art. 2236, que poseyendo por otra no se prescribe por cualquier lapso de tiempo que sea.

Se presenta otra dificultad en materia de prescripción. El acreedor poseedor de la prenda no promueve contra el deudor porque no tiene interés en hacerlo. Si esta inacción durara

1 Denegada, Cámara Civil, 26 de Julio de 1865 (Dallez, 1865, 1, 484). Compárese Pont, t. II, p. 640, núm. 1151.

2 Pont, t. II, p. 649, núm. 1165.

treinta años ¿podrá el deudor invocar la prescripción extintiva? Nó, la prenda es una garantía de la deuda; luego en tanto que el deudor deja la prenda en manos del acreedor reconoce la existencia de la deuda, y este reconocimiento impide la prescripción (art. 2243). (1)

498. El principio de que el acreedor prendista no tiene más que el depósito de la cosa aun tiene otra consecuencia: que no puede usar de ella; en efecto, el depositario no puede (art. 1930) servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso ó presumido del depositante. Es verdad que, á diferencia del depositario propiamente dicho, el acreedor prendista tiene un derecho en la cosa; pero este derecho tiene un objeto especial: asegurar su privilegio poniendo al deudor en la imposibilidad de enajenar la cosa en perjuicio del acreedor; la posesión del prendista remplaza el derecho de promoción que la hipoteca da al acreedor hipotecario; pero, por lo demás, el prendista, como el acreedor hipotecario, sólo tienen el derecho de goce.

El art. 2082 consagra una consecuencia de este principio. En general el deudor no puede reclamar la restitución de la cosa sino después que ha pagado la deuda. Hay excepción, dice el art. 2082, cuando el detentor de la prenda *abusa*. ¿Qué se entiende aquí por abuso? No un goce abusivo como el del usufructuario (art. 618), puesto que el prendista no tiene derecho para gozar, á menos que el deudor le haya dado su permiso; y en este caso es por demás decir que se debe limitar á la facultad que se le ha dado. Fuera de este caso el solo hecho de usar de la cosa es un abuso, puesto que el acreedor hace lo que no tiene derecho de hacer.

El Relator del Tribunado liga la disposición del art. 2082 á la obligación que incumbe al acreedor de vigilar por la

¹ Durantón, t. XVIII, p. 629, núm. 533. Aubry y Rau, t. IV, p. 714, nota 15, pfo. 434.

conservación de la cosa. (1) Esto no es exacto; el acreedor debe conservar la prenda porque está obligado á restituirla y es responsable de culpa cuando la cosa perece ó se deteriora. Lo que nada tiene de común con el uso indebido que el prendista hace de la cosa; si usara de ella con todos los cuidados de un buen padre de familia no dejaría por esto de ser culpable de abuso, pues es abusar hacer lo que no se tiene el derecho de hacer. Aun se da otra razón del art. 2082, que no es mejor. El deudor, dicen, puede pedir la restitución de la prenda, en caso de abuso, por aplicación del principio de que la condición resolutoria está subentendida en los contratos á título oneroso para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. (2) Este es un error que la ley condena; el art. 1184 subentende la condición resolutoria no en los contratos á título oneroso sino en los sinalagmáticos; no se puede, pues, tratar de la condición resolutoria en el empeño, puesto que este es un contrato unilateral.

¿Cuál será la consecuencia del abuso? El deudor tiene el derecho de pedir la restitución de la cosa, lo que priva al acreedor del derecho de retención y del privilegio ligado á la posesión. Por esto el acreedor pierde su prenda, como lo dice el Relator del Tribunado. Gary agrega que no se puede pedir otra, lo que está por demás; está decaído de su derecho porque ha abusado, y la pena que la ley impone ciertamente que no es título para pedir una prenda nueva.

499. El principio que prohíbe al acreedor prendista usar de la cosa recibe excepción cuando la cosa dada en prenda es un crédito de interés: el acreedor debe en este caso cargar los intereses sobre lo que pueda deberse ó al capital. Esta obligación implica el derecho para el acreedor de percibir los intereses. ¿Por qué la ley le concede este derecho

¹ Gary, Informe núm. 16 (Loché t. VIII, p. 106).

² Pont, t. II, p. 661, núm. 1189.

aunque sea un simple depositario? El que da un crédito en prenda conserva el derecho de promover contra el deudor, puesto que queda propietario del crédito (art. 2079); pero este derecho de promover está estorbado por el empeño; si el deudor se negara á pagar los intereses el demandante estaría en la imposibilidad de obligarlo á ello, puesto que no puede probar su derecho estando el título de su crédito en manos del prendista. Debería, pues, llamar á éste en causa tan amenudo como se tratara de reclamar los intereses. El legislador ha pensado que sería más sencillo autorizar al prendista para que exigiera el pago de los intereses; el deudor del crédito empeñado no se puede quejar porque está liberado, y el acreedor que ha puesto su crédito en prenda encuentra en ello una gran ventaja, puesto que está al abrigo de la corta prescripción que la ley establece para los intereses (art. 2277). La percepción de los intereses por el acreedor prendista también aprovecha al que ha dado la prenda, puesto que lo libera parcialmente. En efecto, la ley quiere que dichos intereses sean imputados desde luego sobre los que se le puedan deber al prendista; y si la deuda en seguridad de la que se dió la prenda no causa intereses el cargo se hace sobre el capital de la deuda. Generalmente el acreedor prendista, percibiendo los intereses que pertenecen al deudor, debería entregarlos, pero siendo esta deuda de una cosa consumible se compensa con el crédito igualmente consumible del prendista. Tal es el sentido y el efecto de la imputación de que habla el art. 2081.

La ley no da al acreedor prendista el derecho de percibir el capital de la deuda; no hay iguales razones para los intereses que se perciban periódicamente hasta que se extingue la deuda. Generalmente el capital se paga de un golpe puesto que el deudor no puede hacer el pago parcial. Y conviene que este pago se haga al que ha dado el crédito en empeño; en efecto, es de principio que el acreedor no pue-

de apropiarse la prenda (art. 2078); y tendría un medio indirecto para apropiarse de ella á título de compensación si pudiera percibir el capital. De aquí podrían resultar abusos que el legislador quiso evitar prohibiendo al acreedor apropiarse la prenda. Se ha juzgado que la cláusula del contrato de empeño que autoriza al detentor de la prenda á perseguir el reembolso de las sumas vencidas, á paso y medida de los reconocimientos tanto del capital como de los intereses, era nula, puesto que tendría por resultado conferir la propiedad de la prenda al acreedor, lo que es contrario á la disposición prohibitiva del art. 2078. (1)

Se presenta otra dificultad en la aplicación del artículo 2081. En la especie el acta de empeño no había sido registrada, de lo que se prevalecían para contestar al acreedor el derecho de percibir los intereses. Esta objeción no fué admitida; el texto del Código basta para separarla, y ya la hemos contestado. El registro es una de las formalidades que la ley prescribe para la existencia del privilegio, y el pago de los intereses nada tiene de común con el privilegio; se trata únicamente de las relaciones que el contrato de empeño establece entre las partes contratantes: ¿es el deudor ó el acreedor el que percibirá los intereses? Y si los percibe el acreedor ¿cuáles serán sus obligaciones con respecto al deudor? Tales son las preguntas que decide el art. 2081; son ajenas al privilegio; desde luego los arts. 2074 y 2075 están fuera de causa, puesto que estas disposiciones no conciernen más que al privilegio (2) (núms. 446 y 458).

§ II.—DEL DERECHO DE RETENCION.

500. La ley da al acreedor prendista un derecho de retención que no se debe confundir con el privilegio que está

1 Bourges, 5 de Junio de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 125).

2 Denegada, 24 de Mayo de 1855, de la Corte de Casación de Bélgica (Pasicrisis, 1855, 1, 265).

ligado al empeño. En los términos del art. 2080 «el deudor no puede reclamar la restitución de la prenda sino después de haber pagado completamente tanto lo principal como los intereses y gastos de la deuda en seguridad de la que se dió la prenda.» El texto mismo prueba que se trata de las relaciones que el contrato de empeño establece entre el acreedor y el deudor. ¿Cuándo puede el deudor pedir la restitución de la prenda? Tal es la pregunta á que contesta el art. 2082. La respuesta es muy sencilla: las partes contratantes han tratado en fe de una prenda; si el acreedor la ha exigido es que no tenía confianza en la persona del deudor; éste, por su parte, ha consentido porque era la condición, sin la que el acreedor no habría tratado. Resulta, pues, del objeto mismo del contrato de empeño y de la intención de las partes contratantes que la prenda se le debe quedar al acreedor en tanto que el deudor no está completamente liberado del pago. Esto es lo que se llama derecho de retención, y está fundado en la ley del contrato.

501. El derecho de retención se refiere únicamente á las relaciones del acreedor y del deudor. De aquí se sigue que las condiciones prescriptas por los arts. 2074 y 2075 para la adquisición del privilegio son ajenas al derecho de retención. La ley exige estas formalidades para impedir que las partes contratantes no hagan fraude á los terceros; y los terceros están fuera de causa cuando el acreedor ejerce su derecho de retención; es el deudor el que pide la restitución de la prenda: el acreedor rechaza su acción fundándose en el contrato de empeño; es decir, en las obligaciones y los derechos que resultan para las partes. La prenda es una garantía para el acreedor contra el deudor; esta garantía asegura el pago de la deuda; en tanto que no se paga la garantía subsiste. Para gozar del derecho de retención el acreedor sólo necesita de su contrato, pues es su ejecución la que la pide; poco importa, pues, que las formalidades estableci-

das en interés del tercero por los arts. 2074 y 2075 hayan sido llenadas; el deudor no puede prevalecerse de la falta de cumplimiento de dichas condiciones, pues que la ley no las estableció en su favor sino en interés de los terceros. El acreedor que opone el derecho de retención está frente á su deudor, no está en conflicto con los terceros, contra los que pide un derecho de preferencia; luego no se le puede objetar que ha descuidado sujetarse á la ley. Reclama la ejecución del compromiso que el deudor ha contraído contra él dándole una garantía real para su crédito. En tanto que subsiste la deuda la garantía subsiste igualmente; hé aquí el derecho de retención. Los terceros están fuera de causa, así como el privilegio que pertenece al prendista, cuando hay concurso de acreedores. Luego se deben apartar los artículos 2074 y 2075. (1)

502. ¿Puede el prendista oponer el derecho de retención á los demás acreedores? Conforme á lo que acabamos de decir esta pregunta no tiene sentido. El derecho de retención es ajeno á los acreedores; no pelean con el prendista más que cuando éste reclama su privilegio y pide se le pague de preferencia á los demás acreedores del deudor común. Y el derecho de retención no tiene nada de común con el privilegio; luego no se puede tratar de eso por el prendista de prevalecerse contra los acreedores; y éstos, por su parte, pueden ejercer sus derechos sin tener en cuenta el derecho de retención.

¿Cuál es el derecho de los acreedores? Pueden embargar los bienes de su deudor; pueden, pues, embargar también las cosas que éste ha empeñado, pues permanece propietario de ellas. Este derecho de embargo y la venta forzada que es una consecuencia no puede ser estorbada por el derecho de retención del acreedor prendista; todo lo que puede reclamar éste cuando se encuentra en conflicto con los de-

1 Duranton, t. XVIII, p. 624, núm. 557 y todos los autores.

más acreedores es que se le pague con privilegio; pero este privilegio no impide que los acreedores embarguen la prenda, pues el embargo no compromete en nada los derechos del acreedor prendista. Cuando la cosa se haya vendido se abrirá una orden entre los acreedores para la distribución del precio; y en este orden el prendista será colocado en primer lugar, puesto que es en el precio procedente de la venta en el que ejerce su derecho de preferencia; su derecho, lejos de ser desconocido, se encuentra realizado. Sucede á este respecto con el prendista privilegiado como con cualquier otro acreedor privilegiado ó hipotecario. El derecho real que grava las cosas afectas al privilegio ó hipoteca no impide que los acreedores no privilegiados ni hipotecarios promuevan: pueden perseguir la expropiación del deudor común, pero cuando se trate de distribuir el precio se abrirá una orden y en ésta los acreedores hipotecarios y privilegiados se pagarán de preferencia á los demás acreedores.

Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece contraria á esta doctrina admitida universalmente. La Corte ha confirmado una sentencia que pronuncia la nulidad de un embargo practicado por los acreedores, pero importa hacer constar en qué circunstancias había sido practicado el embargo. Los acreedores no se habían limitado á embargar las cosas empeñadas y á venderlas, habían recibido el precio de la venta sin pagar al prendista, ni siquiera ofrecerle pagar. Obrando así había violado el derecho del prendista, no su derecho de retención sino su privilegio; por este motivo fué anulado el embargo. La sentencia atacada formulaba mal el principio: decidía que poseyendo el acreedor una prenda no puede ya ser despojado por los acreedores posteriores del deudor ni por aquel á quien representan, sin haber sido previamente pagado. Esto es un error que la Corte de Casación ha corregido. El derecho de

retención y el privilegio mismo que pertenecen al prendista no impiden que los demás acreedores embarguen la cosa empeñada. No es el embargo el que, en el caso, había comprometido y violado el derecho del prendista; es el hecho, por parte de los acreedores embargantes, de haberse apropiado el precio de la venta; no había más que un medio eficaz de resguardar los derechos del acreedor prendista: era anular todo el procedimiento. (1)

503. Según el art. 2082 el acreedor conserva su derecho de retención hasta que el deudor haya pagado enteramente su deuda, para cuya seguridad le fué dada la prenda. La ley dice *pagar*; supone el caso ordinario siendo el pago la vía ordinaria de extinción de las obligaciones. Se entiende que si la deuda se extinguiera íntegramente por otra vía legal, tal como la compensación, el deudor podría promover la restitución; la prenda no puede sobrevivir á la deuda. Pero es necesario que la extinción de la deuda sea íntegra. El empeño es indivisible, así como la hipoteca; luego por tanto tiempo como una parte cualquiera de la deuda subsista el acreedor tiene el derecho de retener la prenda; así, si el deudor pagara el capital y los intereses no podría pedir la restitución de la prenda si existieran gastos no pagados. Esto resulta del mismo texto del art. 2083. En cuanto al principio de la indivisión el art. 2083 lo conagra con sus consecuencias habituales: «La prenda es indivisible no obstante la división de la deuda entre los herederos del deudor ó los del acreedor.» La ley no prevee el caso en que el acreedor recibiera un pago dividido del deudor, porque éste no tiene derecho de pagar su deuda por partes; si el acreedor consiente en recibir un pago parcial el empeño no dejará por esto de subsistir por el to-

1 Denegada, 31 de Julio de 1832 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 212). Compárese Pont, t. II, p. 659, núm. 1186.

do, puesto que garantiza el pago de toda la deuda; de modo que el acreedor no puede ser forzado á devolver la prenda mientras que la deuda no está íntegramente pagada.

Entre el acreedor y el deudor toda deuda es en principio indivisible; la división no se hace de derecho sino á la muerte de una de las partes contratantes. Si el deudor muere dejando varios herederos la deuda se divide de plano entre ellos; cada uno solo debe su parte y porción hereditaria en la deuda y se libera pagando esta porción; no obstante, dice el art. 2082, no puede pedir la restitución de su parte en la prenda; la ley supone que la cosa empeñada es divisible, lo que no impide el empeño de ser indivisible; de modo que el heredero no puede reclamar su parte en la prenda sino cuando la deuda está enteramente pagada.

La deuda se divide también activamente cuando el acreedor muere dejando varios herederos; cada uno sólo tiene derecho á su parte y porción hereditaria en el crédito; si la recibe su crédito queda extinguido y, no obstante, el empeño subsiste; el deudor no puede pedir la restitución de la prenda mientras no ha pagado enteramente la deuda; la prenda servirá en este caso para garantizar los derechos de los demás herederos. El art. 2083 dice que el heredero que recibió su parte en la deuda no puede entregar la prenda en perjuicio de aquellos de sus coherederos que no han sido pagados. Esta es una consecuencia del mismo principio. Mientras que la deuda no ha sido pagada íntegramente el empeño subsiste; no pertenece al heredero pagado renunciar al empeño; esto sería renunciar el derecho de un tercero, lo que no se puede.

El art. 2114 (Ley Hipotecaria, art. 41) dice que la hipoteca es por su *naturaleza* indivisible, lo que implica que no lo es por esencia. Lo mismo pasa con el empeño. La división tiene por objeto garantizar completamente los inte-

reses del acreedor hipotecario ó privilegiado, y la ley permite á las partes contratantes fijar sus intereses como lo quieran; pueden, pues, derogar el principio de la indivisión estipulando que el empeño sea divisible, ya sea entre el acreedor y el deudor en caso de pagos parciales, ya para con los herederos del deudor ó del acreedor. (1) Volvemos al principio en el título *De las Hipotecas*.

504. El derecho de retención no tiene lugar en principio más que para la garantía de la deuda para la que fué dada la prenda. Este principio recibe una excepción en el caso previsto por el segundo inciso del art. 2082. La ley supone que, posteriormente á la entrega de la prenda, el mismo deudor contrajo una nueva deuda con el mismo acreedor y que esta deuda se ha vuelto exigible antes del pago de la primera; en este caso el acreedor no podrá ser dispensado de la prenda antes que se le pague enteramente una y otra deuda, aunque no hubiera ninguna estipulación de que empeñara la prenda para el segundo pago. Los motivos de esta excepción han sido expuestos por el Orador del Gobierno; los vamos á transcribir. Es una justificación de la ley y una contestación á las objeciones que fueron hechas en el Consejo de Estado contra la disposición del proyecto que el Código consagró definitivamente. Tronchet decía que la convención de empeño no liga á las partes sino por la deuda en cuyo interés fué estipulado el empeño; extender el empeño á una nueva deuda para lo que no fué estipulado es agregar á las convenciones de las partes; haciéndolas aplicables á una deuda para la que no fueron hechas estas convenciones y extendiendo el derecho del acreedor se agrava la situación del deudor. Berlier contesta: Sin duda no se debe arbitrariamente agregar á los contratos, pero el

1 Una sentencia de la Corte de Casación de 18 de Diciembre de 1866 ha derogado el rigor de los principios. Véase la crítica en Pont, t. II, p. 668, número 1202.

legislador puede admitir como complemento natural de las convenciones lo que las partes han verosimilmente querido ellas mismas. Queda por probar que las partes, al contratar una nueva obligación, han entendido que la prenda dada para la primera no puede ser reclamada sino cuando el deudor había pagado enteramente ambas deudas. ¿Cuál es la situación de las partes? El acreedor prendista recibe una prenda para la primera deuda, lo que prueba que quiso tratar sólo bajo condición de garantía real. Una segunda deuda se contrata por el mismo deudor y con el mismo acreedor sin que haya un convenio formal de empeño. ¿Puede admitirse que el acreedor quiera tratar con el deudor sin garantía alguna? Nó, seguramente; si no estipuló que la prenda que detiene le serviría de garantía para la nueva deuda es porque creyó la estipulación inútil. En efecto, la nueva deuda se supone debe ser pagada antes que la primera ó al mismo tiempo; ¿no es natural pensar que el acreedor había contado con la prenda que posee para responder por una y otra deuda? Si tal es la intención del acreedor por su parte el deudor no puede quejarse de que se agrave su condición; las dos deudas son exigibles, tiene que pagarlas, y si cumple su obligación tendrá el derecho de reclamar la restitución de la prenda; ¿pero la equidad permite que no pague más que una deuda: la por la que dió la prenda cuando su acreedor no hubiera consentido en tratar con él si no hubiera contado con la eficacia de la prenda para la deuda? El Orador del Gobierno concluye diciendo que el proyecto nada tiene de conforme con la estricta equidad. (1)

Así la Exposición de los Motivos invoca la intención probable del acreedor y la equidad. El Relator del Tribunal se expresa en el mismo sentido. «La falta de estipulación, dice Gary, parece desde luego oponerse á que no se tome en seguridad de una deuda una prenda que no ha si-

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 7 (Loché t. VIII, p. 99).

do empeñada. Pero ya sea la *voluntad presumida* del acreedor ó la *equidad* que apoye la disposición del proyecto. (1) Es bueno hacer constar los motivos tales como los autores de la ley los han expuesto porque las palabras de Berlier y de Gary se han invocado en una controversia que expondremos más lejos. Cuando los motivos de los principios se pueden establecer con certeza serán para resolver todas las dificultades que la ley presenta en sus aplicaciones.

505. Los oradores que han explicado los motivos de la ley insistían en la situación particular en la que se encuentran las partes contratantes. Y en razón de esta situación encuentran la decisión de la ley justa y equitativa. Se deben, pues, analizar los diversos elementos que comprometieron al legislador á derogar la regla establecida por el primer inciso del art. 2082.

La ley supone que la deuda por la que no se estipuló ningún empeño fué contratada posteriormente á la entrega de la prenda dada por una deuda anterior. Si la primera deuda fué contratada sin prenda y que el acreedor exigía una prenda para una segunda deuda no puede comprender á la primera. Esto es una derogación del derecho romano; se explica si se tiene en cuenta la voluntad presumida del acreedor. Si primero trata sin estipular la prenda es que hay confianza en la persona del deudor, lo que excluye cualquiera idea de garantía real. Es verdad que á consecuencia y ocasionada por una deuda nueva exige un empeño, pero esto no puede retrotraer y valer de seguridad á una deuda para la que no se convino ninguna garantía; la situación de las partes está fijada á este respecto por una convención que reemplaza á la ley. Se necesitaría una nueva convención para que una deuda contraída sin empeño fuese asegurada por nueva estipulación de empeño. Si la intención del acreedor al tratar de nuevo con el deudor ha-

1 Gary, Informe núm. 9 (Loché t. VIII, p. 105).

bía sido estipular una garantía real para la primera deuda debiera haberlo dicho, pues se trata de modificar una ley contractual, lo que sólo se puede por un nuevo concurso de consentimientos.

506. El art. 2082 quiere en segundo lugar que la nueva deuda se haga exigible antes del pago de la primera. ¿Qué se entiende aquí por pago? ¿Es la época en que debe tener lugar el pago; es decir, cuando se hace exigible el pago de la deuda? Si la segunda deuda es exigible antes de la primera se explica no fácilmente por qué el empeño de la antigua se extiende á la nueva; la intención del acreedor ya no es dudosa en esta hipótesis: ha estipulado un plazo de pago más próximo precisamente porque contaba con la prenda de que era depositario posesor y de la que aún lo sería cuando la deuda nueva se hiciera exigible. Esta circunstancia explica por qué se ha juzgado inútil hacer una convención terminante de empeño en seguridad de la nueva deuda. Sucedería lo mismo si la segunda deuda se hiciera exigible en el plazo fijado para la primera. Los términos de la ley son aplicables y su espíritu no es dudoso. La Exposición de Motivos menciona con formalidad esta hipótesis. Al estipular que las dos deudas sean á la vez exigibles, el acreedor ha pensado que quedando detentor de la prenda hasta el momento en que el deudor deba pagar las dos deudas podrá retener la prenda en tanto que no se paguen las dos deudas.

Hay una segunda hipótesis que da lugar á alguna duda. La segunda deuda se estipuló exigible después de la primera, pero en el momento en que vence el plazo se encuentra no pagada la primera deuda: ¿podrá el acreedor retener la prenda por las dos deudas? El texto parece decidir la cuestión: en efecto, el art. 2082 prevee el caso en que la nueva deuda se haga exigible antes del pago de la primera; la ley no dice antes de que se haga exigible la primera; lo que es decisivo. Se objeta que el texto, entendido así, está

en oposición con la mente de la ley; ésta supone que la intención del acreedor es empeñar la prenda para las segunda deuda; lo que á la vez supone que la prenda subsiste cuando es pagable la deuda, y siendo exigible la primera antes que la segunda el acreedor se debe atener á que se le pague antes que ésta, y pagada la deuda se extingue con el empeño. Esto lo contesta la opinión generalmente seguida de que la disposición del segundo inciso del art. 2082 no sólo se funda en la suposición de un empeño tácito sino también por consideraciones de equidad. En definitiva, el espíritu de la ley deja una duda; y en caso de duda el texto debe prevalecer. (1)

507. Hay una tercera condición: el art. 2082 quiere que la nueva deuda sea contraída por el mismo deudor con respecto al mismo acreedor. Esta condición resulta de la naturaleza misma del derecho que la ley concede al acreedor: es una extensión del derecho de retención, y este derecho existe en provecho del acreedor á quien el deudor ha entregado una cosa en prenda; para que la cosa sirva de prenda á una nueva deuda se necesita naturalmente que la deuda nueva exista entre las mismas personas; es sólo bajo esta condición bajo la que se concibe el empeño tácito que la ley funda en la intención del acreedor y en la equidad en lo relativo al deudor. De aquí se sigue que el art. 2082 no sería aplicable si la segunda deuda hubiese sido contraída entre otras personas que las que fueron partes en la primera. Tal sería el caso en que la prenda la hubiese ministrado un tercero; éste es extraño á la segunda convención; su compromiso no pueda extenderse á una deuda para la que no entendió constituir el empeño. (2) Las aplicaciones del principio son tan evidentes que creemos inútil insistir en ellas. (3)

1 Durantón, t. XVIII, p. 626, núm. 548; Aubry y Rau, t. IV, p. 711, nota 2, pfo. 434. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 664, núm. 1195.

2 Lieja, 3 de Diciembre de 1865 [Pasicrisia, 1866, 2, 89].

3 Compárese Pont, t. II, p. 665, núms. 1196 y 1197 y los autores que cita.

508. Hemos supuesto al explicar el art. 2082 que la ley da al acreedor prendista el derecho de retención contra el deudor. Tal es también la opinión común. (1) Sin embargo, los autores modernos enseñan que el acreedor no sólo tiene el derecho de retención contra el deudor (sino también un privilegio que puede oponer á los terceros acreedores. (2) Es una de las nuevas opiniones que desde luego desecharíamos porquetiende á hacer un nuevo Código Civil, y en nuestro concepto el Código Napoleón vale más que el que los intérpretes quieren substituirle sin tener derecho para hacerlo. Hay una objeción invencible contra la interpretación que combatimos: el texto de la ley y su mente son tan claros como la letra. ¿De qué se trata en el segundo inciso del art. 2082? De una excepción establecida en el primer inciso. Y la excepción se refiere naturalmente al principio que deroga. ¿Qué dice el principio? Que el acreedor prendista tiene el derecho de retención; luego la excepción debe también referirse al derecho de retención; no dice ni palabra del privilegio del acreedor prendista en el primer inciso; y se quiere que el segundo, que extiende por excepción la disposición del primero á un caso que la regla no comprende, dé al acreedor un privilegio! Lo que es contrario á los más elementales principios de interpretación. Para que la excepción comprenda otra cosa además de la regla se necesitaría que el texto lo dijera terminantemente. ¿Es que el segundo inciso habla del privilegio? Ni una palabra; la ley dice que en la hipótesis que prevee «el acreedor no podrá ser obligado á *desposeerse de la prenda* antes de estar pagado completamente de una y de otra deuda.» Hé aquí qué es el derecho de retención y el privilegio. La ley extiende el derecho de retención á una deuda nueva: no concede al acreedor un privilegio para dicha nueva deuda. Una cosa

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 711, nota 4, pfo. 434 y los autores que citan.
2 Mourlón, Examen crítico, núm. 227. Pont, t. II, p. 665, núm. 1199.

es el privilegio y otra el derecho de retención; el primero se ejerce contra los terceros y da al acreedor un derecho de preferencia; el segundo se ejerce contra el deudor con respecto del que no se puede tratar de un derecho de preferencia. Hé aquí por qué el derecho de retención no está sometido á las formalidades prescriptas por los arts. 2074 y 2075 para el privilegio. ¡Y se quiere que sin el cumplimiento de dichas formalidades, sin una convención de empeño, sin una acta registrada, sin notificarla, si se trata de un crédito, el prendista tenga un privilegio contra los terceros! ¿No tenemos razón de decir que el Código Napoleón vale más que el que los intérpretes quieren colocar en su lugar? ¡Cómo! La ley exige condiciones rigurosas para que el deudor pueda oponer su privilegio á los terceros; y cuando se trata de un empeño tácito la ley olvidaría su previsión y solicitud dando al prendista un privilegio contra los terceros, sin ninguna garantía para ellos.

Se invoca el espíritu de la ley; mejor dicho, los trabajos preparatorios. La cuestión ha sido muy discutida por la Corte de Casación de Bélgica, desechando por una excelente sentencia la innovación que se le quería hacer que consagrara. La Corte dice que el art. 2082 no establece ni derecho de retención ni privilegio que se puedan oponer á los terceros, la ley se limita á conceder al acreedor un derecho de retención respecto al deudor. Basta con leer el texto para convencerse de que la palabra *privilegio* no se encuentra allí; para introducirla pretendía el recurso que el derecho de retención que consagra el art. 2082 puede ponerse á los terceros. La Corte contesta que semejante derecho sería un privilegio y que los privilegios no se establecen por vía de inducción; y los derechos de preferencia sólo pueden resultar de una disposición expresa de la ley porque sólo el legislador tiene el derecho para crearlos. Para refutar

por completo la doctrina defendida por el recursante la Corte de Casación se remonta al origen del derecho excepcional que el legislador ha consagrado. Se sabe que el Código Napoleón sólo reprodujo, con algunas modificaciones, una ley del Código de Justiniano conocida bajo el nombre de ley *Etiam*, y dicha ley disponía en términos absolutos que el derecho de retención que concedía al acreedor no tenía lugar con respecto á un segundo acreedor. Basada en la equidad la ley romana permitía al prendista no contestar la demanda en restitución de la prenda por excepción de dolo; y esta excepción, personal por naturaleza, no puede oponerse á los acreedores que promoviendo contra los bienes de su deudor no hacen más que ejercer su derecho. La Corte de Casación invoca aún el Informe de Gary, que asimila el derecho de retención del art. 2082, 2.º inciso, á un embargo precautorio que el acreedor hace él mismo: lo que excluye cualquiera idea de derecho de preferencia. Así, pues, el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto para condenar una interpretación que no tiene base ni en la tradición ni en el texto ni el espíritu de la ley. (1) Hay una sentencia posterior de la Corte de Bruselas en el mismo sentido; creemos inútil analizarla; la Corte reproduce solamente, con muchos esfuerzos, los argumentos que hemos hecho valer. (2)

§ III.—DERECHO DE VENTA.

509. La prenda es una garantía estipulada por el acreedor para asegurar el pago de la deuda. ¿En qué consiste dicha garantía? El art. 2073 la explica: si el deudor no paga el acreedor tiene el derecho de hacerse pagar con la cosa que se le dió en prenda de preferencia á los demás acreedo-

1 Denegada, 26 de Abril de 1872, en el Informe de Girardin (Pasicrisia, 1872, 1, 244).

2 Bruselas, 22 de Julio de 1872 (Pasicrisia, 1872, 2, 314).

res. Queda por saber cómo el acreedor se puede hacer pagar con la cosa empeñada. El art. 2078 contesta á la cuestión: «El acreedor no puede, por falta de pago, disponer de la prenda, salvo el caso que por orden judicial le quede dicha prenda en pago hasta concurrencia de lo que se le debe y después de avalúo por peritos ó que se vendiera en subastas.

El acreedor no puede disponer de la prenda apropiándosela, sólo tiene derecho á ser pagado con la prenda, del mismo modo que el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacerse pagar con el inmueble hipotecado; pero ni el acreedor prendista ni el acreedor hipotecario se pueden apropiar la cosa. La ley no lo dice para el acreedor hipotecario, ¿por qué lo dice para el acreedor prendista? El Orador del Gobierno da la razón en la Exposición de Motivos. De ordinario el valor de la prenda es superior al monto de la deuda, lo que no tiene inconveniente si el deudor paga y retira la prenda; pero se presentaría un gran peligro si la prenda se hiciere de la propiedad del acreedor por falta de pago. El deudor, obligado por la necesidad y con la esperanza de poder sacar la prenda pagando la deuda, empeña una cosa cuyo valor es mayor que la deuda; después se encuentra en la imposibilidad de pagar: así es como, dice Pothier, un objeto de valor sirve para pagar una deuda pequeña. ¿Qué resulta? Que el empeño enriquece al acreedor y arruina al deudor. Hé aquí lo que la ley ha querido evitar. El empeño es un contrato favorable en tanto que procura crédito al deudor ofreciendo al acreedor una garantía para la ejecución del compromiso: se convierte en odioso y contrario al orden público si favorece la explotación de la miseria por la codicia. (1)

510. El acreedor prendista debe dirigirse á la justicia para que ordene que la prenda quede en pago ó que se ven-

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 6 [Loché, t. VIII, p. 99].

da en remate público. ¿Por qué interviene la justicia? Esta es una garantía para el deudor: la intención del juez impedirá al acreedor apropiarse la prenda. Se ha objetado que la garantía podría llegar á ser perjudicial á aquel en cuyo interés se estableció: no se pide justicia sin gastos, y es el deudor el que los carga. El Crador del Gobierno contesta que si el principio es bueno se debe admitir, salvo vigilar que el recurso forzoso á la justicia sea sencillo y poco dispendioso: esto, dice Berlier, no estará descuidado en el Código de Procedimientos. La esperanza no se realizó, lo que es uno de los grandes vicios de nuestra legislación, pues la justicia que arruina á los que la piden no es justicia.

¿En qué sentido interviene? El juez ordena que la prenda quedará al acreedor en pago de lo que se le debe ó que se rematará. ¿Significa esto que el juez decidirá si deberá venderse ó deberá quedarse al acreedor? El Relator del Tribunalado parece dar este poder al juez. Dice: «Si la prenda es de un valor tan pequeño que sea absorbido por los gastos del remate los jueces se conformarán con el avalúo.» Se ha concluído que correspondía á la justicia ordenar lo que le parezca más ventajoso en interés del deudor. (1) No es esta la misión de los tribunales: no intervienen para resguardar los intereses; esto es el objeto de la jurisdicción voluntaria: la contenciosa, de que los jueces están investidos, decide las cuestiones de derecho aceptando ó desechando las conclusiones del demandante. Toca, pues, al acreedor ver lo que tiene interés en pedir, que la cosa sólo quede en pago ó que se remate: y el juez debe ordenar lo que el demandante pide. Si interviene la justicia es únicamente para impedir que el acreedor se apropie la cosa. El mismo derecho que el art. 2078 concede al acreedor prueba que á él le toca elegir lo que deba pedir. Puede pedir á la

1 Gary, Informe núm. 11 (Leocré, t. VIII, p. 165). Durantón, t. XVIII, página 613, núm. 536.

justicia que la prenda se le quede en pago de lo que se le debe: en este caso se convierte en propietario de la cosa; y ¿se concibe que se convierta en propietario contra su voluntad? Esto es, sin embargo, lo que sucedería si el acreedor pidiese el remate y que el juez decidiera que la cosa se le quedara en pago; lo que no es admisible. (1)

511. El acreedor puede pedir: primero, que la prenda se le quede en pago hasta concurrencia de lo debido, lo que implica la necesidad de un avalúo: el art. 2078 quiere que se haga por peritos. Sin embargo, se ha juzgado que el tribunal mismo podría valuar. En la especie se trataba de acciones negociables en la Bolsa: el tribunal decidió que se le quedarían al acreedor por un valor determinado por cotización pública de la Bolsa. Una pericia en esas circunstancias hubiera sido inútil y, por tanto, frustratoria.

Además, es de principio que los jueces son peritos de derecho; aun cuando la ley ordena una pericia es para esclarecer la conciencia del juez: si el juez se halla suficientemente instruido ¿por qué recurre á los peritos que no pueden llevar ninguna ley en el debate? La Corte de Casación agrega que sólo sería de otro modo en el caso de que una disposición expresa de la ley obligara al juez á una prueba pericial, y el art. 2078 dispone en los términos del derecho común: es cierto que el juez no estará ligado por la opinión de los peritos: el juez puede, pues, decidir sin ordenar que se nombren peritos. Esto también está fundado en razón: se quejan de los gastos que origina la intervención de la justicia: la queja sería más que legítima si ordenara medidas de instrucción sin utilidad ninguna. (2)

512. El acreedor puede también pedir que la prenda se venda en remate; es decir, con publicidad y competencia,

1 Pont, t. II, p. 636, núm. 1146. Aubry y Rau, t. IV, p. 712, nota 7, párrafo 434. Massé y Vergé acerca de Zachariae, t. V, p. 110, nota 8.

2 Casación, 1.º de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 274). Compárese Denegada, 4 de Abril de 1866 [Dalloz, 1867, 1, 33].

lo que es una garantía para el deudor que se venda la cosa en su verdadero valor ¿Basta que la venta se haga en subasta pública? Se enseña que la venta debe hacerse conforme á las formas establecidas para el embargo. (1) Se ha juzgado en sentido contrario que las disposiciones del Código de Procedimientos sobre el embargo no son aplicables á la venta de la prenda. En efecto, ninguna ley las prescribe en materia de empeño; el art. 2074 sólo exige la publicidad y el Código de Procedimientos supone una venta forzada y por embargo. Y la venta de la prenda no es forzada no hay embargo. En la especie juzgada por la Corte de Lieja se trataba de un vino dado en empeño; dicho vino se hallaba en el depósito de Verviérs. El acreedor procedió á la venta por intervención de un diligenciario, con publicidad, y observando las formalidades de costumbre en las ventas de mercancías que se hallan en depósito. La venta hecha con dichas formas fué validada. Creemos que la Corte juzgó bien. (2)

¿Se necesita que el acreedor obtenga la autorización judicial para proceder á la venta ó pueden convenir las partes que si no paga el deudor el acreedor tendrá el derecho de vender la prenda en remate sin estar obligado á pedir el permiso judicial? Se enseña, fundándose en la tradición, que esta convención sería válida, y se agrega que sería inútil si el acreedor tuviera un título ejecutorio. En teoría seríamos de esta opinión, pero se trata de saber lo que quiere la ley, y el art. 2078 es terminante, quiere que el remate sea ordenado judicialmente; y la ley agrega que toda cláusula que autorizara al acreedor á disponer de la prenda sin estas formalidades es nula, y la intervención de la justicia es una de esas formalidades. Sin duda el acreedor que tiene un título ejecutorio no debe dirigirse á la justicia, pue-

1 Pont, t. II, p. 638, núm. 1149.

2 Lieja, 16 de Febrero de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 20).

de embargar y vender los bienes del deudor; pero en la especie no se trataba de embargo ni de venta forzada; el artículo 2078 contiene una disposición especial para el caso en que una prenda deba ser vendida; la ley exige en este caso una orden judicial para garantizar los derechos del deudor; la cuestión se reduce, pues, á saber si el deudor puede renunciar á una garantía que le da la ley; y la ley decide la cuestión, puesto que anula las cláusulas que deroguen estas disposiciones.

513. La aplicación del art. 2078 ha levantado otra dificultad. Se pregunta si el acreedor puede hacerse adjudicatario. La solución depende del punto de saber si el art. 1596 es aplicable al acreedor prendista. En los términos de esta disposición "no pueden hacerse adjudicatarios, bajo pena de nulidad, los mandatarios de los bienes que tienen encargo de vender." ¿El acreedor prendista que hace vender la prenda es mandatario del deudor? Nó, en nuestro concepto; no es más mandatario que cualquier acreedor que hace que venda los bienes de su deudor; es en su nombre propio en el que obra y no en nombre del deudor; es cierto que la cosa vendida es de aquél, pero esto no basta para que el acreedor sea mandatario. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Lieja; la Corte dice muy bien que el acreedor, á diferencia del mandatario, está interesado en pujar con el objeto de vender la cosa en su verdadero valor; valor que aprovecha, puesto que tiene un privilegio en el precio. (1) La Corte de Casación se ha pronunciado por la opinión contraria, pero sin motivar su decisión. (2)

514. La venta de los valores cotejados en la Bolsa no se hace por puja sino en la Bolsa ó con el ministerio de un agente de cambio. Hay acerca de este punto una legislación es-

1 Lieja, 16 de Enero de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 20).

2 Denegada, 7 de Diciembre de 1852 [Daloz, 1853, 1, 35] Pont, t. II, página 638, núm. 1149.

pecial que deroga la regla general del art. 2078. (1) La Corte de Casación de Bélgica lo decidió así: dice muy bien que la venta en la Bolsa es más ventajosa á las partes y llena, por consiguiente, mejor el objeto de la ley que una venta de remate. (2) La jurisprudencia francesa está en el mismo sentido. (3)

Pero la legislación especial no deroga el art. 2078 más que en lo relativo á las formas de la venta, pero no en la necesidad de una orden judicial; en este punto el Código Civil es absoluto, siempre se necesita una sentencia que autorice la venta, cualesquiera que sean las formas en las que se haga la venta. La Corte de Lieja anuló una venta de acciones hecha en la Bolsa por el acreedor sin que tuviese autorización del tribunal. (4)

515. El art. 2078 no dice quién carga los gastos de la causa y de la venta ó de la pericia si há lugar á esto. En principio los gastos son á cargo de aquel que los ocasiona; luego en la especie del deudor, puesto que es porque no paga por lo que el acreedor está obligado á pedir justicia. La Corte de Bruselas lo juzgó así. Se hacía una objeción muy especiosa en favor del deudor. El acreedor demandó al deudor; éste se opuso á las conclusiones del demandante; el tribunal, oyendo al acreedor, condenó al deudor á las costas. Apelación. No obstanté, el deudor sostuvo que no podía ser condenado á las costas, visto que no había contestado la demanda formulada á su cargo. La Corte de Bruselas confirmó la sentencia fundándose, por una parte, en la obligación que impone la ley al acreedor que haya ordenado la venta en justicia y, por otra parte, por falta de apoyo del deudor que había hecho la instancia necesaria.

1 Ley de 4 Marzo de 1806, decreto de 25 de Septiembre de 1806, opinión del Consejo de Estado de 17 de Noviembre de 1807 y 11 de Enero de 1808, Código de Comercio, art. 76.

2 Denegada, 18 de Febrero de 1835 (Pasicrisia, 1835, 1, 31).

3 París, 13 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 93).

4 Lieja, 5 de Enero de 1854 (Pasicrisia, 1854, 2, 150).

516. El art. 2078 da al acreedor el derecho de hacer vender la prenda por falta de pago. ¿Qué debe decidirse si el acreedor no usa de este derecho? ¿El deudor podría obligar á ello al vendedor? La Corte de Burdeos se pronunció en favor del acreedor, y creemos que resolvió bien. ¿Cuál es el objeto del contrato de empeño? Es una garantía para el acreedor. La garantía consiste, primero, en el privilegio que tiene para con los demás acreedores, lo que implica la venta de la prenda. El acreedor tiene también otro derecho: es el de retener la cosa hasta que se le pague íntegramente. Si el derecho de retención basta para garantizar los intereses del acreedor; el deudor no tiene el derecho de obligarle á vender; sólo tiene un medio para obtener la restitución de la prenda es el de pagar. Mientras que no paga el acreedor conserva su derecho de retención. Se objeta en interés del deudor que esta doctrina conduce á perpetuar el empeño si el deudor se encuentra en la imposibilidad de pagar su deuda. La Corte de Bruselas contesta que nada impide que el deudor venda los objetos que posee el acreedor y pagar á éste con el precio de la venta. Sin embargo, la Corte confiesa que la venta de los objetos detenidos por el acreedor prendista tiene sus dificultades. (1) Hay en esto un conflicto de derecho y de intereses que el legislador no ha previsto porque se presentan pocas veces. Es un vacío que señalamos al legislador.

517. Es aplicable el art. 2078 en materia de comercio. Bajo el imperio del Código de Comercio la cuestión estaba controvertida. La ley de 5 de Mayo de 1872 ha mantenido el principio del Código en lo relativo á la apropiación de la prenda. Según el art. 10 cualquiera cláusula que autorizare al acreedor á apropiarse la prenda ó á disponer de ella sin las formalidades legales es nula. Pero la nueva ley

1 Bruselas, 6 de Noviembre de 1858 (Pasicrisia, 1859, 2, 5).

deroga el Código Civil en cuanto á las formalidades que deben observarse para la realización de la prenda; el art. 4 dice así: "A falta de pago al vencimiento del crédito garantizado por la prenda el acreedor puede, después de un apremio notificado al deudor y al tercer dador de prenda, si lo hay, y dirigiéndose por demanda al Presidente del Tribunal de Comercio, obtener la autorización para que se venda la prenda, ya sea públicamente, ya privadamente, á elección del Presidente y la persona que lo pide." La ley permite al deudor formar oposición al mandamiento del Presidente; trasladamos acerca de este punto al texto, no entrando la materia en el cuadro de nuestro trabajo. (1)

La ley de 1872 deroga el Código Civil no sólo en lo relativo á las formas según las que puede ó debe ser hecha la venta de la prenda sino que quita al acreedor un derecho que le daba el art. 2078: el de pedir que la cosa empeñada se le quedara en pago de lo que se le debe, según un avalúo hecho por peritos. Esto fué sentenciado así por la Corte de Gante, y acerca de este punto no hay duda. (2) Pero hacemos nuestras reservas acerca de la aplicación que la Corte hizo de la nueva ley á un contrato de empeño pasado bajo el imperio de la ley antigua. Se decía en el acta que el acreedor podría, á falta de pago, usar de los derechos que le da el art. 2078. La Corte sentenció que esta cláusula sólo se refería á la ejecución del contrato y que el modo de ejecución de un contrato está siempre regido por la nueva ley sin que el acreedor pueda prevalecerse de la antigua como de un derecho adquirido. Esto es muy absoluto; trasladamos, en cuanto al principio, á lo dicho acerca del artículo 2 (t. I, núms. 227-231).

518. El art. 2078 agrega una sanción á la prohibición

1 Compárese, acerca de la legislación francesa, Pont, t. II, p. 641, números 1152-1154. Aix, 25 de Marzo de 1874 (Dalloz, 1875, 2, 112).

2 Gante, 6 de Febrero de 1875 (Pasieria, 1875, 2, 183).

que pronuncia: "Toda cláusula que autorizaré al acreedor á apropiarse de la prenda ó disponer de ella sin las formalidades ya citadas es nula." No está, pues, permitido al deudor renunciar las garantías que la ley establece en su favor. Estas garantías tienen por objeto proteger la miseria contra la avaricia de los usureros; las necesidades que obligan al deudor á pedir prestado sobre prenda lo hubieran obligado también á sufrir la ley del acreedor; así el pacto comisorio ya reprobado por las leyes romanas se hubiera vuelto una cláusula de estilo. (1) La ley no podía, pues, admitir renuncia en esta materia, puesto que el deudor no goza de su entera libertad.

No debe, sin embargo, inducirse del art. 2078 que toda clase de cláusula relativa á la disposición de la prenda está prohibida. La ley deroga el derecho común que permite á las partes fijar sus intereses como gastos; (2) es, pues, de estricta interpretación. ¿Cuáles son las cláusulas del Código que la ley entendió prohibir? Desde luego la cláusula que autorizaría al acreedor á apropiarse de la prenda. El acreedor puede pedir que la prenda se le quede, pero tiene que pedirlo al juez y que el valor de la cosa sea determinado judicialmente. El art. 2078 prohíbe también y anula la cláusula que permitiera al acreedor disponer de la cosa sin las formalidades legales; puede disponer de ella provocando la venta en subasta, lo que es una garantía para el deudor; no lo puede sin esta garantía y se necesita, además, que la venta esté autorizada por el juez.

Acerca de la necesidad de la intervención del juez hay controversia. Merlin y Troplong han sostenido que las partes podían estipular que la venta se haría sin autorización del juez, siempre que tuviera lugar en subastas. Invocan la

1 Gary, Informe núm. 11 (Loché, t. VIII, p. 105).

2 Véanse las discusiones que tuvieron lugar en el Consejo de Estado, sesión de 10 Ventoso, año XII, núm. 10 (Loché, t. VIII, p. 93).

tradición. Si se consultara el Código antes de consultar la tradición!.... Esta queda abolida, sólo es ya historia. La cuestión se ha presentado ante la Corte de Lieja; el órgano del Ministerio Público, M. Beltjens, uno de nuestros mejores jurisconsultos, se expresó en términos severos acerca de la interpretación que los autores daban al art. 2078: hay que creer, dijo, que Merlin no tenía el texto á la vista cuando afirmó que la ley permitía estipular que el acreedor podría mandar vender la prenda; la ley dice muy terminantemente lo contrario. En cuanto á Troplong encuentra bueno partir la ley; la aplica en lo relativo á la necesidad de vender en subasta y no la aplica en lo que se refiere á la necesidad de la autorización del juez. ¿Quién le autoriza á partir la ley, lo que conduce á legitimar lo que la ley prohíbe? El juez, dice, hubiera estado obligado á autorizar la venta á pedimento del acreedor; las partes sólo hacen, pues, lo que el juez hubiera tenido que hacer en su lugar; la única cosa que importa al deudor es que la venta se haga en subastas. Esto no es exacto; el texto del artículo 2078 es terminante, y esto debiera ser suficiente. El espíritu de la ley está también en favor del deudor. En efecto, la intervención de la justicia es una garantía para él; el juez no está obligado á autorizar la venta inmediata, puede conceder un plazo al deudor; puede también negarse á la venta si la cláusula tiende indirectamente á quitar al acreedor el beneficio de las formas legales ó á permitir al acreedor apropiarse la prenda. La ley presenta garantías y quiere que el juez intervenga para asegurar estas garantías. La Corte de Lieja se pronunció en este sentido. (1)

519. La ley dice: "Toda cláusula es nula." Esto supone una cláusula de la convención de empeño; por consiguiente, una cláusula fijada en el momento en que se forma el con-

1. Lieja, 29 de Mayo de 1852 y la Requisitoria de Bélgica (Pasiorisís, 1852, 2, 413).

trato. Es, en efecto, en aquel momento en el que el deudor sufre la ley del acreedor y que está obligado á consentir todas las condiciones que éste le impone. ¿Debe concluirse de esto que si posteriormente al contrato de empeño interviniera una convención por la que el acreedor estuviera autorizado á apropiarse la prenda ó á disponer de ella sin las formalidades legales la convención sería válida? Se enseña que la convención sería nula si interviniera antes del vencimiento de la deuda, porque, se dice, el deudor, aunque haya recibido el dinero que necesitaba, está todavía bajo la dependencia de su acreedor; éste podría usar del rigor en la ejecución del contrato. (1) Hay algo de verdad en esta consideración; pero no tiene por efecto extender una nulidad, lo que conduce á crearla? Nos parece que sería más jurídico sentar en principio que las convenciones posteriores al empeño son válidas, á no ser que estén hechas en fraude de la ley; es decir, que serían nulas si fueran fijadas cuando la entrega de la prenda; si para escapar á la nulidad hubieran sido redactadas posteriormente en este caso se podría decir en realidad que son cláusulas del contrato de empeño. Se entiende, además, que el deudor que consintiera una convención que la ley prohíbe fuera del empeño estaría admitido á probar que su voluntad fué libre. Este es el derecho común; el art. 2078 deroga el derecho común presumiendo que el deudor ha sufrido una prisión moral. Esta presunción, nos parece, no puede ser extendida más allá de los términos de la ley.

520. Se enseña generalmente que la venta consentida posteriormente al contrato, por el deudor al acreedor, aun antes del vencimiento de la deuda, es válida aunque tenga por efecto transmitir la propiedad de la prenda al acreedor. ¿Esta doctrina no está en oposición con la que acabamos de combatir? La venta que se declara válida es también una

1 Troplong, contra Bartole, núm. 386, y Pont, t. II, p. 645, núm. 1157.

convención cuyo efecto es que el acreedor se apropie de la prenda; está consentida, lo suponemos, en un momento en que el deudor no tenía su entera libertad, puesto que está aún ligado por su compromiso. Luego tendría que decirse que la venta es nula. Sin embargo, se está de acuerdo en declararla válida. ¿Por qué? En el Consejo de Estado se ha dicho que en este caso la libertad de las convenciones debía decirlo; pero se debe decir otro tanto de todas las convenciones que intervienen entre las partes después del contrato de empeño? Se conviene, además, que tanto la venta como cualquiera otra convención no pueden ser contraídas libremente por el deudor; pero la ley no entendió prohibir toda especie de convención á las partes. Esto quiere decir que la libertad queda del derecho común y que la prohibición forma la excepción. (1) Lo que es nuestra opinión.

La jurisprudencia se pronunció en el mismo sentido. Cuando, posteriormente al contrato de prenda, el deudor vende la prenda al acreedor, paga en realidad su deuda bajo la forma de una acción en pago; y la ley no prohíbe al deudor liberarse dando la prenda en pago de lo que debe; lo que es decisivo. (2)

521. Por idéntica razón, se admite que el deudor puede, posteriormente al contrato de empeño, autorizar al acreedor á vender la cosa empeñada á un tercero. Es verdad que esto conduce á permitir al acreedor disponer de la cosa empeñada sin las formalidades legales; pero se dice que la prohibición del art. 2078 se refiere únicamente á la autorización que se diera al acreedor cuando el contrato y en el acta misma de empeño. En nuestra opinión (núm. 519) esto no tiene duda; es la aplicación del principio de la libertad

1 Durantón, t. XVIII, p. 615, núm. 537. Aubry y Rau, t. IV, p. 712, nota 10, pfo. 434. Pont, t. II, p. 647, núm. 1162.

2 Denegada, 31 de Mayo de 1855 [Dalloz, 1855, 1, 279] y 22 de Mayo de 1855 [Dalloz, 1856, 1, 171]. Corte de Casación de Bélgica, Denegada, 4 de Marzo de 1865 (Pasiorisia, 1865, 1, 211).

de la convención: Pero en lo que se extiende la defensa de la ley á las convenciones posteriores hay evidente inconsecuencia. La jurisprudencia se pronunció, en la especie, por la libertad de convenciones. (1) Se lee en una sentencia de la Corte de Bruselas que la autorización para vender no está en oposición con el art. 2078, porque esta autorización no es una cláusula de empeño sino un hecho posterior; y que este hecho, no habiendo sido opuesto en tiempo en que el deudor se encontraba bajo la influencia y en la directa dependencia del acreedor, no cae en la prohibición de la ley. (2) Esto es muy cierto, pero los motivos se aplican idénticamente á toda convención posterior al acta de empeño; luego deben ser válidas, exceptuado siempre el fraude.

522. La jurisprudencia es algunas veces favorable á la libertad de las convenciones. Un deudor empeña un crédito á su acreedor; lo autoriza, en caso de no pagarle, á percibir directamente el monto del crédito por simple recibo. ¿Es válida esta convención? La Corte de Lieja se pronunció por la validez decidiendo que no era un empeño sino una donación en pago ó una cesión del crédito, consentida con condición. (3) Nos parece que esto es violar el art. 2078. Las partes no entendían vender, habían declarado dar y recibir un crédito en empeño, lo que es tan cierto que si el deudor hubiese pagado la deuda el acreedor no hubiera tenido ningún derecho en el crédito. Sin duda, se dice, pero esto no impide que hubiese habido una venta condicional. Nosotros contestamos que es precisamente esta venta condicional la que el art. 2078 prohíbe. En efecto, la cláusula que autoriza al acreedor á apropiarse la prenda podría también calificarse de venta condicional, no teniendo lugar la apropiación más que cuando el deudor no paga. La ley prohíbe es-

1 Denegada, 25 de Marzo de 1855 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, número 265).

2 Bruselas, 21 de Marzo de 1861 (Pasiorisia, 1862, 2, 50).

3 Lieja, 27 de Febrero de 1841 (Pasiorisia, 1841, 2, 302).

ta apropiación condicional consentida cuando el contrato, porque presume que el deudor no la consiente libremente. Si las partes pudieran hacer bajo forma de venta lo que la ley les prohíbe hacer bajo forma de apropiación nada sería tan fácil como eludir la prohibición del art. 2078; mejor dicho, la ley permitiría hacer indirectamente lo que prohíbe directamente.

§ IV.—OBLIGACIONES DEL ACREEDOR

523. El acreedor está obligado á restituir la cosa empeñada cuando el deudor ha pagado completamente la deuda por la que se dió la prenda (art. 2082). Es, pues, deudor de la cosa que se le empeñó y, como tal, debe conservarla con los cuidados de un buen padre de familia. Esto es lo que dice el art. 2080: «El acreedor responde de que, según las reglas establecidas en el título de los *Contratos ó de las obligaciones convencionales en general*, de la pérdida ó deterioro de la prenda que ocurriera por su descuido.»

524. Hay diferentes grados de culpa: ¿De cuál es responsable el acreedor prendista? El artículo que acabamos de transcribir contesta la pregunta trasladándose á las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones*. Y el art. 1137 obliga á todo deudor de un cuerpo cierto á vigilar la conservación de la cosa con los cuidados de un buen padre de familia, lo que quiere decir, en el lenguaje tradicional, que el acreedor prendista es responsable de la falta ligera. Hay excepciones á la regla y se ha pretendido que una de esas excepciones se aplicaba al acreedor prendista. El art. 2079 dice que la prenda no es en manos del acreedor más que un depósito que asegura su privilegio; y en los términos del art. 1927 el depositario sólo debe tener en la conservación de la cosa depositada los cuidados que tendría con las cosas que le pertenezcan. Luego, dice Zachariæ, el prendista

sólo responde de la culpa llamada ligera *in concreto*. Hé aquí un ejemplo de la interpretación mecánica y de la aplicación ininteligente de los principios, que desechamos con todas nuestras fuerzas, aunque prediquemos en cada ocasión el respeto al texto, pero lo respetamos en su verdadero sentido. Asimilando el empeño á un depósito el legislador lo que verdaderamente ha querido decir es que el acreedor prendista no estaría obligado con los cargos del depositario en lo relativo al guardado de la cosa. ¿Por qué el depositario responde por una falta menor á la que están obligados á responder los deudores en general? Es porque presta un servicio gratuito. ¿Qué el acreedor prendista presta un servicio gratuito al deudor guardando la cosa empeñada? La convención de empeño se hace en favor del acreedor tanto como en el del deudor; es decir, que el acreedor queda bajo el imperio del derecho común, puesto que la excepción no le es aplicable. Esta es también la opinión geaeral. (1)

525. El deudor tiene una acción en restitución de la prenda, y si el acreedor no presta la prenda una acción en indemnización, suponiendo culpable al acreedor. ¿Cuál es la duración de esta acción? Es una acción personal, luego está sometida á la prescripción ordinaria de treinta años. Dicha prescripción comienza á correr desde el día en que el deudor ha pagado la deuda. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 2257, sobre el que trataremos en el título sitio de la materia. En tanto que el deudor no ha pagado no tiene el derecho de promover; su acción está, pues, subordinada á una condición; por consecuencia, la prescripción no corre mientras no ocurra la condición. Se objeta que el deudor tiene la acción en reivindicación y que dicha acción es imprescriptible, puesto que el acreedor, siendo poseedor precario, no prescribe jamás, por cualquier lapso

1 Pont, t. II, p. 651, núm. 1152 y los autores que cita.

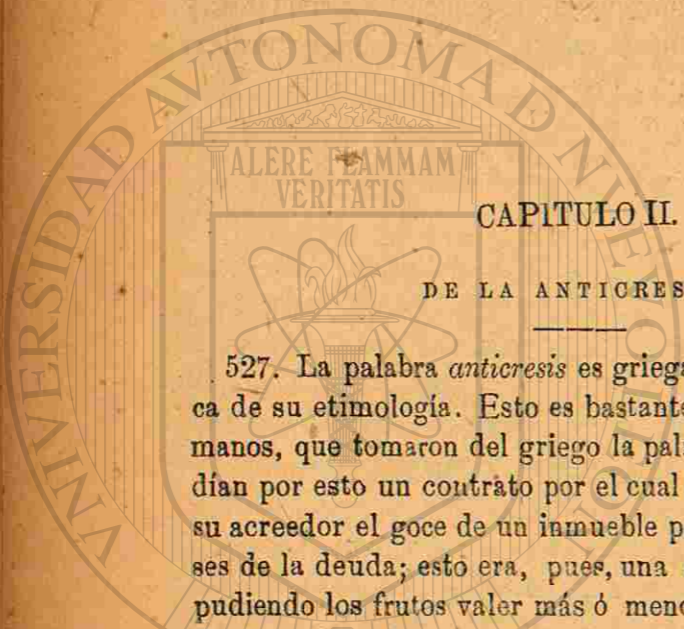
de tiempo que sea (art. 2236). Contestaremos que la acción del deudor no es una acción en reivindicación, puesto que no se reivindican las cosas muebles, salvo cuando se trata de cosas robadas ó perdidas; por otra parte, el acreedor deja de ser poseedor precario cuando la deuda está pagada en el sentido de que precariamente la posesión no puede ser establecida; sólo podría serlo por la acción en restitución que nace del empeño, y hemos supuesto que esta acción está prescripta. (1)

526. "Por su parte, dice el art. 2080, el deudor debe tener en cuenta al acreedor los gastos útiles y necesarios que ha hecho para conservar la cosa." Esta disposición está mal redactada. Confunde los gastos necesarios y los útiles que están regidos por diferentes principios. Todo detentor de una cosa está obligado á conservarla y, por consiguiente, á hacer los gastos necesarios para conservarla, sin los que perecería ó se deterioraría. Obligado á anticipar el acreedor prendista tiene naturalmente una acción en indemnización para el monto total del gasto; la ley le da hasta un privilegio para aceptar el pago del crédito (art. 2102, núm. 3; Ley Hipotecaria, art. 20, núm. 4). No pasa lo mismo con los gastos útiles que se hacen para mejorar la cosa. En principio habría que decidir que el acreedor prendista no tiene el derecho de hacer mejoras; debe limitarse á conservar la cosa para devolverla tal cual la recibió. Sin embargo, la ley le da el derecho de repetir los gastos útiles; lo que quiere decir que los puede repetir en tanto que son útiles al deudor. La ley no da privilegio para los gastos útiles hechos en una cosa mueble. Esta es la opinión de todos los autores. (2) Se dijera en vano que la ley no distingue entre los

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 714, nota 2, pfo. 435 y las autoridades que citan. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 649, núm. 1166.

2 Durantón, t. XVIII, p. 619, núm. 542. Aubry y Rau, t. IV, p. 713, nota 14, pfo. 434. Pont, t. II, p. 652, núm. 1173.

gastos útiles y los gastos necesarios y que no está permitido al intérprete introducir en la ley una distinción que no existe en ella. Esto sería también una interpretación mecánica; hay que distinguir cuando lo exigen los principios; y en el caso la distinción se manda por la misma naturaleza de los gastos.



CAPITULO II.

DE LA ANTICRESIS.

527. La palabra *anticresis* es griega; hay disputas acerca de su etimología. Esto es bastante indiferente. Los romanos, que tomaron del griego la palabra y la cosa, entendían por esto un contrato por el cual el deudor abandona á su acreedor el goce de un inmueble para suplir los intereses de la deuda; esto era, pues, una convención aleatoria, pudiendo los frutos valer más ó menos que los intereses. En la jurisprudencia antigua la anticresis cambió de naturaleza; el acreedor sólo adquiría la facultad de percibir los frutos, á cargo de imputarlos anualmente á los intereses, si se le debían, y luego en el capital del crédito. El contrato así modificado no era muy usado sino en los países de derecho escrito y en la jurisdicción del Parlamento de París. Los autores del Código no lo habían mentado en el primer proyecto. En efecto, la hipoteca es generalmente más ventajosa; deja al deudor la posesión del inmueble y da al acreedor un derecho real que puede hacer valer contra los terceros; mientras que la anticresis despoja al deudor de la posesión y no da al acreedor un verdadero derecho real. Pero el poder de la tradición es grande en nuestra ciencia. Las cortes de apelación, á las que el proyecto de Código Civil fué sometido, señalaron el vacío y pidieron que se lle-

nara. Se satisfizo el pedimento. La anticresis, decía la Corte de Burdeos, ofrece al deudor que sólo tiene inmuebles facilidades de liberarse, dándolos en prenda á su acreedor, el que se paga con los productos. El Relator del Tribunal agrega: "Todo cuanto tiende á facilitar las convenciones, á multiplicar y asegurar los medios de liberación es útil á la sociedad y sirve á la vez á los acreedores y á los deudores. La anticresis merecía, pues, figurar en el Código Civil." (1)

528. El art. 2085 define la anticresis en estos términos: "El acreedor *no adquiere* por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente á los intereses, si se le deben, y después en el capital de su crédito." Comparando esta definición con la que el art. 2073 da del empeño se ve que la diferencia es grande entre el empeño de una cosa inmobiliar y el empeño de una cosa mueble. "La prenda confiere al acreedor el derecho de hacer que le paguen de la cosa empeñada, con privilegio y preferencia á los demás acreedores." El art. 2085 no habla de un derecho de preferencia, y como está concebido en términos restrictivos debe concluirse que el acreedor anticresístico no tiene este privilegio; por tanto, no un derecho real. Este último punto está controvertido; volveremos á él. El único objeto y solo efecto de la anticresis es ofrecer al deudor que sólo tiene inmuebles un medio fácil para liberarse, abandonando al acreedor el goce de un inmueble. Hay, sin embargo, respecto de otros puntos, analogías entre el empeño y la anticresis. Son dos especies de empeño; la definición que el artículo 2071 da del empeño se aplica, pues, á la anticresis como al empeño; resulta que los caracteres generales de ambos contratos son los mismos. La anticresis es un contrato

1 Gary, Informe núm. 21 (Loché t. VIII, p. 106). Pont, t. II, p. 679, número 1217.

real, como el empeño; el goce de la cosa implica que el acreedor la posee. Es un contrato unilateral; el deudor no contrae ninguna obligación por el contrato; si queda obligado es por accidente, cuando el acreedor hizo gastos útiles ó necesarios. En fin, la anticresis es un contrato accesorio, como todas las convenciones que tienen por objeto administrar al acreedor una seguridad para el pago de la deuda. Es, pues, necesario una obligación principal válida para que pueda haber una convención de anticresis. (1)

SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la anticresis.

§ I. ¿QUIEN PUEDE CONSTITUIR UN ANTICRESIS.

529. Según el art. 2077 la prenda puede ser dada por un tercero ó por el deudor. El art. 2090 dice que esta disposición se aplica á la anticresis. Este es el derecho común. Un tercero puede administrar la garantía real estipulada para la seguridad de la deuda, hipoteca, prenda ó anticresis, como puede administrar la garantía personal caucionando la obligación del deudor principal. Lo menos natural, y también lo que menos se usa de estas obligaciones accesorias contraídas por un tercero, es seguramente la anticresis. Pero basta que este compromiso pueda entrar en el convenio de los terceros para que la ley deba consagrar este modo de garantizar el pago de la deuda.

530. Que la anticresis está constituida por el deudor ó por un tercero poco importa en cuanto á los efectos y en cuanto á las condiciones; el contrato es siempre lo mismo. Debe verse ante todo quién tiene el derecho de dar un inmueble en anticresis. Ya hemos dicho que para constituir un empeño es necesario ser propietario de la cosa que se da

¹ Véase una aplicación del principio en una sentencia de Lyon de 8 de Enero de 1873 (Dalloz, 1874, I, 162).

en prenda y tener la capacidad para enajenarla. ¿Pasa lo mismo con la anticresis? El principio es idéntico aunque los efectos de ambos contratos difieren en un punto muy esencial. El empeño es una enajenación parcial. En nuestra opinión (núm. 528) la anticresis no da al acreedor un derecho en el inmueble. Pero atribuye al acreedor el derecho de goce en los frutos; luego el derecho de gozar del inmueble, y en la opinión común este goce puede ejercerse contra terceros, como lo diremos más adelante. Hay, pues, un derecho adherente á la propiedad, que está por ello desmembrada; lo que constituye una enajenación parcial. Esto basta para justificar el principio que acabamos de formular. El propietario sólo puede desmembrar el derecho de propiedad. Pero bajo el nombre de *propietario* hay también que comprender al usufructuario: puede hipotecar su derecho, puede cederlo; puede, pues, empeñarlo también. Sólo que debe agregarse, como el art. 2118 (Ley Hipotecaria, artículo 45) lo hace para la hipoteca: que el usufructuario no puede dar en anticresis su derecho sino durante el tiempo del usufructo, pues aquel que sólo tiene un derecho temporal no puede conceder en la cosa más que derechos temporales.

La segunda condición comprendida en nuestro principio, la capacidad de suponer, deriva de la primera. Puesto que la anticresis desmembra la propiedad la constitución de la anticresis sobrepasa por esto mismo el poder administrativo. En cuanto al propietario tiene que ser capaz para enajenar, para enseñar una enajenación. De ahí esta doble consecuencia: que el propietario incapaz no puede dar sus inmuebles en empeño y que los administradores legales no tienen capacidad para consentir una anticresis. El principio está admitido por todo el mundo. (1)

531. La jurisprudencia aplicó estos principios. Fué sen-

¹ Aubry y Rau, t. IV, p. 715, notas 1 y 2, pfo. 437. Pont, t. II, p. 682, núms. 1222 y 1223.

real, como el empeño; el goce de la cosa implica que el acreedor la posee. Es un contrato unilateral; el deudor no contrae ninguna obligación por el contrato; si queda obligado es por accidente, cuando el acreedor hizo gastos útiles ó necesarios. En fin, la anticresis es un contrato accesorio, como todas las convenciones que tienen por objeto administrar al acreedor una seguridad para el pago de la deuda. Es, pues, necesario una obligación principal válida para que pueda haber una convención de anticresis. (1)

SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la anticresis.

§ I. ¿QUIEN PUEDE CONSTITUIR UN ANTICRESIS.

529. Según el art. 2077 la prenda puede ser dada por un tercero ó por el deudor. El art. 2090 dice que esta disposición se aplica á la anticresis. Este es el derecho común. Un tercero puede administrar la garantía real estipulada para la seguridad de la deuda, hipoteca, prenda ó anticresis, como puede administrar la garantía personal caucionando la obligación del deudor principal. Lo menos natural, y también lo que menos se usa de estas obligaciones accesorias contraídas por un tercero, es seguramente la anticresis. Pero basta que este compromiso pueda entrar en el convenio de los terceros para que la ley deba consagrar este modo de garantizar el pago de la deuda.

530. Que la anticresis está constituida por el deudor ó por un tercero poco importa en cuanto á los efectos y en cuanto á las condiciones; el contrato es siempre lo mismo. Debe verse ante todo quién tiene el derecho de dar un inmueble en anticresis. Ya hemos dicho que para constituir un empeño es necesario ser propietario de la cosa que se da

¹ Véase una aplicación del principio en una sentencia de Lyon de 8 de Enero de 1873 (Dalloz, 1874, I, 162).

en prenda y tener la capacidad para enajenarla. ¿Pasa lo mismo con la anticresis? El principio es idéntico aunque los efectos de ambos contratos difieren en un punto muy esencial. El empeño es una enajenación parcial. En nuestra opinión (núm. 528) la anticresis no da al acreedor un derecho en el inmueble. Pero atribuye al acreedor el derecho de goce en los frutos; luego el derecho de gozar del inmueble, y en la opinión común este goce puede ejercerse contra terceros, como lo diremos más adelante. Hay, pues, un derecho adherente á la propiedad, que está por ello desmembrada; lo que constituye una enajenación parcial. Esto basta para justificar el principio que acabamos de formular. El propietario sólo puede desmembrar el derecho de propiedad. Pero bajo el nombre de *propietario* hay también que comprender al usufructuario: puede hipotecar su derecho, puede cederlo; puede, pues, empeñarlo también. Sólo que debe agregarse, como el art. 2118 (Ley Hipotecaria, artículo 45) lo hace para la hipoteca: que el usufructuario no puede dar en anticresis su derecho sino durante el tiempo del usufructo, pues aquel que sólo tiene un derecho temporal no puede conceder en la cosa más que derechos temporales.

La segunda condición comprendida en nuestro principio, la capacidad de suponer, deriva de la primera. Puesto que la anticresis desmembra la propiedad la constitución de la anticresis sobrepasa por esto mismo el poder administrativo. En cuanto al propietario tiene que ser capaz para enajenar, para enseñar una enajenación. De ahí esta doble consecuencia: que el propietario incapaz no puede dar sus inmuebles en empeño y que los administradores legales no tienen capacidad para consentir una anticresis. El principio está admitido por todo el mundo. (1)

531. La jurisprudencia aplicó estos principios. Fue sen-

¹ Aubry y Rau, t. IV, p. 715, notas 1 y 2, pfo. 437. Pont, t. II, p. 682, núms. 1222 y 1223.

tenciado que el tutor no puede dar los bienes del menor en anticresis. (1) La sentencia da varias razones, bastante malas; hay una decisiva: es que el tutor no puede hacer más que actos de administración; para consentir la enajenación total ó parcial de un inmueble es, pues, necesario la autorización del consejo de familia homologado por el tribunal; este principio recibe su aplicación directa á la anticresis, puesto que el empeño de un inmueble es un acta de disposición (núm. 530.)

Síguese del mismo principio que la anticresis constituida por un menor, aun emancipado, sería nula, puesto que el menor emancipado no puede hacer ningún acto más que los de pura administración sin observar las formas prescriptas para los menores no emancipados (art. 484).

532. La Corte de París ha sentenciado, por aplicación del mismo principio, que el pródigo colocado bajo consejo judicial no puede empeñar un inmueble en anticresis más que con la asistencia de su consejo. (2) Da como motivo que el pródigo no puede enajenar sus rentas. Esto es vago y, así formulado, el principio sería incontestable. En efecto, la incapacidad de las personas colocadas bajo consejo es enteramente especial; son capaces en regla general y sólo son incapaces cuando el acta entra entre aquellos que la sentencia prohíbe hacer sin asistencia del consejo. Y la ley no dice que los pródigos no pueden enajenar sus rentas, pero dice que no pueden enajenar ni gravar sus bienes con hipotecas. Ahí está la causa de su incapacidad, en lo que se refiere á la anticresis, puesto que dar un inmueble en anticresis es enajenarlo parcialmente (núm. 530).

533. Una mujer separada de bienes dió en anticresis un inmueble del que era usufructuaria en virtud de un testa-

1 Pan, 9 de Agosto de 1837 [Dalloz, en la palabra *Minoridad*, núm. 509 3.º].

2 París, 10 Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

mento; pidió la nulidad de la anticresis porque la había consentido sin autorización marital. Los primeros jueces pronunciaron la nulidad. Recurso de casación. La Cámara de Requisiciones lo desechó por motivo de que la sentencia atada había podido, sin violar el art. 1449, considerar el abandono del usufructo del inmueble en anticresis por un tiempo indeterminado como una enajenación inmobiliar que la mujer separada de bienes no podía hacer sin autorización marital. (1) El principio pudo haber sido formulado de un modo directo y positivo. ¿Cuál es la capacidad de la mujer separada de bienes? El art. 1449 contesta que recobra la libre administración de sus bienes; luego sólo puede hacer actos de administración; la ley le da, es verdad, el derecho de disponer de sus muebles y enajenarlos, pero esta facultad no tiene nada de común con la contestación de la anticresis que implica una enajenación parcial del inmueble empeñado. Lo que es decisivo.

534. El marido usufructuario en virtud del régimen adoptado por los esposos ¿puede dar en anticresis los inmuebles de la mujer de los que tiene el goce? Sí, cuando este goce constituye un usufructo (núm. 530); acerca de este punto trasladamos á lo dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Suponiendo que el marido sea usufructuario su derecho sólo es temporal; sólo puede, por consiguiente, conceder una anticresis temporal. De esto se sigue que si la mujer obtiene la separación de bienes la anticresis consentida por el marido cesará con el goce del marido. En un caso que fué presentado ante la Corte de Caen el que tenía la anticresis invocaba su buena fe como dándole un título á los frutos; para desechar tal pretensión la Corte se esfuerza en probar que el demandado tenía conocimiento de la separa-

1 Denegada, 22 de Noviembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, número 233).

ción de bienes. (1) Hubiera debido decidir que la demanda no tenía sentido. Que se lea la definición de la posesión de buena fe que da un derecho á los frutos y se convencerá uno de que el poseedor de anticresis no es nunca un poseedor de buena fe. El art. 550 dice: «El poseedor es de buena fe cuando posee como propietario en virtud de un título translativo de propiedad del que ignora los vicios.» ¿El que tiene una anticresis que sólo es un poseedor precario que recibe un inmueble en empeño posee en virtud de un trato translativo de propiedad? ¡Tantas preguntas y otras tantas herejías jurídicas! La Corte confundió la buena fe legal definida por el art. 550 con la buena fe de hecho; y es á la posesión de buena fe, tal como la define la ley, á la que se atribuyen los frutos.

§ II.—DE LA FORMA.

535. Según el art. 2085 «la anticresis sólo se establece por escrito.» Esto es una diferencia entre la anticresis y el empeño. Los arts. 2074 y 2075 prescriben la redacción de una acta auténtica ó privada y registrada para que el acreedor prendista tenga un privilegio para con los acreedores. Y hasta no es de rigor cuando el interés del litigio no pasa de 150 francos y que la prenda tiene por objeto un mueble corporal. Entre las partes ningún escrito está exigido y la prueba se da según el derecho común (núms. 422 y 434). Si la ley hubiera seguido este principio en materia de anticresis no hubiera exigido un escrito, puesto que la anticresis no da ningún privilegio al acreedor. ¿Por qué, pues, los autores del Código han exigido un escrito para la anticresis? Berlier contesta á la pregunta en la Exposición de los Motivos: «La anticresis sólo se establece por escrito. Esta regla, que hubiera sido inútil volver á dar si se hubiera que-

¹ Caen, 11 de Julio de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 43).

rido circunscribirla en los términos ordinarios de la legislación acerca de los contratos, indica aquí que aunque el fundo valiera menos de 150 francos nadie puede entrometerse en él ó, cuando menos, mantenerse en él contra la voluntad del propietario alegando *convenciones verbales* que en esta materia podrian ser el pretexto de numerosos desórdenes. (1) Se pueden contestar los motivos que da el Orador del Gobierno para justificar la necesidad de un escrito para la anticresis; no entraremos en este debate que sólo se refiere al legislador; sabemos lo que quiso éste y el intérprete debe atenerse á ello.

536. Resulta desde luego del art. 2085, tal como la Exposición de los Motivos lo interpreta, que el escrito no se exige como condición esencial para la existencia de la anticresis. La ley no entendió hacer con la anticresis un contrato solemne; no había para esto ninguna razón, así para el empeño de una cosa inmueble como para el empeño de una cosa mueble. Así el escrito sólo se exige como prueba del contrato; es una derogación del derecho común, y Berlier nos dice que el legislador quiso derogarlo. Queda por determinar la extensión y el alcance de la derogación. Un primer punto es seguro, puesto que Berlier lo dice. Según el art. 1341 la prueba testimonial sería admisible para probar la anticresis si el fundo que es su objeto no tuviera más valor de 150 francos. El legislador no quiso una anticresis verbal por causa de los desórdenes á que hubiera dado lugar la puesta en posesión del acreedor sin título. Luego el art. 2085 deroga la regla del art. 1341.

537. ¿Debe irse más allá y decir que el artículo rechaza la prueba testimonial de un modo absoluto de modo que ni siquiera se la admitiría si hubiese un principio de prueba por escrito? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto la prueba testimonial no es de admitirse. El texto

¹ Berlier, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VIII, p. 100).

está concebido en términos absolutos y restrictivos. Se podría decir, es verdad, que el art. 2085 se refiere únicamente á la prohibición del art. 1341, lo que no excluye la aplicación del art. 1347. Pero la Exposición de los Motivos desecha esta interpretación; no quiere que se alegue una *convención verbal*; y cuando las partes invocan un principio de prueba por escrito han tratado verbalmente, mientras que la ley quería que redactasen un escrito; esto nos parece decisivo. Hay una sentencia de Bruselas en este sentido. (1)

La prueba testimonial no es admisible más que en el caso previsto por el art. 1348, núm. 4, cuando se ha perdido el acta redactada por las partes por caso fortuito ó de fuerza mayor. No se puede reprochar á las partes el no haber redactado escritura, puesto que tenían hecha una; no se les puede exigir que la reproduzcan, puesto que no existe, y á lo imposible nadie está obligado.

538. ¿Puede hacerse la prueba de la anticresis por confesión del demandado ó por juramento decisorio que le sea conferido? Acerca de este punto todos están acordes; (2) las explicaciones hechas por Berlier prueban que el legislador ha querido separar la prueba testimonial; no se pensó en prohibir las demás pruebas que son de derecho común, y no había razón para ello.

539. Queda por saber cómo se prueba la anticresis con respecto á los terceros. La cuestión se liga á las relaciones que la anticresis establece entre el acreedor y los terceros; volveremos á este punto.

540. Conforme á la legislación francesa el acta de anticresis debe ser transcripta para que el acreedor la pueda oponer á los terceros (3) La Ley Hipotecaria Belga no men-

1 Bruselas, 20 de Febrero de 1822 (Pasieris, 1822, p. 65). Compárese Troplong, núms. 514 y 515. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. V, p. 112, nota 2. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, p. 716, nota 4, pfo. 437. Pont, tomo II, p. 685, núm. 1228.

2 Durantón, t. XVIII, p. 639, núm. 558.

3 Aubry y Rau, t. IV, p. 716, pfo. 437.

ciona la anticresis y el acta de empeño no entra en los términos del art. 1.º que sólo somete á la transcripción á las actas translativas de derechos reales inmuebles, y la anticresis no es un derecho real inmueble; lo que es decisivo

§ III.—DE LA POSESIÓN.

541. En los términos del art. 2076 el privilegio del acreedor prendista no subsiste en la prenda mientras que no se entregue y quede en posesión del acreedor la prenda. La posesión también está requerida para que exista el empeño y surta sus efectos entre el acreedor y el deudor (núm. 470). ¿Sucede lo mismo con la anticresis? No se puede tratar de la posesión como condición del privilegio, puesto que la anticresis no tiene privilegio; pero en la opinión general tiene un derecho real ó al menos puede hacer valer su derecho contra los terceros, lo que implica que está en posesión, como lo diremos adelante. En cuanto al derecho del acreedor anticresista con relación al deudor consiste en percibir los productos del inmueble, lo que sólo se concibe cuando el acreedor tiene la posesión. También todas las disposiciones del Código suponen que el anticresista posee el fundo objeto de la anticresis. Esto resulta de la misma definición de la anticresis. La ley la califica de empeño y la define como un contrato por el que el deudor *da* una cosa á su acreedor en seguridad de su deuda. La anticresis, del mismo modo que el empeño, es, pues, un contrato real que se perfecciona por la tradición de la cosa que es su objeto.

542. La legislación francesa (ley de 23 de Marzo de 1855) exige que el acta de anticresis sea transcripta para que el acreedor pueda oponer su derecho á los terceros. De aquí se ha concluido que la posesión no era ya una condición esencial para la existencia de la anticresis estando solamente prescripta la posesión en interés de la publicidad y reem-

plazando la tradición á la publicidad de hecho que resulta de la posesión por una publicidad legal mucho más eficaz. (1) Esta oponión no ha encontrado eco; basta con leer el artículo 2071 para convencerse de que la anticresis es un contrato real, y la formalidad de la transcripción no puede reemplazar la puesta en posesión del acreedor.

§ IV.—DE LA ANTICRESIS DISFRAZADA.

543. La anticresis puede ocultar una convención de usura en el caso en que los frutos se compensen con los intereses si el valor de aquellos sobrepasa al interés legal. Bajo el imperio de una legislación que prohíbe estipular los intereses, ó que al menos limita el tipo del interés, las partes contratantes tratan de eludir la prohibición ó las restricciones de la ley haciendo contratos disfrazados. Sucedió así bajo el imperio de la ley de 3 de Septiembre de 1807 que impone á las partes el interés como límite que no pueden sobrepasar. De lo que se sigue que no está permitido á las partes hacer indirectamente lo que tienen prohibido hacer directamente; eludir la ley, y sobre todo á una ley de orden público, sería violarla. Los tribunales tienen, pues, el derecho de anular por causa de usura los contratos de anticresis que ocultan convenciones de usura, cualquiera que sea el nombre y forma que le den las partes contratantes. De aquí resultan las dificultades de interpretación, siendo el fraude siempre ingenioso cuando trata de eludir las prohibiciones legales. Estas dificultades ya no se presentan en nuestra legislación que da á las partes libertad de estipular el interés que quieran; no se puede ya tratar de contratos disfrazados, puesto que no hay prohibiciones que eludir. Dejamos á un lado las reglas que los autores dan en este respecto, reglas que se reasumen en una apreciación de hecho,

1 Moulón, *Trado de la Transcripción*, núms. 89 y siguientes. *Repeticiones* t. III, p. 485, nota 5. En sentido contrario Pont, t. II, p. 686, núm. 1232.

puesto que se trata de interpretar contratos y de conocer la verdadera intención de las partes contratantes bajo el disfraz con que se cubren. (1) Bastaría con citar un ejemplo de la jurisprudencia.

544. Se da el nombre de *contrato pignorativo* á la convención que tiene por objeto disfrazar las estipulaciones usurarias. Este contrato tenía la forma de una venta; los caracteres que hacen reconocer la intención de las partes de eludir la ley acerca de la usura son la vileza del precio, la facultad de rescate, el subarrendamiento consentido por el vendedor. Si el juez del hecho decide que las partes han querido hacer un contrato de usura lo anulará; mejor dicho, lo declarará inexistente, como fundado en una causa ilícita. Por consecuencia, no se admite ninguna confirmación ni, por consiguiente, la prescripción de diez años que es una confirmación tácita. La parte interesada tendrá treinta años para promover, no porque después de ellos se confirme la convención ilícita sino porque prescribirá la acción; el interés general lo exige así. (2)

No se deberá deducir de esto que todo contrato en el que se encuentran los caracteres que acabamos de indicar está viciado y nulo; esto es una cuestión de hecho y no de derecho, puesto que ninguna ley determina los caracteres en los que se puede reconocer un contrato pignorativo. La Corte de Casación ha juzgado varias ocasiones que el juez del hecho podía declarar válido, como conteniendo una venta, el contrato por el que se vendió un inmueble con facultad de rescate é inmediatamente subarrendado al vendedor. En derecho la discusión no es dudosa y la apreciación de la intención de las partes se abandonó á los jueces. (3) El disfraz por sí solo no es una causa de nulidad; las partes pueden

1 Pont, t. II, p. 683, núms. 1225 y 1226.

2 Limoges, 22 de Julio de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 68).

3 Denegada, Cámara Civil, 22 de Abril de 1846. Casación, 23 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1854, 2, 422).

dar á sus convenciones la forma que juzguen conveniente, sólo llegan á tener causa de nulidad cuando tienen por objeto eludir una prohibición de orden público. (1)

SECCION II.—*Derechos del acreedor poseedor de la anticresis.*

§ I. DERECHOS DEL ACREEDOR RESPECTO DEL DEUDOR.

Núm. 1. *Derecho á los frutos.*

545. El contrato de anticresis da al acreedor el derecho de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos á los intereses y al capital (art. 2085). ¿Cuál es la extensión de este derecho á los frutos? El acreedor tiene el derecho de gozar; su derecho se parece en este punto al del usufructuario. Hay, sin embargo, una diferencia esencial: el usufructuario tiene un derecho en la cosa, derecho que, generalmente, dura toda la vida, mientras que el de la anticresis no tiene derecho real en el inmueble y su goce puede cesar de un día á otro por el pago de la deuda. Síguese de esto que el goce del que tiene una anticresis es un derecho menos extenso que el del usufructuario; éste puede hipotecar su usufructo, el anticresista no tiene este derecho. Según el art. 595 el usufructuario puede gozar por sí mismo, dar en arrendamiento á otro y hasta vender su derecho. ¿Sucede lo mismo con el anticresista? Se enseña así. (2) Puede, se dice, dar en arrendamiento bajo las mismas condiciones que el usufructuario y el marido administrador. Esto nos parece dudoso. El art. 2085 le da el derecho de percibir los frutos, lo que implica un goce personal; y se comprende siendo el goce esencialmente temporal y no teniendo más objeto que el pago de los intereses y del capital de

1 Burdeos, 22 de Junio de 1849 (Dalloz, 1852, 5, 374). Lyon, 30 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1867, 5, 286).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 717, pfo. 438. Pont, t. II, p. 687, núm. 1235.

la deuda. Sin embargo, como la ley no define el derecho á los frutos que pertenece al anticresista se admite que puede darlos en arrendamiento. Pero el ejercicio de este derecho suscita una dificultad que, de hecho, la hace casi imposible. En principio el que sólo tiene un derecho temporal no puede dar al arrendatario más que un goce igualmente temporal. Luego llegando á cesar el derecho del anticresista el arrendamiento que consintiera acaba también. La ley deroga este principio para los arrendamientos consentidos por el usufructuario, pero es una excepción, y las excepciones no se extienden. ¿Cómo encontrará el anticresista un arrendatario en semejantes condiciones? El legislador hubiera debido aplicar al anticresista la excepción que estableció para el usufructuario. Hay un vacío en la ley y creemos que el intérprete no tiene el derecho de llenarlo. Quizá la intención del legislador fué la de dar al anticresista sólo un goce personal; esto sería un mal sistema bajo el punto de vista económico.

546. El art. 2085, después de decir que el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos del inmueble, añade que esto es con cargo de imputarlos anualmente en los intereses, si se le deben, y luego en el capital de su crédito. Así la percepción de los frutos es á la vez un derecho y una obligación. Es en interés de ambas partes como el derecho á los frutos se concede al acreedor; éste se paga con los frutos que percibe imputándolos en los intereses y en el capital, y el deudor se libera mediante el abandono de los frutos. Síguese de esto que el acreedor está obligado á percibir los frutos; si descuidara de ello sería responsable por la pérdida que resultara al deudor, á reserva de que el acreedor probara que no hay ningún descuido que procharle; cuestión de hecho que, como todas las dificultades acerca de la prueba, se deja á la apreciación del juez.

dar á sus convenciones la forma que juzguen conveniente, sólo llegan á tener causa de nulidad cuando tienen por objeto eludir una prohibición de orden público. (1)

SECCION II.—*Derechos del acreedor poseedor de la anticresis.*

§ I. DERECHOS DEL ACREEDOR RESPECTO DEL DEUDOR.

Núm. 1. *Derecho á los frutos.*

545. El contrato de anticresis da al acreedor el derecho de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos á los intereses y al capital (art. 2085). ¿Cuál es la extensión de este derecho á los frutos? El acreedor tiene el derecho de gozar; su derecho se parece en este punto al del usufructuario. Hay, sin embargo, una diferencia esencial: el usufructuario tiene un derecho en la cosa, derecho que, generalmente, dura toda la vida, mientras que el de la anticresis no tiene derecho real en el inmueble y su goce puede cesar de un día á otro por el pago de la deuda. Síguese de esto que el goce del que tiene una anticresis es un derecho menos extenso que el del usufructuario; éste puede hipotecar su usufructo, el anticresista no tiene este derecho. Según el art. 595 el usufructuario puede gozar por sí mismo, dar en arrendamiento á otro y hasta vender su derecho. ¿Sucede lo mismo con el anticresista? Se enseña así. (2) Puede, se dice, dar en arrendamiento bajo las mismas condiciones que el usufructuario y el marido administrador. Esto nos parece dudoso. El art. 2085 le da el derecho de percibir los frutos, lo que implica un goce personal; y se comprende siendo el goce esencialmente temporal y no teniendo más objeto que el pago de los intereses y del capital de

1 Burdeos, 22 de Junio de 1849 (Dalloz, 1852, 5, 374). Lyon, 30 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1867, 5, 286).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 717, pfo. 438. Pont, t. II, p. 687, núm. 1235.

la deuda. Sin embargo, como la ley no define el derecho á los frutos que pertenece al anticresista se admite que puede darlos en arrendamiento. Pero el ejercicio de este derecho suscita una dificultad que, de hecho, la hace casi imposible. En principio el que sólo tiene un derecho temporal no puede dar al arrendatario más que un goce igualmente temporal. Luego llegando á cesar el derecho del anticresista el arrendamiento que consintiera acaba también. La ley deroga este principio para los arrendamientos consentidos por el usufructuario, pero es una excepción, y las excepciones no se extienden. ¿Cómo encontrará el anticresista un arrendatario en semejantes condiciones? El legislador hubiera debido aplicar al anticresista la excepción que estableció para el usufructuario. Hay un vacío en la ley y creemos que el intérprete no tiene el derecho de llenarlo. Quizá la intención del legislador fué la de dar al anticresista sólo un goce personal; esto sería un mal sistema bajo el punto de vista económico.

546. El art. 2085, después de decir que el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos del inmueble, añade que esto es con cargo de imputarlos anualmente en los intereses, si se le deben, y luego en el capital de su crédito. Así la percepción de los frutos es á la vez un derecho y una obligación. Es en interés de ambas partes como el derecho á los frutos se concede al acreedor; éste se paga con los frutos que percibe imputándolos en los intereses y en el capital, y el deudor se libera mediante el abandono de los frutos. Síguese de esto que el acreedor está obligado á percibir los frutos; si descuidara de ello sería responsable por la pérdida que resultara al deudor, á reserva de que el acreedor probara que no hay ningún descuido que procharle; cuestión de hecho que, como todas las dificultades acerca de la prueba, se deja á la apreciación del juez.

La imputación de los frutos en lo que se debe al acreedor debe hacerse anualmente. De esto la necesidad de cuentas anuales, en las que el acreedor enseña sus entradas; es decir, los frutos que percibió de dinero, los gastos de cultivo y luego los intereses á que tiene derecho. Se siguen á este respecto las reglas generales relativas á las cuentas é intereses. Los comerciantes acostumbran capitalizar los intereses; fué sentenciado que el anticresista no tiene el derecho de hacerlo si la convención no le autoriza á ello. (1) Las cuentas deben presentarse en la forma legal; la Corte de Casación ha casado una sentencia de la Corte de París que fijaba, sin que hubiese cuenta regular, el producto que podía dar una papelería, refiriéndose á las obras publicadas acerca de este género de fabricación; era al Código de Procedimientos al que debiera consultarse y aplicar al establecer una cuenta de entradas y salidas para fijar después el saldo. (2)

547. El art. 2039 permite á las partes derogar el rigor de estas obligaciones; dice así: «Cuando las partes han estipulado que los frutos se compensarán con los intereses ó totalmente, ó hasta concurrencia de cierta suma, este convenio se ejecuta como todos los que no prohíbe la ley.» En la jurisprudencia antigua no se admitía la convención que atribuía al deudor el goce del inmueble para los intereses de su capital y lo dispensaba de dar cuenta de los frutos. Se quería evitar las convenciones de usura, y hay que recordar que en el derecho antiguo cualquier interés se reputaba usura. El Orador del Gobierno explica las razones que inclinaron á los autores del Código á permitir la convención antaño prohibida. Desde luego no podía ya tratarse de reprobársela como usura una convención que permite al anticresista percibir los réditos bajo la forma de frutos; todo lo que se podía temer es que tal

1 Lieja, 6 de Diciembre de 1824 [Pasicrisia, 1824, p. 239].

2 Casación, 10 de Agosto de 1822 (Dalloz, en la palabra *Cuenta*, núm. 22).

convención perjudicase al deudor. Berlier contesta que si se prohibiera las partes encontrarían fácilmente medios más onerosos todavía para el deudor obligado á sufrir la ley del acreedor. (1) La justificación es singular; hay otra en el sistema del Código que es decisiva. Según el art. 1907 el interés convencional puede exceder al que fija la ley todas las veces que ésta no lo prohíbe. Luego la convención prohibida en el derecho antiguo se volvía cierta, en virtud de las nuevas leyes, por todo el tiempo que el interés quedara abandonado á las estipulaciones de las partes. Pero ya se preveía en 1804 la restricción que fué consagrada por la ley de 3 de Septiembre de 1807; de ahí la redacción bastante extraña del art. 2089 que sólo admite la cláusula compensatoria porque no está prohibida por las leyes; lo que implica que ya no podía ser contestada si la ley prohibiera la estipulación de intereses convencionales superiores á los intereses legales. (2) Esto es lo que hizo la ley de 1807, bajo el imperio de esta legislación restrictiva; la cláusula compensatoria del art. 2089 no estaba permitida sino en los límites que resultan de la ley de 1807; es decir, que la compensación no se podía hacer más que hasta concurrencia del interés legal. Estando abolida en Bélgica la ley de 1807 hay que concluir que la cláusula del art. 2089 es hecha sin ninguna restricción.

548. «El acreedor está obligado, si no está convenido de otro modo, á pagar las contribuciones y demás cargos anuales del inmueble que recibe en anticresis» (art. 2086). ¿Por qué tiene esta obligación y en qué sentido? El Relator pel Tribunado contesta que este es un cargo de los frutos que recae, por consiguiente, en el que los percibe. (3) Esto es muy absoluto, pues se podría concluir de ello que

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 12 [Loché, t. VIII, p. 101].

2 Gary, Informe núm. 26 (Loché t. VIII, p. 107). Durantón, t. XVIII, página 836, núm. 556.

3 Gary, Informe núm. 27 (Loché, t. VIII, p. 107).

la anticresis debe sufrir estos cargos, así como el usufructuario que tiene esta obligación; mientras que es más bien un anticipo que hace y del que se paga con los frutos. Esto resulta del mismo objeto de la anticresis; el contrato tiene por objeto liberar al deudor por la percepción de los frutos que se delega al acreedor; no es, pues, en su nombre personal como el anticresista percibe los frutos, es en nombre del deudor; se paga con ellos, deduciendo ante todo los cargos que soporta por razón de los frutos que percibe. Así el anticresista no es deudor personal de las contribuciones, éstas son una deuda del que da el inmueble en anticresis. De esto se sigue que si los frutos no tardaran para pagar las contribuciones y los cargos el anticresista tendría un recurso contra el deudor, pues, sin duda, es el que pagó. Es en este sentido como el anticresista paga como mandatario del deudor. (1) Si esto no es un mandato convencional es un mandato legal, puesto que la ley le impone esta obligación. Sólo que el mandato está también en interés del mandatario, pero poco importa; lo seguro es que el anticresista paga la deuda del deudor por cuenta del que percibe los frutos.

549. El art. 2086 agrega: «El acreedor debe igualmente, bajo pena de daños y perjuicios, proveer al mantenimiento y reposiciones útiles y necesarias del inmueble, á reserva de tomar de los frutos todos los gastos relativos á estos varios objetos.» Se aplica para los gastos y manutención lo que acabamos de decir de las contribuciones. Si el anticresista está obligado á pagarlas es porque es detentor del fundo, tiene que conservarlo para restituirlo al concluir la anticresis; es necesario, por consiguiente, que haga las reposiciones necesarias y útiles. Pero la ley agrega que toma estos gastos de los frutos; no es, pues, en su nombre personal como hace estos gastos, es en nombre del deudor y por cuenta suya. Hay, á este respecto, una gran dificultad entre el anti-

1 Pont, t. II, p. 688, núm. 1236.

eresista y el usufructuario; ambos gozan de los frutos, pero el usufructuario goza de ellos en virtud de un derecho que le es propio, derecho real que es un desmembramiento de la propiedad y que le impone también cargos; aunque estos cargos sobrepasaran el provecho de su goce no tendría ningún recurso contra el nudo propietario. El anticresista, al contrario, posee como acreedor para pagarse lo que se le debe sin derecho en la cosa en nombre del deudor, quien se libera por la percepción de los frutos que abandona al acreedor. Síguese de esto que si los gastos fueran mayores que los productos el acreedor tendría un recurso contra el deudor; nunca puede perder como anticresista, puesto que sólo percibe lo que se le debe bajo forma de frutos. La anticresis es una seguridad para su crédito y la garantía no puede imponer cargo al garante sin volverse en su contra.

550. ¿Qué se debe entender en el art. 2086 por reparaciones útiles? ¿Quiere decir que el que tiene la anticresis puede repetir contra el deudor los gastos que ha hecho para la mejora del inmueble? Se enseña esto contando como principio que tiene por este punto una acción hasta concurrencia del aumento de valor que resulta de los trabajos, sin que, no obstante, esta indemnización pueda exceder á los gastos. (1) Lo cual nos parece muy dudoso. La posesión y el goce del que tiene la anticresis tienen un carácter muy especial. Por una parte no tiene derecho para modificar la cosa ó alterarla, aunque fuese mejorándola; sólo puede percibir los frutos; no hay, pues, más derechos que los que se desprenden de la percepción de los frutos, lo que excluye los trabajos de mejora. Por otra parte, el que tiene la anticresis no puede asimilarse á un posesor; éste posee como propietario y goza como tal, mientras que el otro percibe los frutos en virtud de un contrato cuyo único objeto es procurar al acre-

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 717, nota 5, pfo. 438. Pont, t. II, p. 689, número 1240.

dor el pago de lo que se le debe. El que tiene la anticresis se extralimitaría, pues, en sus derechos y obraría contra la intención que preside el contrato si hiciera trabajos de mejora. No se debe perder de vista que el deudor que da un inmueble en anticresis lo hace porque no puede pagar su deuda directamente; luego no entiende dar al acreedor el derecho de gravarla con una nueva deuda; tampoco dice el texto lo que se debe hacer, no habla de los trabajos de mejora, dice que el acreedor está obligado á proveer á las reparaciones útiles, bajo pena de daños y perjuicios; y las reparaciones implican trabajos de conservación; si el anticresista está obligado á hacerlos es porque debe conservar el inmueble: hé aquí por qué la ley lo somete á los daños y perjuicios si no lo hace. Es su obligación, desde luego no puede tratarse de gastos útiles; ¿se concibe que el acreedor esté obligado á hacer trabajos de mejora con pena de daños y perjuicios? Esto no tiene sentido.

La jurisprudencia que invocan más bien está por nuestra opinión. Unos fundidores empeñan sus fundiciones. El anticresista las cede á una sociedad anónima. Esta, sin pedir el consentimiento al propietario, cambia el modo de explotación, hace nuevas construcciones y emplea nuevas máquinas. Al vencer la anticresis la compañía pretendió que todas esas obras le debían ser reembolsadas, sin lo cual tenía el derecho de quitarlas, conforme á los términos del artículo 555. Esta sería una pretensión absurda por parte del anticresista, mejor dicho, del arrendatario, invocar una disposición que supone una posesión á título de propietario y un posesor vencido en juicio por el verdadero propietario. En la especie la pretensión era tanto más extraña cuanto que existía un contrato entre el deudor y el acreedor; el contrato estipulaba que se haría, cuando la entrada en goce del anticresista, un inventario del local y que se vendería todo al vender la anticresis conforme á este inventario, lo que

excluía toda obra de mejora. El anticresista solamente estaba autorizado á hacer las reparaciones grandes como la ley ya se lo había impuesto como una obligación. La Corte de París dice muy bien: según esas cláusulas, que son las de toda anticresis, el acreedor solamente tenía el derecho de reparaciones y refacciones y no de construcciones nuevas; que de otro modo el acreedor tendría la facultad, exorbitante é incompatible con su calidad de anticresista, de desnaturalizar enteramente la propiedad. La Corte concluyó que el anticresista no había podido, por construcciones que no estaba autorizado á hacer, imponer al propietario cargos que excedieran al aumento de valor. (1) Esta conclusión no es muy lógica. Trabajos no autorizados no obligan á nada. Las circunstancias de la causa explican la decisión de la Corte; el propietario entendía conservar las construcciones; desde luego se debía aplicar el principio de que nadie puede enriquecerse á expensas de otro y obligarlo, por consiguiente, á indemnizar al anticresista hasta concurrencia del aumento de valor que resultaba de las obras.

551. «El acreedor que quiere descargarse de las obligaciones expresadas en el art. 2086 siempre puede, menos cuando renuncia este derecho, obligar al deudor á volver al goce de su inmueble» (art. 2087). Esto quiere decir que el acreedor puede renunciar á la anticresis, lo que es de evidencia; es una garantía estipulada en seguridad de su crédito, análoga á la prenda ó á la hipoteca, y el acreedor siempre puede renunciar á las garantías que se han estipulado en su favor. (2) Es por demás decir que renunciando á la anticresis conserva su crédito contra el deudor, pudiendo muy bien la obligación principal subsistir sin la obligación accesoria del empeño.

La ley supone que el acreedor puede renunciar al derecho

1 París, 9 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 280).

2 Gary, Informe núm. 28 (Loché, t. IV, p. 107).

que tiene de obligar al deudor á volver al goce de su inmueble. Una cláusula semejante no se concibe, está en oposición con el objeto de la anticresis. Si se encontrara en un contrato de empeño se debería decir que el contrato cambia de naturaleza; no sería ya una garantía accesoria de una obligación principal, sería un contrato innominado sinalagmático, cuyos efectos estarían reglamentados conforme á la intención de las partes contrayentes. (1) La renuncia del anticresista puede además ser tácita ó expresa; esto es de derecho común; pero para que se pueda admitir que ha renunciado á una facultad que es de la naturaleza de la anticresis se necesita que no haya ninguna duda en la intención de las partes contratantes. No se podría deducir de la cláusula de compensación de los frutos y de los intereses autorizados por el art. 2089; esta cláusula no es exclusiva de la anticresis, mientras que la renuncia prevista por el art. 2087 desnaturaliza completamente el contrato. (2)

Núm. 2. Del derecho de retención.

552. «El deudor no puede, antes del pago completo de la deuda, reclamar el goce del inmueble que ha dado en anticresis» (art. 2087). Esta es una disposición análoga á la del art. 2082; consagra el derecho de retención en favor del anticresista. Los motivos de este derecho son los mismos que si se tratara del empeño de una cosa inmueble ó de una cosa mueble. Nos trasladamos á lo dicho acerca de la prenda (núm. 500).

Hay, sin embargo, diferencias en los dos textos. El artículo 2082 agrega una restricción al derecho del acreedor prendista; el deudor puede pedir la restitución de la cosa

1 Durantón, t. XVIII, p. 650, núm. 564. Pont, t. II, p. 692, núm. 1248.
2 Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 720, nota 3, pfo. 439. Pont, t. II, p. 693, núm. 1252.

cuando el detentor de la prenda abusa. No hay disposición análoga en el art. 2087. ¿Se debe deducir que el deudor no podrá reclamar la restitución cuando el acreedor abusara? Ciertamente que no. Todos están de acuerdo en decir que en caso de abuso el deudor puede pedir la restitución del inmueble de la anticresis; pero se debe examinar el verdadero motivo de decisión y por qué el art. 2087 no reproduce la disposición del 2082. En nuestro concepto hay una diferencia entre ambas disposiciones. El acreedor prendista abusa de la cosa con sólo que la use, puesto que no tiene el derecho de servirse de ella, la ley sólo lo considera como un simple depositario; mientras que el anticresista tiene el derecho de gozar, siendo éste el objeto de la anticresis. De aquí se sigue que el art. 2087, relativo á la anticresis, no puede reproducir pura y simplemente la disposición del artículo 2082. Para el anticresista hay otro abuso; es el del goce, abusa cuando no goza como un buen padre de familia, cuando agota el fundo sin darle los abonos necesarios. Este es el caso que el art. 618 prevee para el usufructuario; si éste, que tiene un derecho real, puede, no obstante, ser privado del goce, con mayor razón debe suceder lo mismo al anticresista, que sólo tiene derecho á los frutos sin tener derecho al inmueble. Hubiera sido mejor decirlo; sin embargo, el silencio de la ley no es un argumento en favor del anticresista; sería absurdo á la vez que inhumano que el acreedor conservara el goce de lo que abusa.

Ordinariamente se da un motivo que parece perentorio: es la condición resolutoria que el deudor puede invocar cuando el acreedor no cumple con sus obligaciones. (1) En nuestra opinión el art. 1184 no es aplicable á la anticresis, puesto que no subentiende la condición resolutoria más que

1 Delvincourt, t. III, p. 446, nota 1. Pont, t. II, p. 690, núm. 1244.
P. de D. TOMO XXVIII—76

en los contratos sinalagmáticos. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*.

553. Hay una segunda diferencia en la redacción de los arts. 2082 y 2087. Conforme al primero el derecho de retención del acreedor prendista se extiende á la deuda contraída posteriormente al empeño bajo las condiciones que determina la ley; esto es un empeño tácito. ¿Hay también en iguales condiciones anticresis tácita? La cuestión está controvertida; no titubeamos en decidirla negativamente. En la especie el silencio de la ley es decisivo. En efecto, el derecho de retención del art. 2082 admite sin estipulación, apoyándose en la intención presumida de las partes contratantes y en la equidad; es del todo excepcional y, por tanto, de estricta interpretación. En vano se dice que hay igual razón para decidir; la argumentación analógica debe hacerse á un lado porque no se comprenden, aunque fuese por vía de analogía, las disposiciones excepcionales y sobre todo las que se fundan en una voluntad presumida de las partes y en la equidad. Sólo el legislador puede presumir las convenciones; el solo puede dar efecto jurídico á la equidad; desde luego estas disposiciones deben ser estrictamente encerradas en el texto de la ley; luego por sólo que el legislador no ha reproducido la disposición del segundo inciso del art. 2082 el intérprete no tiene el derecho de admitirlo. Hay una sentencia de la Corte de Caen en este sentido. (1)

554. El art. 2083 dispone que el empeño es indivisible no obstante la división de la deuda entre los herederos del deudor ó del acreedor. Según el art. 2090 esta disposición es aplicable á la anticresis. Se ha dicho que era inútil declarar indivisible la anticresis, puesto que esto resulta de la

1 Caen, 2 de Enero de 1846 [Dalloz, 1847, 4, 335]. En el mismo sentido, Aubry y Rau y los autores que citan (t. IV, p. 720, nota 4, pfo. 439). En sentido contrario Durantón y Troplong.

naturaleza del empeño, así como la hipoteca es indivisible por su naturaleza. (1) Debe concluirse de esto, en nuestro concepto, que el legislador no entiende aplicar de plano á la anticresis los principios que rigen el empeño. La observación es importante no sólo para la cuestión que acabamos de discutir (núm. 553) sino sobre todo para lo que nos queda que tratar en lo relativo á la naturaleza de la anticresis y los derechos que resultan de ella contra los terceros.

555. El anticresista tiene el derecho de retención; posee sin que el deudor pueda quitarle la posesión, excepto en caso de abuso (núm. 552). Sin embargo, posee por el deudor y en su nombre; su posesión es, pues, realmente precaria. Siguese de esto que no puede prescribir el contrato en virtud del cual posee probando que no puede poseer á título de propietario. ¿Puede comenzar á prescribir cuando el deudor ha pagado su deuda enteramente? La anticresis está extinguida en este caso; el acreedor no posee, pues, ya como poseedor precario. Se podría concluir que desde aquel momento el poseedor del inmueble puede comenzar á prescribir. Se decide, no obstante, lo contrario fundándose en el art. 2038 que dice así: «Los poseedores precarios pueden prescribir si el título de su posesión se encuentra invertido, ya sea por una causa procedente de un tercero, ya por la contradicción que han opuesto á los derechos del propietario.» Así la ley no admite la intervención de pleno derecho; lo que es decisivo. (2)

Por su parte el deudor no puede prevalecerse de la prescripción extintiva; el hecho de no promover la restitución y que deja al acreedor gozar de los frutos es un reconocimiento de la deuda, y este reconocimiento impide la prescripción. Se aplica á la anticresis lo que hemos dicho de la prenda (núm. 497).

1 Pont, t. II, p. 700, núm. 1270.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 721, nota 6, pfo. 439. Pont, t. II, p. 691, n. 1247.

Núm. 3. Del derecho de venta.

556. ¿Cuál es el derecho del anticresista cuando el deudor no paga? El art. 2088 contesta que el acreedor no puede perseguir la expropiación de su deudor por las vías legales. Esto es el derecho común; todo acreedor puede perseguir la expropiación de los bienes inmuebles que pertenecen á su deudor. Para el acreedor anticresista, á diferencia del prendista, el derecho de puesta forzada no es una garantía. Cuando el acreedor manda vender en remate público la prenda que le ha dado el deudor se le paga con preferencia á los demás acreedores si cumplió con las formalidades y condiciones requeridas para la adquisición y conservación de su privilegio; la expropiación es, pues, la realización de la garantía que el empeño asegura al acreedor prendista. Pasa distintamente en materia de anticresis. El acreedor anticresista no tiene privilegio, no tiene el derecho de retener el inmueble y percibir sus frutos, y al perseguir la expropiación pierde la posesión de la cosa y, por consiguiente, su goce; como no tiene privilegio se le paga por contribución con los demás acreedores quirografarios. Examinaremos más adelante la cuestión de saber cuáles son los derechos del acreedor para con los terceros.

557. Hay todavía otra diferencia entre el empeño y la anticresis. Según el art. 2078 el acreedor puede hacer ordenar en justicia que la prenda le quede en pago hasta concurrencia de lo que se le debe. El art. 2088 no da este derecho al anticresista. (1) ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre dos derechos que parecen ser idénticos, excepto el privilegio? No hay otra más que la importancia que da la ley á los inmuebles. El deudor está interesado en conservar la propiedad de los inmuebles empeñados; y si el acreedor

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 718, nota 7, pfo. 438. Pont, t. II, p. 696, número 1259. En sentido contrario, Troplong, Massé y Vergé sobre Zachariae.

hubiera tenido el derecho de hacérselos atribuir mediante avalúo la anticresis hubiera conducido casi necesariamente á despojar al deudor de los bienes empeñados; esto es lo que el legislador quiso evitar con el fin de mantener el inmueble empeñado en el patrimonio del deudor. El acreedor, no teniendo el derecho de apropiárselo y no teniendo ningún interés en hacerlo vender, lo guardará, lo que conducirá á la deliberación del deudor y á la devolución de su fundo. Quizá sea por la misma razón por lo que el legislador no extendió la anticresis á una deuda contraída posteriormente al acta de empeño.

558. El art. 2088 dice que el acreedor no se vuelve propietario del inmueble por la sola falta de pago en el plazo convenido; toda cláusula contraria es nula. Esta es la aplicación á la anticresis del principio que el art. 2078 establece para el empeño; había una razón más para admitirlo en materia de anticresis: es la importancia que la ley liga á la posesión de los inmuebles. La cláusula contraria sería nula, según la ley. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? La cláusula está considerada como ilícita en el sentido del artículo 1033; luego la convención no puede producir ningún efecto, es inexistente. Siguese de esto que no há lugar á la prescripción de diez años (art. 1034), (1) pues esta prescripción es una confirmación tácita, y no se confirman las actas que no tienen existencia legal. El deudor tendría, pues, treinta años para reivindicar el inmueble. (2)

559. La prohibición pronunciada por el art. 2088 parece menos extensa que la del art. 2078. Esta última disposición anuló no sólo la cláusula que autorizaba al acreedor para apropiarse la prenda sino también la que le daba el derecho de disponer de ella sin las formalidades del remate público; mientras que el art. 2088 sólo prohíbe la cláusula de

1 Tolosa, 5 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 263).

2 Bruselas, 25 de Junio de 1806 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 409).

apropiación. ¿Debe concluirse de esto que se permite estipular que el anticresista podrá, por falta de pago, disponer de la prenda empeñada sin las formalidades de la ley? No, pues la ley dice terminantemente que el único derecho del acreedor es demandar la expropiación del deudor por las vías legales. Esto ha sido siempre admitido en el caso en que la cláusula dice que el acreedor podrá vender amigablemente el inmueble que le fué dado en anticresis. (1) Si la ley prescribe la vía legal del embargo inmobiliario, aunque mucho más trillada, es como garantía para el deudor; y éste no puede renunciar las garantías que el legislador establece en su favor porque la ley supone que no goza de la libertad suficiente para esto; apurado por la necesidad se ve obligado á sufrir la ley del acreedor. La cuestión es más dudosa cuando la cláusula dice que el acreedor puede mandar vender los inmuebles en remate ante el notario. ¿Es válida esta cláusula? Si se admite que la disposición del artículo 2088 contiene una prohibición implícita hay que concluir que toda otra vía que no sea la de la expropiación está prohibida; lo que se comprende, en el sistema de la ley, siendo las formas de la expropiación prescriptas por interés del deudor como garantía de que el inmueble se vendió en su verdadero valor. Sin embargo, la jurisprudencia se inclina en favor de la opinión contraria. (2) La venta en remate recibido por notario presenta las mismas garantías, se dice, y ocasiona menos gastos. Nos parece que el argumento es una crítica de la ley más bien que una aplicación. Hablando legalmente, la expropiación es la vía más favorable; luego las partes no pueden escoger otra. Esta interpretación rigurosa ha sido consagrada por la ley francesa de 2 de Junio de 1841, que excitó muchas críticas. ¿Por qué no dejar á las partes la libertad de escoger las for-

1 Denegada, 28 de Abril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 219).

2 Casación, 29 de Mayo de 1840 (Sirey, 1840, 1, 385).

mas que juzguen convenientes? ¿Las ventas voluntarias con publicidad no son más ventajosas que las expropiaciones? Troplong hace bien en criticar este formalismo exagerado. (1) Hay, sin embargo, que hacer una diferencia entre las partes enteramente capaces y las que, como el deudor que da un inmueble en anticresis, no están libres. En definitiva, el vicio está en el procedimiento, que habría que simplificar y, sobre todo, hacer menos temeroso. Diremos en el título *De las Hipotecas* cuál es el sistema de la legislación belga.

560. El art. 2088 prohíbe las cláusulas perjudiciales al deudor porque supone que el deudor no estaba libre cuando las subscribió. Esto implica que las cláusulas han sido estipuladas cuando el empeño. En cuanto á las condiciones posteriores la ley no las prohíbe; luego son válidas, á no ser que hayan sido hechas en fraude de la ley. Fué sentenciado en este sentido que el deudor podía, posteriormente al acta de empeño, vender el inmueble al acreedor ó autorizarle á que lo venda á un tercero, aun sin formas. Tal es la doctrina de los autores. (2)

§ II.—DERECHOS DEL ACREEDOR PARA CON LOS TERCEROS.

Núm. 1. ¿Puede el acreedor oponer su derecho á los terceros?

561. La cuestión de saber si el acreedor anticresista puede oponer su derecho á los terceros está muy controvertida. Hay autores que atribuyen al anticresista un derecho real; otros, á la vez que contestan que el anticresista tenga un derecho en el inmueble admiten que puede oponer á los terceros su derecho de frutos y su derecho de retención.

1 Troplong, *Del Empeño*, núm. 563.

2 Durantón, t. XVIII, p. 652, núm. 568; Pont, t. II, p. 697, núm. 1262 y las sentencias que cita. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 265.

En fin, en una tercera opinión el acreedor sólo tiene un derecho personal contra el acreedor; no lo puede, pues, oponer á los terceros; sin embargo, Tromplong, que defiende esta opinión, reconoce al anticresista un derecho contra el acreedor quirografario. La solución de estas dificultades depende del punto de saber si el acreedor tiene un derecho real ó si sólo lo tiene personal; si su derecho es personal no lo puede oponer á ningún tercero, ni siquiera á los acreedores quirografarios. En nuestro concepto el anticresista no tiene derecho real.

562. El empeño es un derecho real. Esto no se dice en nuestros textos porque el Código no es un manual que proceda por definiciones científicas. Sin embargo, la realidad del derecho resulta de las disposiciones del Código. Esto es un punto esencial. Si los textos de donde resulta que el empeño es un derecho real son especiales al empeño de muebles debe concluirse que el empeño de los inmuebles no es un derecho real. ¿Cuáles son las disposiciones que establecen implícitamente la realidad del derecho de empeño? El art. 2073, que define el derecho de empeño, tiene como consecuencia necesaria que este derecho es real. En efecto, da al acreedor el derecho de hacer que le paguen en la cosa empeñada *por privilegio y de preferencia á los demás acreedores*. El privilegio es un derecho real, el privilegio mueble tanto como el inmobiliario; luego el empeño es un derecho real. Es porque el acreedor tiene un derecho en la cosa por lo que puede oponerlo á los terceros. Y es porque el empeño puede ser opuesto á los terceros por lo que la ley prescribe condiciones muy rigurosas en interés de estos últimos: la redacción de una acta, el registro cuando el escrito es privado, la notificación del acta al deudor cuando se trata de un crédito, las menciones que debe contener el acta; en fin, la puesta en posesión del acreedor prendista (arts. 1274 y 1276).

Confrontemos estas disposiciones con el artículo que determina los derechos del acreedor anticresista: «El acreedor no adquiere por el contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente en los intereses y en el capital.» La disposición está concebida en términos restrictivos. Es como si dijera la ley: El acreedor anticresista no tiene los derechos que el artículo 2078 concede directa ó implícitamente al acreedor prendista; su derecho único consiste en pagarse con los frutos. Y el pago se hace entre acreedor y deudor; luego la anticresis no da al acreedor un derecho en los frutos sólo para con el deudor. Pero este modo de pago nada cambia en la naturaleza del crédito que el deudor pague en frutos; si fuera quirografaria permanecería quirografaria. Lo que prueba que el acreedor no tiene ningún derecho en la cosa que pueda oponer á los terceros es que la ley no prescribe ninguna medida en interés de los terceros, ni acta, ni registro, ni declaraciones que tengan por objeto impedir el fraude en su perjuicio. Si el legislador hubiera querido conceder al acreedor anticresista un derecho en la cosa, derecho oponible á los terceros, este derecho hubiera sido un privilegio análogo al del acreedor prendista; desde luego este privilegio hubiera debido hacerse público, como todos los privilegios inmuebles, ó cuando menos el legislador lo hubiera sometido á formas y á garantías en interés de los terceros. Es seguro que el anticresista no tiene privilegio. ¿En qué versaría su derecho real? ¿En los frutos? Sería un derecho real en objetos muebles, derecho oponible á terceros, derecho asegurando al anticresista una preferencia á los demás acreedores que tuvieran un derecho en los frutos. Este derecho, análogo al empeño, no se entendería en el sistema del Código sino mediante garantías; si éstas son necesarias para el empeño también lo serán para la anticresis. Y la ley no

prescribe ninguna forma, ninguna condición en interés de los terceros. Prueba de que no entendió que el derecho del anticresista pudiera serles opuesto.

563. Los principios conducen á la misma consecuencia. ¿Qué es un derecho real? ¿Cuáles son sus consecuencias? Es un derecho en la cosa que está gravada. ¿Tiene el anticresista un derecho en el fundo de que percibe los frutos? Según el art. 2085 no adquiere por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble con cargo de imputarlos en los intereses y en el capital de su crédito. Decir que el anticresista sólo tiene el derecho de percibir los frutos del inmueble es decir que no tiene derecho en el inmueble; no es éste el que está afectado á su crédito como la prenda para el acreedor prendista (art. 2078), como el inmueble hipotecado está afecto al pago de una obligación (art. 2114). No teniendo el anticresista más que un derecho en los frutos su derecho es mueble, mientras que si tuviera un derecho en la cosa su derecho fuera inmueble, puesto que se ejercería en un inmueble. Y si el derecho del anticresista fuera real, y por tanto inmueble, podría ser hipotecado, y es bien seguro que no lo puede ser; luego el derecho no es real. En fin, el derecho real da el derecho de promoción, afecta la cosa en cualquier poder que esté. ¿Tiene el anticresista un derecho de persecución? Nó; luego no tiene derecho real. Este es un punto capital y hay que insistir en él. Todos los derechos reales que reconoce el Código como tales dan derecho de promoción: tal es el usufructo, tales las servidumbres inmobiliarias (art. 543), tales son las hipotecas y el privilegio inmobiliario. Este carácter del derecho real es de su esencia cuando grava un inmueble, pues tiene por objeto desmembrar el inmueble, y éste, desmembrado, permanece en poder de cualquier poseedor. ¿Sucede lo mismo con la anticresis? Nó; acerca de este punto todos están acordes; el anticresista lejos de poder perseguir el in-

mueble en manos de un tercero poseedor pierde su derecho al perder la posesión del inmueble; percibe los frutos mientras que posee la cosa y deja de percibirlos cuando deja de poseerla. Destituido del derecho de perseguir el derecho del anticresista no puede ser un derecho real. Se objeta que el acreedor prendista tampoco tiene el derecho de promoción, lo que no impide que su derecho sea real. Contestaremos que esto procede del principio del art. 2270. El mismo propietario no tiene el derecho de perseguir la cosa cuando es mueble. ¿Se dirá que su derecho no es un derecho de propiedad porque no tiene el de reivindicarla? A decir verdad puede reivindicar; sólo que el poseedor de buena fe puede rechazar la acción oponiéndole su posesión. Lo mismo pasa con todos aquellos que tienen un derecho real en una cosa mueble; el usufructuario, cuando su goce versa en muebles, puede ejercer su derecho en ellos cuando los posee un tercero; pero si el poseedor es de buena fe puede rechazar su acción por la excepción de posesión. Lo mismo pasa con el acreedor prendista. El derecho real mueble tiene, pues, el derecho de persecución; sólo que éste se hace ineficaz cuando el poseedor es de buena fe. Volveremos ahora al anticresista y se verá que la objeción se vuelve en contra de aquellos que la presentan. ¿Puede perseguir el inmueble empeñado en manos de un tercer poseedor? Nó. ¿Lo puede cuando el poseedor es de mala fe? Nó, nunca tiene el derecho de persecución, mientras que el acreedor prendista lo tiene por esencia, á reserva de la excepción que resulta de la buena fe del poseedor. Luego el derecho del anticresista difiere fundamentalmente del derecho de empeño; este es real, el otro no lo es. (1)

564. Hay objeciones y serias. Se opone la tradición. Pothier dice terminantemente que el derecho de anticresis es un derecho de la cosa, lo mismo que el derecho de hi-

1 Proudhón, *Del usufructo*, t. I, p. 91, núm. 85 y p. 99, núm. 94.

poteca; concluyéndose que cuando un acreedor ha adquirido el derecho de anticresis sobre una herencia el deudor no puede enajenar la herencia á nadie, ni hipotecarla á un segundo acreedor del derecho de anticresis del acreedor á quien la concedió. (1) Podríamos contestar que la doctrina de Pothier en esta materia no deja de tener opositores; Duparc-Poullain dice lo contrario. La cuestión estaba, pues, controvertida en el derecho antiguo y se trataba de saber cuál de las dos opiniones los autores del Código entendieron consagrar. Pero esta respuesta no es satisfactoria; para los autores del Código la tradición se resume, en general, en la doctrina de Pothier; ¿conocen el disentimiento de Duparc-Poullain? Se puede dudar. Sin embargo, sería exagerar la autoridad de Pothier pretender que su opinión se deba admitir como una interpretación oficial del Código Civil. Cuando se trata de la tradición se debe ver ante todo si los autores del Código la han consagrado. Y basta comparar el art. 2085 con las palabras de Pothier para convencerse de que hay una diferencia radical entre la ley y el derecho antiguo, suponiendo que la doctrina de Pothier fuese la del derecho antiguo. El Código no dice que la anticresis es un derecho en la cosa, un derecho real, lo dice de la hipoteca, y, si como Pothier, hubiera colocado ambos derechos en igual línea, habría sabido decir de la anticresis lo que dice de la hipoteca, y los términos restrictivos del art. 2085 no permiten identificar la anticresis con la hipoteca. Cuando se compara este artículo con el 2114 se ve que hay una diferencia entre ambos derechos; por una parte la ley dice que la hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectados al pago de una obligación y que los persigue en poder de quien estén, por otra parte dice que el acreedor anticresista sólo adquiere el derecho de per-

1 Pothier, *De la hipoteca*, núms. 231 y 232. Compárese Pont, t. II, p. 705, núm. 1279.

cibir los frutos del inmueble; no se trata ni de derecho real ni de derecho de persecución. Lo cual nos parece decisivo.

565. Los trabajos preparatorios dejan indecisa la cuestión. Berlier trata extensamente las diferencias que existen entre la anticresis y el empeño. Comienza por decir que [la anticresis es al inmueble lo que el empeño es al mueble, lo que parece identificar ambos derechos; pero agrega inmediatamente que hay diferencias entre ambos empeños. En el empeño propiamente dicho es la cosa misma la que responde de la deuda; en la anticresis es en la percepción de los frutos en la que se ejerce el derecho del acreedor. Esta diferencia es característica: la cosa empeñada está gravada, el inmueble dado en anticresis no lo está. El derecho del anticresista no puede, pues, ser un derecho real en el inmueble, sólo pudiera serlo en los frutos. Berlier no pronunció la palabra *derecho real*; su lenguaje es restrictivo, como el del Código. «El derecho de percibir los frutos, dice, combinado con el de perseguir la expropiación del fundo en caso de falta de pago da al acreedor todo lo que puede atribuirle el contrato que no le confiere derecho de propiedad (pues el fundo no está enajenado) ni *derecho hipotecario*, puesto que tal derecho sólo puede adquirirse según las formas generales establecidas por las leyes y por una inscripción regular.» Es seguro que el anticresista no tiene hipoteca, pero Berlier parece ir más allá diciendo que el acreedor no tiene *ni derecho de propiedad ni derecho hipotecario*. ¿No es esto decir que tiene ningún derecho real, ni propiedad desmembrada, ni propiedad? Sin embargo, no nos atrevemos á afirmar que tal sea la mente del Orador del Gobierno. En lo que agrega sólo insiste en este punto: es que el anticresista no puede oponer su derecho á los acreedores hipotecarios anteriores. (1) Nada dice del conflicto entre los acreedores posteriores y el anticresista, y esta es la verdadera dificultad.

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 9 [Loché, t. VIII, p. 100].

El Relator del Tribunado establece también una comparación entre el empeño y la anticresis. Según él el acreedor prendista tiene un privilegio en la misma cosa, mientras que el anticresista sólo lo tiene en los frutos. Esto es exacto en lo que se refiere al empeño; pero en cuanto al anticresista Gary hace decir á la ley lo que ésta no dice. (1) El artículo 2085 dice que el acreedor sólo tiene el derecho de percibir los frutos, no dice que tenga un privilegio en los frutos; y los privilegios sólo existen en virtud de la ley; donde no hay texto no hay privilegio. Debe, pues, concluirse del texto que el anticresista no tiene privilegio en los frutos y no tiene derecho en el inmueble; desde luego no puede tratarse de derecho real.

566. La opinión contraria invoca también los textos y, ante todo, los artículos que definen la anticresis. Según el art. 2072 la anticresis es el *empeño* de una cosa inmueble. ¿Y qué es el empeño? Es un contrato por el que el deudor entrega una cosa á su acreedor *para la seguridad de la deuda*. La anticresis, así como el empeño, tiene, pues, por objeto dar al acreedor una seguridad para el pago de lo que se re debe. ¿En qué consiste esta seguridad? En una garantía leal; y el inmueble entregado en empeño no da al acreedor más seguridad que el derecho que tiene en el inmueble, derecho que puede oponer á los terceros; luego un derecho real. ¿Cuál sería la seguridad del acreedor si después de haberle dado un inmueble en anticresis el deudor pudiera hipotecarlo y enajenarlo con este efecto: que el comprador ó acreedor hipotecario tendrían el derecho de juntar al anticresista la posesión de la cosa y, por consiguiente, la facultad de percibir los frutos? Para que el anticresista encuentre una seguridad es necesario que pueda oponer su derecho á los terceros y que éstos se vean obligados á respetarlo. (2)

1 Gary, Informe núm. 24 (Loché, t. VIII, p. 106).
2 Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 487, núm. 1229.

Es verdad que la ley califica de empeño la anticresis que dice que el empeño tiene por objeto dar una *seguridad* al acreedor. Pero el art. 2011 no dice en qué consiste esta *seguridad*. Puede haber garantías más ó menos fuertes. Toda garantía real da al acreedor un derecho de preferencia, pero hay varios grados de preferencia. El privilegio inmobiliario da al acreedor el derecho de ser preferido á los demás acreedores, aun los hipotecarios. El acreedor privilegiado tiene, pues, un doble grado de preferencia en los quirografarios y en los hipotecarios. La hipoteca, al contrario, sólo da al acreedor un solo grado de preferencia para con los acreedores quirografarios; lo mismo pasa con los privilegios muebles que, por razón de su objeto, no pueden dar al acreedor un derecho en los inmuebles ni una preferencia para con los acreedores hipotecarios. El art. 2071, al decir que el empeño da una seguridad al acreedor, no decide la cuestión de saber en qué consiste esta seguridad; no identifica la seguridad que da la prenda con la seguridad que da la anticresis. Para saber en qué consiste la seguridad del prendista y del anticresista hay que ocurrir á los textos, y los textos establecen una diferencia considerable entre ambos derechos. El art. 2073 concede al acreedor prendista un privilegio y una preferencia para con los terceros, mientras que el art. 2085 no habla de preferencia ni de privilegio. Cuando el deudor no paga el acreedor en posesión de una prenda puede hacer que se ordene en justicia que la prenda se le quede hasta concurrencia de lo que se le debe; el acreedor anticresista no tiene este derecho. El prendista puede también mandar vender la cosa en remate y se le pagará de preferencia á los demás acreedores con el precio procedente de la venta. El anticresista, al contrario, tiene que perseguir la expropiación de su deudor en las formas legales, y en el orden que se abrirá se le colocará como simple acreedor quirografario. Estas son las diferencias consi-

derables consagradas por el texto; luego de que la anticresis es un empeño como la prenda y de que el empeño es una seguridad para la deuda no se puede inducir que la anticresis confiere un derecho real.

Se dice que el art. 2071 prueba, cuando menos, una cosa: es que la anticresis es una seguridad; y se dice en nuestra opinión que esta pretendida seguridad es decisoria, puesto que pertenece al deudor nulificarla vendiendo ó hipotecando el inmueble dado en anticresis. Sin duda la seguridad no es una seguridad eficaz como la del acreedor prendista; pero no se puede decir que la anticresis no dé ninguna seguridad al acreedor. ¿Cuál es su objeto? El deudor no tiene con qué pagar los intereses y el capital de la deuda; entrega á su acreedor un inmueble en anticresis y con éste le da un medio de pagarse con los frutos. Esta es la seguridad que las partes se proponen; el deudor da al acreedor un medio para que se pague con la percepción de frutos. ¿Esta seguridad debe extenderse más allá? ¿El acreedor anticresista puede oponer su derecho á los adquirentes y acreedores hipotecarios? Esto sería un derecho de preferencia; y el art. 2085 no da ningún derecho de preferencia al anticresista. Es, pues, una seguridad limitada que sólo tiene efecto entre las partes contratantes. Seguridad imperfecta, sin duda; pero el acreedor está libre para estipular una seguridad más eficaz haciendo que se le dé una hipoteca y, por consiguiente, un derecho de preferencia.

567. Esto es lo que el art. 2051 parece decir: "Todo cuanto está estatuido en el presente capítulo no perjudica los derechos que los terceros podrían tener en el fundo del inmueble entregado á título de anticresis. Si el acreedor con tal título tiene además en el fundo privilegios ó hipotecas legalmente establecidas y conservadas lo ejercerá en su orden y como cualquier otro acreedor." Parece resultar de esta disposición que el acreedor anticresista, como tal,

no puede oponer su derecho á los terceros en este sentido: que les sea preferido; sólo tiene preferencia si tiene una hipoteca ó un privilegio. ¿No debe concluirse de esto que el anticresista sólo es un acreedor quirografario; es decir, que sólo tiene un derecho personal con su deudor?

Es en este sentido en el que el art. 2091 está interpretado por los partidarios de la opinión que sostenemos. Delvincourt dice que esta disposición significa que la anticresis no impide el ejercicio de los derechos reales constituidos aun posteriormente. Si sólo tuviera por objeto, se dice, decidir que la anticresis no perjudica los derechos que los terceros podrían haber adquirido en el inmueble no tendría sentido, pues se entiende que la anticresis no puede quitar un derecho adquirido á los acuerdos anteriores, teniendo el anticresista que tomar el inmueble en el estado en que se encuentra: desmembrado por las hipotecas. Para dar un sentido al art. 2091 es necesario aplicarlo aun á las hipotecas que los terceros adquieran en el inmueble después de la constitución de la anticresis. Lo que conduce á decir que el anticresista no puede oponer su derecho á los acreedores anteriores ni á los posteriores; por tanto, no tiene derecho real, sólo tiene un derecho contra la persona de su deudor. (1)

La interpretación que se da al art. 2091 nos parece dudosa. Conduce á decir que esta disposición sería inútil si se la limitase al derecho real establecido acerca del inmueble antes de la constitución de la anticresis. Esto no es un argumento decisivo. Hay muchas disposiciones en el Código que son inútiles en este sentido: que sólo aplican principios y que estas aplicaciones eran claras. Hay, pues, que ver lo que quiso el legislador. Y el Orador del Gobierno y el Relator del Tribunado están acordes en este punto: uno y otro,

1 Delvincourt, t. III, p. 444, notas 2 y 3. Troplong, *Del Empeño*, núm. 178. Bastia, 9 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 241).
P. de D. TOMO XXVIII—78

al exponer los motivos del art. 2091, suponen que el anticresista se encuentra en conflicto con los acreedores anteriores al acta de empeño. Berlier compara al prendista con el anticresista: el primero, dice, es preferido á *todos los demás* aun más antiguos que él, porque el inmueble ha salido de la posesión del deudor y que los inmuebles no se persiguen por hipoteca en derecho francés: «En la anticresis, al contrario, si la expropiación está perseguida, ya por el detentor del inmueble, ya por cualquier otro acreedor, el empeño del inmueble no establecerá privilegio ni hipoteca. Esto es un poco vago, pero lo que sigue precisa el sentido de lo que quiso decir Berlier: «El acreedor simplemente poseído de anticresis no podría razonablemente pretender que tal acta *borrarse los títulos de los terceros* y le diera sobre ellos una preeminencia que se volvería subversiva al orden social.» ¿En qué sentido está en causa el orden social? En este sentido: que los derechos adquiridos deben ser mantenidos, si no ya no habría seguridad en las relaciones civiles. Esto es lo que dice el Orador del Gobierno: «La anticresis no podría, pues, prevalecer á los derechos hipotecarios *adquiridos* por los terceros, ni concurrir con ellos; pero si el acreedor poseído es también acreedor hipotecario inscripto ejercerá sus derechos en su orden y como cualquier otro acreedor.» Así, según la Exposición de los Motivos, el art. 2091 dice precisamente lo que es por demás decir, como dicen Delvincour y Troplong; no decide nuestra cuestión. El Relator del Tribunado da la misma explicación. ¿Se deducirá de ella que el anticresista puede oponer su derecho á los acreedores posteriores al acta de empeño? Los oradores del Gobierno y del Tribunado no dicen esto, para que lo digan habría que argüir del silencio que guardan en cuanto á los derechos posteriores. Y si el argumento *a contrario* es azarosa cuando se trate de interpretar un texto de la ley lo es mucho más cuando se trata de interpretar ó explicar uno de esos dis-

curso oficiales que sólo son paráfrasis de los textos. La cuestión que discutimos suscita unas dificultades serias cuando hay conflicto entre el acreedor anticresista y los acreedores hipotecarios posteriores. Si los autores del Código hubieran entendido que el acreedor anticresista fuera preferido á los acreedores posteriores hubieran discutido la cuestión y contestado las objeciones; ¿puede decirse que han decidido un punto tan difícil guardando silencio? Esto no es admisible. Volveremos más adelante á estas dificultades.

568. La legislación francesa ministra un argumento especioso á la doctrina que combatimos. Según la ley de 25 de Mayo de 1855 el acta de anticresis debe ser registrada. Y si el derecho que confiere la anticresis no pudiera oponerse á los terceros que pretenden derechos en el inmueble empeñado ¿con qué objeto se le hubiera sometido al registro? Queriendo la ley que la anticresis sea hecha pública es tiene que admitir que ésta engendra un derecho real. (1) Este argumento, que se considera como decisivo, no convenció á la Corte de París. La ley, dice, al ordenar la publicidad de ciertas convenciones cuyo conocimiento puede interesar á los terceros no entendió alterar los efectos legales de estas convenciones, y especialmente de la anticresis, por lo que prescribió el registro en interés de los terceros. Esta ley no la deroga el Código Civil; y bajo el imperio del Código había controversia acerca del punto de saber si el anticresista podía oponer su derecho á los acreedores posteriores: convenía, pues, hacer público este derecho suponiendo que el acreedor pudiera oponerlo á los que tratarían con el propietario del inmueble. (2)

Muchas cosas más podrían contestarse todavía á la objeción; sólo insistimos en ello porque la ley belga acerca de la

1 Mourlón, *Repetitions*, t. III, p. 488, núm. 1230.
2 París, 2 de Agosto de 1871 (*Dalloz*, 1871, 2, 193).

transcripción no menciona las anticresis entre los derechos que deben ser registrados. El informe de la comisión que preparó la Ley Hipotecaria da los motivos: es que la anticresis sólo constituye un derecho mueble y no puede perjudicar en ningún caso á los adquirentes de inmuebles ni á los acreedores hipotecarios. (1) Este informe tampoco prejuzga nada; sólo las decisiones legislativas tienen fuerza de ley; pero es cuando menos una autoridad que testifica cuál es la opinión general en Bélgica. (2)

Núm. 2. ¿Puede el acreedor oponer su derecho á los terceros?

569. Hay otra disposición acerca de la naturaleza de la anticresis y los derechos del acreedor. Aubry y Rau la formulan claramente. Admiten que el acreedor puede oponer su derecho á los terceros, pero niegan que este derecho sea real: dicen que es comprometer una buena causa con un mal argumento. (3) Por contra los que sostienen la realidad del derecho dicen que los editores de Zachariæ se equivocan. (4) Este profundo disentiimiento que divide la opinión que combatimos no atestigua en su favor. No es decir nada el afirmar que el acreedor anticresista tiene un derecho contra los terceros; todo depende del motivo para decirlo. Y acerca de este punto esencial el desacuerdo es absoluto; lo que unos consideran como una verdad los otros lo llaman error. En nuestro concepto ambas opiniones se destruyen una con otra; unos tienen razón en decir que la anticresis no es un derecho real y los otros tienen razón en decir que el anticresista no puede oponer su derecho á los terceros.

1 Informe en Parent, *Documentos*, p. 15.

2 Compárese Martou, *Comentarios acerca la Ley Hipotecaria*, t. I, p. 51, número 34.

3 Aubry y Rau, t. IV, p. 718, nota 9, pfo. 438.

4 Pont, t. II, p. 704, núm. 1278.

Veamos desde luego en qué sentido se admite que el acreedor puede oponer á los terceros los derechos que le da el empeño. ¿Cuáles son los derechos del acreedor? Tiene el derecho de retención y de goce; este último está subordinado al primero, puesto que el derecho á los frutos no se concede sin posesión. El acreedor, se dice, puede hacer valer los derechos de retención y goce contra el tercero que adquiriera el inmueble posteriormente al acta de anticresis, así como los acreedores hipotecarios cuyas hipotecas no se han vuelto ineficaces sino posteriormente al establecimiento de la anticresis; en fin, puede oponer sus derechos á los acreedores quirografarios. Este es el interés del debate: los acreedores no pueden forzar al acreedor anticresista á abandonar el inmueble antes de haberlo completamente desinteresado, y no pueden embargar los frutos á su perjuicio.

570. Estas consecuencias son muy naturales y muy lógicas cuando se admite la realidad del derecho de anticresis. Pero en la opinión que exponemos el derecho de la anticresis no es real; es, pues, personal; es decir, que tiene un derecho de crédito contra el deudor que le ha entregado el inmueble en anticresis. ¿En virtud de qué principio puede el acreedor oponer un derecho de crédito á los terceros? Se contesta que es una aplicación del principio en virtud del cual no podemos transferir á otra persona más derechos de los que tenemos. Es muy cierto que el principio por sí mismo no basta para explicar y justificar la opinión que autoriza al anticresista á oponer su derecho de crédito á los terceros. El deudor queda propietario después de dar el inmueble en anticresis; puede, pues, venderlo ó gravarlo con hipoteca. Cuando el adquirente ó el acreedor hipotecario ejercieran sus derechos en el inmueble ¿podría el anticresista rechazarlos oponiendo su derecho personal de retención y de goce? El demandado contestaría: "Es precisamente porque nuestro derecho es puramente de crédito por

lo que no podréis oponérmelo, pues que yo no he contraído ninguna obligación para con vosotros, y la que vuestro deudor haya contraído me es extraña; yo estoy ligado en un contrato en el que no figuro. En vano me diríais que soy el legatario de vuestro deudor; sin duda, pero como tal no estoy obligado á lo que mi autor haya contraído, yo sólo estoy obligado á respetar los derechos reales que resultan de los contratos que ha consentido. Y vuestro derecho no es real; luego no me lo podéis oponer, porque sólo tenéis acción contra vuestro deudor.»

Esto es elemental, y los excelentes jurisconsultos que combatimos lo han perfectamente comprendido; por esto tienen cuidado de agregar que invocan la máxima *Nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet*, en el sentido y extensión que tiene en francés. (1) ¿Qué significa esto y dónde consta que dicha máxima tiene otro sentido en francés que el que siempre ha tenido sin que resulte de la naturaleza misma de la máxima? Nosotros no conocemos más que un solo artículo del Código que, según varios autores, especialmente Aubry y Rau, darían á esta máxima una extensión que no tenía en derecho romano ni en la antigua jurisprudencia francesa: es el art. 1743. El dador vende la cosa arrendada: ¿Está ligado el adquirente por el arrendamiento ó puede expulsar al arrendatario? En el derecho antiguo se decidía que el contrato de arrendamiento no ligaba al adquirente, que sólo resultaba un derecho de crédito del arrendatario contra el dador, derecho que el arrendatario no podía oponer al adquirente extraño en el arrendamiento. ¿Qué importa que el dador esté obligado con el arrendatario? Esta es una obligación personal que no da al arrendatario ningún derecho en la cosa; el dador está obligado por el compromiso que ha contraído, el adquirente no lo está. Estos son los verdaderos principios, como Pothier los establece.

1 Compárese Durantón, t. XVIII, p. 642, núm. 560.

El Código los ha derogado. La disposición del art. 1743 es, pues, una excepción, una verdadera anomalía. ¿Cuál es el motivo para que el legislador haya dado efecto al contrato de arrendamiento contra el adquirente? Ya lo hemos dicho en el título *Del Arrendamiento*: es el interés general, y más que todo el interés agrícola. Hay otra explicación: se pretende que la ley ha aplicado al derecho de arrendamiento la máxima que no nos permite transferir á otro más derechos que los que tenemos. Esta explicación es muy contestable. Pero aun cuando se admitiera todo lo que se podría deducir es que por excepción el legislador extendió á un derecho de crédito un principio que sólo se había aplicado á los derechos reales. Luego sería siempre una extensión excepcional de la máxima. Lo que es decisivo contra los que la invocan, puesto que las excepciones no se extienden. En ninguna parte del Código se dice que la máxima tradicional tenga en derecho francés un sentido diferente que el que tenía en derecho romano y en nuestro antiguo derecho. Si el art. 1743 le ha dado una extensión excepcional ¿se deducirá que esta excepción, verdadera anomalía, llegará á ser regla? Esto sería razonar mal. Sólo el legislador puede cambiar la naturaleza de los principios; el intérprete debe mantenerlos, salvo respetar las derogaciones que hace la ley; no tiene el derecho de transformar la excepción en regla.

571. Se insiste en decir que si el anticresista no puede oponer su derecho á aquellos que posteriormente al acta compraron el inmueble ó estipularon en derecho real de penderá del deudor nulificar el efecto de la anticresis. Y, se dice, conforme á los términos del art. 2087 el deudor no puede, antes de pagar completamente su deuda, reclamar el goce del inmueble que ha dado en anticresis; esto es decir que el deudor no puede desposeer al acreedor, si no lo puede directamente menos lo podrá vendiendo ó hipotecando el in-

mueble. En virtud del contrato de empeño el deudor está privado del goce de la cosa que ha dado en pago á su acreedor; no puede volver á ella sin ofrecerle otra en pago. Puede, sin duda, enajenar el fundo de la anticresis y gravarlo con hipoteca, pero sólo bajo la misma condición; es decir, que el adquirente y el acreedor hipotecario no podrán desposeer al acreedor más que pagándole todo. Proudhón, que extensamente desenvuelve esta argumentación, termina diciendo que el derecho de retención de que goza el acreedor anticresista da un *privilegio* tan eficaz como el que resulta de la hipoteca, aunque no se opere del mismo modo. (1)

En el fondo esta argumentación no es más que una paráfrasis de la máxima tradicional, base de la opinión que combatimos. Proudhón, tan sagaz como sutil, no se apercibió de que su razonamiento supuso lo que faltaba demostrar; es decir, que el adquirente y el acreedor hipotecario debían respetar un derecho de crédito. La conclusión á que llega atestigua contra el principio de que se desprende. Se quiere que el acreedor anticresista tenga un *privilegio*; es decir, un derecho de preferencia tan eficaz como el derecho hipotecario y, sin embargo, el derecho de retención sólo se concede, en materia de prenda, contra el deudor, no contra los terceros. Nos trasladamos á lo dicho acerca del empeño (núms. 501 y 502). Cuando la ley concede un privilegio en materia de empeño tiene cuidado de prescribir condiciones y formalidades para resguardar los intereses de los terceros. El derecho de retención del prendista no está sometido á estas condiciones y sus formas porque el acreedor sólo lo puede oponer al deudor, los terceros están fuera de causa. Por esto es por lo que la ley, con la misma mente, concede el derecho de retención al acreedor anticresista. Tampoco prescribe

1 Proudhón, *Del usufructo*, t. I, p. 95, núm. 90; p. 97, núms. 92 y 93; p. 101, núm. 96.

ninguna condición, ninguna formalidad en interés de los terceros. ¡Y, no obstante, este derecho de retención conferiría un privilegio al anticresista! Esta doctrina es un tejido de contradicciones. Asimila la anticresis al empeño y da al anticresista un derecho del que no goza el prendista: el derecho de retención contra los terceros. Da al anticresista un privilegio ó una preferencia bajo el nombre de derecho de retención, cuando el art. 2085 niega implícitamente al anticresista toda preferencia y privilegio. El prendista sólo goza de su privilegio llenando las formalidades y condiciones prescritas por la ley; y el anticresista que no tiene ningún derecho tendría un privilegio sin ninguna condición. Se objeta que nuestra opinión sacrifica el derecho del anticresista á los terceros. Invertimos el reproche; la opinión que combatimos sacrifica el derecho de los terceros al del anticresista, y esto es más grave, pues el interés de los terceros es el interés general, y en el interés de todos está el interés de uno solo. Mejor dicho, son derechos en oposición con el interés del anticresista, pues éste no tiene derecho en la cosa, no tiene más que un crédito contra el deudor, mientras que los terceros tienen un derecho en la cosa como adquirentes ó como acreedores hipotecarios. Esto es decisivo; el derecho de los terceros vence el del anticresista, que no tiene derecho para con ellos.

572. Durantón hace valer aún otro argumento. El artículo 2085 quiere que la anticresis sea establecida por escrito. La razón no puede ser más que porque el acreedor puede oponer su derecho á los terceros. (1) Preguntaremos qué garantías ofrece el escrito á los terceros. Cuando se trata del privilegio del acreedor prendista la ley no se conforma con un escrito, quiere una acta auténtica ó una privada, pero registrada, prescribiendo las declaraciones que

1 Durantón, t. XVIII, p. 647, núm. 560.

debe contener esta acta. Si la ley hubiera entendido dar efecto á la anticresis contra los terceros habría organizado un sistema cualquiera de garantías en su favor, y el escrito solo no es una garantía. El argumento se vuelve, pues, contra aquellos que lo invocan.

573. La Corte de Casación se pronunció por la opinión que hemos creído deber combatir; la sentencia, pronunciada en el informe de Labori, fué redactada con mayor cuidado. (1) Sin embargo, no hace más que reproducir, casi textualmente, la argumentación de Proudhon que ya hemos contestado.

Núm. 3. Consecuencias.

574. Hay un punto que no es dudoso: que el acreedor anticresista no puede oponer su derecho á los terceros que antes del acta de empeño habían adquirido un derecho en el inmueble, ya á título de adquirentes, ya con el de acreedores hipotecarios. El art. 2091 lo dice, y el Orador del Gobierno, así como el Relator del Tribunal, formulan este principio con gran energía: esto sería, dicen, trastornar las relaciones sociales, el atacar derechos adquiridos en los inmuebles. Aquí es el caso de invocar la máxima tan amenudo citada en este debate: que el propietario que ha enajenado el fundo ó que lo ha hipotecado ó gravado con cualquier otro derecho real no puede ya consentir á un tercero en el inmueble un derecho que destruya ó altere las concesiones ya consentidas. La ha enajenado, no tiene ningún derecho en la cosa y, por consiguiente, no puede ya hacer ningún acto de disposición, ni aun de administración, relativos á la cosa; es el adquirente el que ha adquirido el poder absoluto de disponer y de gozar de ella. La ha hipotecado, el inmueble se halla desmembrado y no puede dispo-

1 Casación, 31 de Marzo de 1851 [Dalloz, 1851, 1, 65].

ner de ella en provecho del acreedor anticresista más que en el estado en que se halla desmembrada por la concesión que ha hecho; (1) no se comprende por qué una corte de apelación pudo descuidar un principio elemental consagrado por el texto del Código.

575. La única dificultad que se puede presentar es la de saber cómo los adquirentes y acreedores hipotecarios probarán la fecha en la que han adquirido sus derechos. En cuanto á los adquirentes la cuestión la zanja la nueva ley que exige la transcripción para que los actos translativos de derechos reales inmuebles puedan ser opuestos á los terceros. La fecha de las hipotecas se establece por la inscripción. Queda la anticresis. La legislación francesa prescribe la transcripción del acta que la establece, de donde se sigue que el anticresista puede oponer su derecho, en la opinión general, á aquellos cuyos derechos no hubieran recibido la publicidad legal cuando la transcripción del acta de empeño. Conforme á nuestra legislación el acta anticrético no debe ser transcripta; la fecha en que fué constituida se establece, pues, conforme al derecho común, por acta auténtica ó privada que tengan fecha cierta. (2)

576. El anticresista puede, pues, perder; mejor dicho, ser desposeído por un adquirente ó un acreedor hipotecario anterior. Se pregunta si debe tener en cuenta á aquellos que le quiten la posesión de los frutos que ha percibido. Se deben distinguir los adquirentes y los acreedores hipotecarios. Aquéllos tienen derecho á los frutos á partir del embargo. Esta es la disposición de la ley belga de 15 de Agosto de 1854 (núm. 23). (3) En cuanto á los adquirentes sus derechos

1 Casación, 11 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9). Pont, t. II, p. 703, número 1273.

2 Pont, t. II, p. 685, núm. 1230 y p. 703, núm. 1273. Aubry y Rau, t. IV, p. 716, nota 6, pfo. 437.

3 Según la ley francesa, arts. 682 y 685 del Código de Procedimientos modificado, los frutos sólo se vuelven muebles después de la transcripción del embargo por el acreedor.

quedan regidos por el Código Civil. Ordinariamente los frutos les pertenecen desde el acta de venta; si, pues, el vendedor dió el inmueble en anticresis, posteriormente á la venta, dispuso de la cosa ajena y, por consiguiente, es nula la anticresis. La consecuencia es que el anticresista debe restituir todos los bienes que percibió. Se ha escrito que el anticresista puede prevalecerse, contra el adquirente, del art. 549; es decir, que hará suyos los frutos si es de buena fe; esto es equitativo y racional, se dice. (1) Tendría que preverse, ante todo, si esto es jurídico y legal. Y según el artículo 547 los frutos pertenecen al propietario, y el art. 549 no hace excepción á este principio más que para los poseedores de buena fe; es decir, según el art. 550, aquellos que poseen como propietarios en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignoran. ¿Posee el anticresista como propietario? ¿Posee en virtud de un título translativo de propiedad? ¿Puede decirse que ignore los vicios de su título? Nó. Luego no tiene la buena fe legal; por tanto, no puede reclamar los frutos; percibió lo que era del propietario, tiene que restituirlo. Si la equidad está á favor del anticresista el propietario tiene á su favor el derecho, y el derecho prevalece á la equidad.

577. El art. 2091 agrega que si el acreedor anticresista tiene una hipoteca la ejerce en su orden como cualquier acreedor. Aunque teniendo una hipoteca el acreedor puede tener interés en estipular una anticresis, puesto que esto es un medio de pagarse sin tener que pasar por las formalidades largas y costosas de la expropiación forzada, y se entiende que el derecho nuevo que estipula no le hace perder su derecho real de hipoteca.

El acreedor anticresista puede también, por falta de pago y como acreedor quirografario, perseguir la expropiación de su deudor por las vías legales (art. 2088). Pero el acree-

1 Pont, t. II, p. 703, núm. 1274.

dor, no teniendo privilegio, sólo será colocado en la lista como acreedor quirografario y pagado por contribución si el deudor es insolvente. (1) El acreedor tiene, pues, interés en no provocar la expropiación mientras que él mismo no está perseguido. Puede estarlo por los acreedores hipotecarios anteriores. Queda por saber si puede oponer su derecho á los que adquieren uno en la cosa posteriormente al acta de anticresis.

Hay á este respecto una gran diferencia entre la anticresis y el empeño. El acreedor prendista realiza su derecho haciendo vender la prenda en remate, se le pagará de preferencia á los demás acreedores; mientras que el acreedor anticresista que persigue la expropiación pierde su derecho; renunciando á la posesión y al derecho de retención renuncia por esto mismo al derecho que tiene de percibir los frutos, y este es el único derecho que tenga. (2)

578. El deudor que da una cosa en prenda permanece propietario de ella; la ley lo dice del empeño (art. 2039) y lo mismo sucede con la anticresis, que sólo confiere al acreedor el derecho de percibir los frutos (art. 2085). De esto se sigue que el deudor puede enajenar el fundo empeñado, puede hipotecarlo. ¿Cuáles serán los derechos del adquirente y del acreedor hipotecario? Aquí brota la diversidad de opiniones relativas á la naturaleza de la anticresis. En la doctrina que hemos enseñado el anticresista tiene sólo un derecho de crédito que no puede oponer más que al deudor. No puede prevalecerse de él contra los terceros que tienen un derecho real en la cosa. Por consiguiente, el adquirente podrá vencer al anticresista, sin que éste pueda oponerle su derecho de retención ni su derecho á los frutos. Asimismo los acreedores hipotecarios podrán embar-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 488, núm. 1231, 1.º Pont, t. II, p. 702, núm. 1272 y p. 708, núm. 1284.

2 Proudhon, *Del usufructo*, t. I, p. 100, núm. 95.

gar el inmueble empeñado que les fué dado en hipoteca; el anticresista desposeído y que no tiene el goce del fundo sólo tendrá acción más que contra el deudor. Hay sentencias en este sentido. Se objeta que esto es permitir al deudor nulificar el derecho que tiene concedido al acreedor; esto es verdad. Pero si el acreedor pudiera oponer su derecho de goce y retención á los terceros resultaría que el deudor podría engañar á los terceros acreedores y á los acreedores hipotecarios. Esto sería, dice la Corte de Rennes, destruir los efectos del régimen hipotecario, alterar la confianza pública y favorecer á los deudores de mala fe, quienes venderían é hipotecarían como libres fundos cuyos frutos hubieran empeñado á un anticresista para un tiempo que nada limita. (1) En efecto, el derecho de anticresis en el sistema del Código Civil no tiene que publicarse; la ley no prescribe ninguna garantía por interés de los terceros. ¿No prueba esto que en la intención del legislador la anticresis no debe perjudicar á los terceros? El legislador tenía que pronunciarse en favor del anticresista ó en favor de los terceros, y prefirió á éstos porque sus intereses se confunden con el interés general, y el interés social exige que los adquirentes y acreedores hipotecarios puedan contar con la estabilidad de los derechos que se les conceden.

579. En la opinión que reconoce al anticresista un derecho real, ó que cuando menos le permite oponer á los terceros su derecho de retención y de goce, se llega naturalmente á una consecuencia muy distinta. El adquirente tiene que respetar el derecho del anticresista; no puede, pues, desposeerlo, así como no lo puede el deudor. Sólo tiene el derecho que pertenece al deudor, el de reclamar el goce del inmueble pagando enteramente la deuda para cuya seguridad fué empeñado el inmueble. Este sistema sería muy acep-

1 Rennes, 24 de Agosto de 1827 [Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 241]. En el mismo sentido París, 24 de Julio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 54).

table si el acta de anticresis se hiciera pública. La ley permite al arrendatario oponer su derecho de crédito al adquirente, debiera conceder la misma protección al anticresista. Pero la cuestión no está en saber lo que la ley debiera ó pudiera hacer. ¿Esta dió al anticresista un derecho que prevalece al del propietario? El silencio del Código basta para decidir la cuestión, pues sería preciso un texto para que un derecho de crédito se transformara en derecho real ó produjera, cuando menos, algunos efectos; este texto existe para el arrendatario, no existe para el anticresista, lo que es decisivo.

580. En cuanto á los acreedores hipotecarios posteriores al acta de empeño se les reconoce, en verdad, el de ejercer una acción hipotecaria contra el anticresista, puesto que su hipoteca es válida; pero tienen que respetar el derecho de goce y de retención del acreedor anticresista. Esto quiere decir que el embargante tiene que insertar en el cuaderno de cargos las cláusulas de que el inmueble está gravado con anticresis y que el adjudicatario tendrá que entregar el precio en manos del anticresista; sólo bajo esta condición es como puede entrar en posesión. (1)

Hasta hay un caso en que el embargo no puede tener lugar apesar del acreedor anticresista. Se supone que la deuda para cuya garantía fué dada la anticresis no está aún vencida. El anticresista tiene en este caso el derecho de negarse al pago que se le ofrece y conservar la posesión del inmueble imputando los frutos á los intereses. El deudor no podría desposeerlo y tampoco lo podrían sus legatarios. (2)

581. Quedan los acreedores quirografarios. En nuestra opinión el anticresista también es un acreedor personal; por consiguiente, no tiene ningún derecho de preferencia para con los demás acreedores. Estos pueden embargar el in-

1 Pont, t. II, p. 708, núm. 1285.

2 Moulón, *Repeticiones*, t. II, p. 489, núm. 1232.

mueble empeñado, puesto que permanece en el dominio de su deudor; el embargo y la venta ponen fin al derecho anticresista, que sólo tiene su crédito, por el que se le admitirá á contribución con los demás acreedores. Troplong, que enseña nuestro principio, no admite esta consecuencia que de él resulta. La inconsecuencia ha sido notada por todos los autores; (1) es tan evidente que es inútil insistir en ella.

En la opinión que reconoce al anticresista un derecho real, ó cuando menos un derecho que puede oponerse á los terceros, los acreedores quirografarios no tienen ninguna acción contra el anticresista en este sentido: que no tienen ningún derecho en el inmueble empeñado, aunque su crédito fuera anterior al acta de empeño, pues el derecho de prenda que el art. 2093 les concede no es un derecho real; sólo no tienen, pues, más derecho en el inmueble empeñado que el de su deudor desempeñado; y éste no puede reclamar la restitución del inmueble más que cuando pagó toda la deuda; lo mismo pasa con sus acreedores. (2)

582. La dificultad se presentó ante la Corte de París en el caso siguiente. El deudor que había consentido la anticresis cayó en quiebra. Según el Código de Comercio el síndico está obligado á vender los inmuebles del quebrado en nombre de la masa. El anticresista se opuso á ello con fundamento de su derecho real. El Tribunal del Sena, sin negar el derecho de la masa, decidió que el inmueble no podía ser vendido sino con el cargo del derecho de empeño; de donde concluyó que los frutos del inmueble percibidos después de la adjudicación pertenecían al anticresista; la sentencia se funda en que la anticresis somedida al registro es un derecho real que da al acreedor el derecho de persecución. En apelación la decisión fué reformada. La Corte

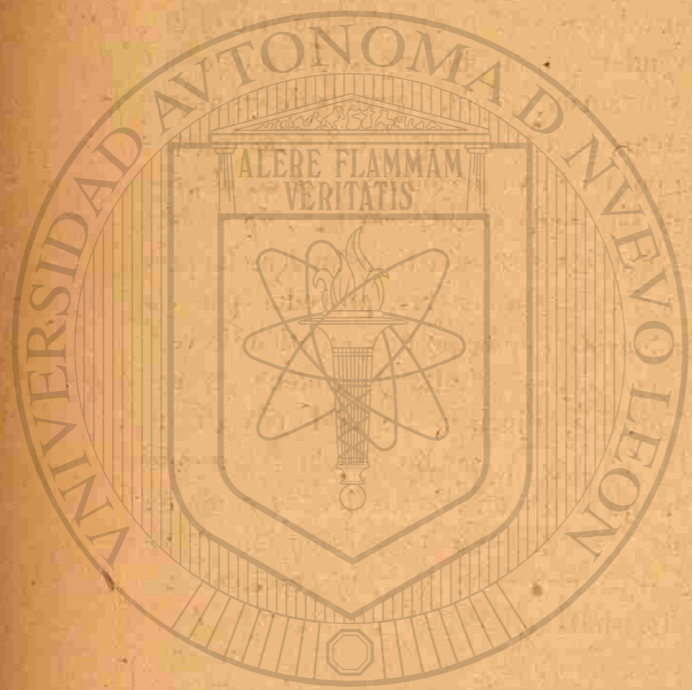
1 Troplong. *Del Empeño*, núm. 592. En sentido contrario, Martou, *Comentario de la L. y Hipotecaria*, t. I, p. 252, núm. 259. Pont, t. II, p. 707, número 1282

2 Pont, t. II, p. 707, núm. 1281.

de París dice que la anticresis no es un desmembramiento de la propiedad, ni la fuente de un privilegio, ni el germen de un cargo hipotecario. Conclúyese de esto que la anticresis no podría quitar á los acreedores del propietario el derecho de mandar vender el inmueble en justicia, porque los bienes del deudor son, sin excepción, la prenda de sus acreedores, y la adjudicación registrada purga todas las hipotecas; los acreedores no tienen ya acción más que en el precio. La Corte aplicó esta regla al anticresista. ¿No es esto decir que el acreedor anticresista sólo tiene un derecho personal? Fuera temerario, en esta materia, proceder por vía de inducción; la sentencia sólo decide una cuestión de venta forzada y de purga. Hay que limitar la sentencia en estos términos. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de París no es la de la Corte de Casación; mucho menos aún consagra la doctrina que considera la anticresis como un derecho real provisto del derecho de persecución. Se ve cuántas dudas quedan en esta materia. Hay realmente un vacío en la ley; se lo señalamos al legislador.

RIN DEL TOMO VIGÉSIMO OCTAVO.

p. de D. TOMO XXVIII—80



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DIRECCIÓN GENERAL DE



INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO XIV.

(TITULO XIII DEL CODIGO CIVIL).

DEL MANDATO.

(CONCLUYE).

CAPITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATO.

§ I. ¿Quién es mandante?

- 1 Es mandante el que habla en su nombre propio. ¿Quid de los que figuran como representantes?..... 3
- 2 Aplicación del principio al mandante dado por representantes legales de un municipio. Quid si declaran obligarse personalmente?..... 4
- 3 El mismo principio se aplica á los funcionarios que con mandato con esta calidad, tales como los receptores de registros públicos..... 6
- 4 Sucede lo mismo con los administradores de una sociedad mercantil, así como con los síndicos de una quiebra..... 6

§ II. De la obligación de indemnizar al mandatario.

Núm. 1. Principio.

- 5 Es el mandato un contrato sinalagmático en razón de las

obligaciones contraídas por el mandante?.....	7
6 Qué se entiende por <i>anticipos y gastos</i> en el art. 1999?..	8
7 Quid si el negocio no tuvo éxito?.....	8
8 Qué se entiende en el art. 1999 <i>por culpa</i> del mandatario?	9
9 Puede el mandante pedir la reducción de los gastos hechos por el mandatario? ¿Bajo qué condición?.....	10
10 Exposición de la jurisprudencia acerca de este asunto....	11
11 Tiene derecho el mandatario á los intereses de sus anticipos?.....	12
12 A partir de qué época? ¿Qué se entiende por <i>adelantos comprobados</i> en el art. 2001?.....	13
12 <i>bis</i> . Qué se entiende por anticipos? ¿Se necesita que el mandatario haya gastado su suma?.....	14
13 Cuál es el tipo del interés cuando el mandato es comercial y que el mandante no es comerciante?.....	14

Núm. 2. Aplicación del art. 2001.

14 Principio de interpretación.....	15
15 Aplicación del principio á la mujer casada.....	15
16 Tienen los abogados derecho á los intereses de sus adelantos? Crítica de la jurisprudencia?.....	16
17 Tiene el notario derecho á los intereses cuando ha hecho anticipos como mandatario? Quid del anticipo de los derechos de registro?.....	18
18 Tiene el agente de negocios derecho á los intereses de sus anticipos?.....	19
19 Crítica de la opinión de Troplong acerca de este asunto..	20
20 Exposición de la jurisprudencia de la Corte de Casación..	23
21 Cómo se calculan los intereses á los que tiene derecho el mandatario?.....	24

§ III. Pago del salario.

22 El mandatario tiene derecho al salario que se le ha prometido, pero no á los intereses del salario, salvo demanda judicial.....	25
23 Hay diferencia entre el salario y los anticipos en cuanto al derecho de reducción? Por qué se pueden reducir los gastos cuando son exagerados, mientras que el salario convenido no puede reducirse por exagerado?.....	25
24 Puede negarse el salario prometido por motivo de que el mandatario ha recibido el mismo mandato de la parte con la que tenía el encargo de negociar?.....	27
25 Tiene el mandatario derecho al salario cuando tiene culpa?	27
26 Quid si el mandatario es culpable de dolo?.....	29
27 Quid si el mandato no se ha podido cumplir por caso for-	

tanto que ocurre al mandatario?.....	29
28 Tiene derecho al salario el mandatario revocado?.....	31
29 Puede el mandatario retener el salario hasta la rendición de cuentas?.....	32
30 En qué tiempo prescribe la acción en pago del salario?....	33

§ IV. De la indemnización por pérdidas.

31 El mandatario es responsable del daño, aun accidental, que la ejecución del mandato hace experimentar al mandatario. Cuál es la razón de esta derogación del derecho común? El art. 2000 se aplica al mandato asarariado.....	33
32 Aplicación en principio á la jurisprudencia.....	35

§ V. De la solidaridad de los comandantes.

33 Los comandantes son solidarios. ¿Por qué? Regla de interpretación para la aplicación del art. 2002.....	36
34 Condiciones que se requieren para que haya solidaridad..	36
35 Se necesita que los mandantes hayan dado mandato para un negocio común.....	37
36 Se aplica el art. 2002 al abogado patrono de muchas personas en un negocio común?.....	38
37 Se aplica á los notarios que actúan como funcionarios públicos?.....	38
38 Los árbitros, ya forzados, ya voluntarios, ¿pueden invocar el artículo 2002?.....	39
39 Quid de los peritos nombrados de oficio ó por las partes?..	40
40 Quid de los síndicos ó agentes de una quiebra?.....	42
41 Quid de los mandatarios legales?.....	43
42 Quid de los agentes de negocios?.....	44

CAPITULO V.

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO Y DEL MANDANTE PARA CON LOS TERCEROS. ®

SECCION I.—De las obligaciones de los mandatarios.

43 El mandatario no está obligado con respecto á los terceros por los convenios que hace como tal en el límite de su poder; y los terceros no están obligados para con él.....	45
44 Aplicación tomada de la jurisprudencia.....	46
45 Está obligado el mandatario con respecto á los terceros cuando se excede en el límite de su poder?.....	47
46 Quid si en este caso ha dado á los terceros conocimiento	

de su mandato?.....	46
47 Quién debe probar que los terceros tenían conocimiento del mandato? Es el mandatario ó el tercero?.....	49
48 El mandatario aun está ligado con los terceros cuando se ha obligado personalmente con ellos, ya sea que se sobrepase á los límites de su poder, ya que no se sobrepase. Cuándo hay compromiso personal?.....	51
49 El mandatario que trata como tal siempre es responsable de la existencia del mandato en virtud del que pretende obrar.....	53
<i>SECCION I.—De las obligaciones del mandante con relación al tercero.</i>	
50 El mandante contrata personalmente por intermedio del mandatario. Cuándo se puede decir que el mandante es parte en el contrato hecho por el mandatario?.....	54
I. De los actos hechos por el mandatario en el límite de sus poderes.	
Núm. 1. Cuándo el mandatario trata en nombre del mandante.	
51 El hecho del mandatario es el del mandante. Aplicación del principio.....	56
52 Es el mandante un tercero en el sentido del art. 1322?...	57
53 Lo es en el sentido del art. 1321?.....	58
54 Es el mandante responsable de las faltas y del dolo de que es culpable el mandatario en la ejecución del mandato?...	59
55 El mandante está ligado por las sentencias habidas con el mandatario.....	62
56 Cuándo se puede decir que el mandatario ha obrado conforme al poder que se le dió?.....	62
57 Quid si en este caso el tercero era de buena fe? Jurisprudencia.....	63
58 Quid si el error de los terceros de buena fe se les puede imputar á su negligencia?.....	64
59 Quid si los terceros han sido inducidos al error por un telegrama inexacto?.....	65
Núm. 2. Cuándo el mandatario trata en su nombre propio.	
60 El mandatario que trata en su nombre propio con respecto á los terceros con los que ha contratado?.....	66
61 El mandatario, aunque trata en su nombre, está obligado á la ejecución del mandato con respecto al mandante.....	66
62 Cuáles son en esta hipótesis las relaciones entre el man-	

dante y los terceros que han contratado con el mandatario? Jurisprudencia.....	67
63 Tiene el tercero contra el mandatario la acción de <i>in rem verso</i> ?.....	69
64 El acto hecho por el mandatario mas allá de su poder no existe con respecto al mandante; éste no debe pedir la nulidad y no puede confirmarlo.....	71
65 El mandante puede ratificar el acto por el que el mandatario se ha excedido en su poder. Qué cosa es la ratificación? En qué difiere de los actos nulos?.....	72
66 Jurisprudencia. Crítica de una sentencia que confunde todos los principios.....	74
67 Cuáles son las condiciones requeridas para que sea válida la ratificación? Analogía entre la ratificación y la confirmación. Crítica de la jurisprudencia.....	76
68 Cuándo há lugar á la ratificación? En qué sentido el mandatario ratifica un acto que no existe?.....	78
69 Quid si el que ha tratado en nombre de una persona no tenía ningún mandato? Há lugar en este caso á la ratificación?.....	79
70 La ratificación puede ser expresa ó tácita. Cuándo hay ratificación tácita? Ejemplo tomado de la jurisprudencia... ..	81
71 Implica el silencio del mandante ratificación tácita.....	82
72 Aplicación del principio á los tratos hechos por los dependientes viajeros.....	85
73 Cuál es el efecto de la ratificación? La ratificación consentida con respecto al mandatario tiene efecto con relación á los terceros, y aunque há lugar con los terceros aprovecha al mandatario?.....	86
74 Retrotrae la ratificación entre las partes? Crítica de la opinión general.....	87
75 Retrotrae con relación á los terceros?.....	87
§ III. Del mandatario prestanombre.	
76 Qué se entiende por prestanombre? Qué diferencia hay entre el prestanombre y el mandatario?.....	89
77 Quid si los terceros que tratan con el prestanombre conocen su calidad de mandatario?.....	90
78 Diferencia entre el mandatario ficticio y el prestanombre.	92

CAPITULO VI.

DE LOS DIFERENTES MODOS CON QUE ACABA EL MANDATO.

§ I. De la muerte.

79 Por qué acaba el mandato por la muerte del mandante ó	
--	--

del mandatario?	94
80. Quid de la muerte civil?.....	95
81 El mandato acaba de plano por la muerte del mandante sin que sea necesario notificarla al mandatario.....	96
82 Pone fin al mandato la ausencia del mandante?.....	96
83 Obligación que la ley impone al mandatario en caso de muerte del mandante. Jurisprudencia. Caso singular que fué presentado ante la Corte de París.....	97
84 Obligaciones que la ley impone á los herederos del mandatario en caso de muerte de éste. Jurisprudencia.....	98
85 Pueden las partes convenir que el mandato continuará con los herederos del mandante y con los del mandatario . . .	99
86 Cesa el mandato con la muerte de las partes cuando fué dado en interés del mandante, del mandatario ó de un tercero.	100
87 Quid del mandato prestanombre? Acaba con la muerte del mandante cuando los terceros conocen la calidad del mandatario del prestanombre?	101
88 Puede el mandante dar mandato cuya ejecución sólo comience después de su muerte?	104
89 Puede darse mandato por acta de última voluntad para cuidar de que un sacerdote no penetre en casa de un enfermo y que se le entierre sin ceremonias religiosas? . . .	106
§ II. De la interdicción.	
90 Por qué acaba el mandato por la interdicción del mandante ó del mandatario?.....	108
91 Pasa lo mismo con el cambio de estado de las partes, tales como el matrimonio de la mujer ó el nombramiento de un consejo judicial?.....	110
§ III. De la quiebra civil y de la quiebra mercantil.	
92 Por qué acaba el mandato por la quiebra civil ó mercantil del mandante ó del mandatario? Crítica de la ley.....	111
93 Acaba el mandato de plano por la quiebra civil ó mercantil?.....	113
94 Son nulas de plano las actas hechas por el mandante ó el mandatario en quiebra civil ó mercantil?.....	113
95 Cuándo subsiste el mandato apesar de la quiebra civil ó mercantil?.....	114
§ IV. De la revocación del mandato.	
96 Por qué y en qué sentido da la ley al mandante el poder de revocar el mandato?	115
97 Quid si el mandato es asalariado?	116

98-99 Tiene derecho á indemnización el mandatario asalariado? Exposición de la jurisprudencia acerca de esta cuestión.	117-119
100 Tiene el mandatario derecho á indemnización cuando la revocación la toma en consideración?.....	120
101 La revocación puede ser expresa ó tácita. Cuándo es tácita?	123
102 Debe ser notificada por el notario la revocación? Quid de los terceros que tratan con el mandatario?.....	123
103 Cuál es el efecto de la revocación del mandato?	125
104 Excepción al principio de la revocación del mandato.	125

§ V. De la renuncia del mandatario.

105 El mandatario que quiere renunciar debe notificar su renuncia al mandatario. Cómo se hace la notificación?	126
106 La renuncia no debe ser perjudicial al mandante.	127
107 Caso en el que el mandatario no tiene que indemnizar al mandante por el perjuicio que causa la no ejecución del mandato.	127
108 El mandatario puede renunciar el mandato por una causa legítima en este sentido: que no será responsable del perjuicio que la inexecución cause al mandante.	128
109 El mandatario puede renunciar el mandato en los casos que el mandato es irrevocable?.....	130

§ VI. Disposiciones generales.

Núm. 1. Art. 2008.

110 La ley valida lo que el mandato ha hecho en ignorancia de la causa que hizo cesar el mandato.	130
111 El art. 2008 es aplicable cuando el mandato fué dado por un quebrado y aceptado de buena fe por el mandatario?..	131
112 Quid si el mandatario continúa su gerencia cuando sabe que su mandato acabó?.....	131
113 Quién debe probar que el mandatario ignoraba ó conocía la causa que puso fin al mandato?.....	132
114 El art. 2008 se aplica á los actos de procedimientos?	133

Núm. 2. Art. 2009.

115 Cuando los terceros tratan con el mandatario después de haber cesado sus poderes, pueden promover contra el mandante ó contra el mandatario?	134
--	-----

Núm. 3. Art. 2010.

116 La disposición del art. 2010 puede generalizarse? ¿Cuál es la consecuencia de su inexecución?	135
---	-----

TITULO XV.

(TITULO XIV DEL CODIGO CIVIL).

DE LA CAUCIÓN.

CAPITULO I.

NOCIONES GENERALES.

§ II. Definición y caracteres.

- 117 Definición de la caución. Es un contrato accesorio. 137
- 118 Diferencia entre la obligación del caucionante y la del responsable. 138
- 119 Diferencia entre la obligación del caucionante y la de un tercero que se obliga a pagar la deuda de un primer deudor como deuda principal. 140
- 120 Jurisprudencia. Casos en que fué sentenciado que había caución. 141
- 121 Casos en los que fué resuelto que había deuda principal. 143
- 122 La caución es un contrato de beneficencia para con el deudor. 144
- 123 Puede el caucionante estipular una indemnización del deudor? 144
- 124 Quid si el acreedor se obliga a pagar una indemnización al caucionante? 145
- 125 Deben aplicarse á la caución cuando es un contrato de beneficencia los principios que rigen las actas á título gratuito? Crítica de una sentencia de la Corte de Casación. 145
- 126 La caución es un contrato unilateral. ¿Debe aplicarse al acta privada que hacen las partes con formas prescriptas por el art. 1326? 146
- 127 El contrato puede volverse bilateral. En este caso se aplica el art. 1325. 146

§ II. De las condiciones requeridas para la validez de la caución.

Núm. 1. Una obligación principal.

- 128 Es necesario una obligación principal. Cualquiera obligación puede ser caucionada. 147
- 129 La obligación del caucionante puede ser considerada por un calificador del caucionante. 148
- 130 Puede caucionarse una deuda futura? 148
- 131 Cuál es el efecto de la caución de una deuda futura? Pue-

- de el caucionante retractarse de su obligación mientras que la deuda no tomó nacimiento? 149
- 132 Puede caucionarse una obligación indeterminada y bajo qué condiciones? Quid si no se puede saber, cuando la caución, cuál será el monto de la deuda principal? 151

Núm. 2. Una obligación válida.

- 133 Una obligación no válida, es decir, inexistente, no puede ser considerada. Informe de Chabot y discurso de Lahary en este punto. 153
- 134 Una obligación nula puede ser caucionada, pero la caución cae si la obligación principal es anulada. Diferencia entre la caución de una obligación inexistente y la caución de una obligación nula. 155
- 135 Quid de las obligaciones contraídas por un incapaz? La caución subsiste cuando la obligación es anulada por causa de incapacidad? 157
- 136 Crítica de la excepción consagrada por el art. 2012. 159
- 137 Aplicaciones tomadas de la jurisprudencia. Confusión de los actos inexistentes y de los nulos. 161
- 138 Las obligaciones nulas por vicio de consentimiento pueden ser caucionadas, pero la caución cae con la obligación principal. 164
- 139 Crítica de la opinión contraria per Mourlón. 165
- 140 Las obligaciones nulas por causa de incapacidad pueden ser caucionadas sin que el caucionante pueda oponer la excepción de nulidad cuando la obligación fué anulada por demanda del incapaz. 168

Núm. 3. ¿Puede ser caucionada la obligación natural?

- 141-142 Pueden ser caucionadas las deudas naturales? Crítica de la opinión general. Prevee el art. 2012 la caución de una deuda natural? 169-171
- 143 Pueden ser caucionadas las deudas de conciencia? 172
- 144 Es la obligación de los incapaces susceptible de caución cuando el incapaz obtuvo la nulificación de la convención? 173
- 145 Quid si el menor acepta una sucesión sin observar las formas legales? 174
- 146 Los convenios hechos por el tutor sin observar las formas legales pueden caucionarse? 174
- 147 Las actas hechas por la mujer casada sin autorización ¿pueden caucionarse? Quid si la mujer dotal vende un fundo dotal sin ó con autorización? 174
- 148 Quid de las obligaciones contraídas por los interdicidos? 175
- 149 Quid de las obligaciones extinguidas por la prescripción de

- juramento, la cosa juzgada ó la prescripción?..... 176
- Núm. 4. Del consentimiento.
- 150 Quién debe consentir? Quién es deudor?..... 175
- 151 El caucionante se obliga personalmente. Diferencia entre la causa personal y la real..... 176
- 152 Los compromisos del caucionante pasan á sus herederos.. 177
- 153 La caución debe ser expresa. Por qué?..... 178
- 154 La recomendación implica caución?..... 180
- 155 Puede la recomendación comprometer la responsabilidad de quien la hizo?..... 181
- 156 Es caución la garantía que el vendedor debe dar?..... 181
- 157 Debe ser expresa la aceptación del acreedor?..... 181
- 158 Como se prueba la caución. Jurisprudencia..... 182
- 159 Cómo se prueba la caución verbal? Quid si la caución es convencional? Jurisprudencia..... 184
- Núm. 5. De la capacidad.
- 160 Qué capacidad debe tenerse para caucionar cuando son las personas incapaces para consentir una caución?..... 185
- § III. Extensión de la caución.
- 161 Puede la caución ser más ó menos extensa que la ley principal..... 187
- 162 Puede el caucionante añadir una obligación real á la obligación?..... 189
- 163 Aprovecha el caucionante del derecho de gracia y de plazo concedido al deudor..... 189
- 164 Quid si la obligación del caucionante excede la obligación principal? Opinión de Pothier sobre las sutilezas romanas y a equidad de costumbres..... 190
- 165 El caucionante que accede á un compromiso comercial puede ser demandado ante un tribunal de comercio. Quid si el caucionante es comerciante? Quid si obliga solidariamente?..... 192
- 166 Cuándo es mercantil el compromiso del caucionante?..... 195
- § IV. Interpretación de la caución.
- Núm. 1. El principio.
- 167 Es la caución de estricta interpretación?..... 195
- 168 En la aplicación de principio deben distinguirse la caución limitada y la indefinida..... 196
- 169 El principio de interpretación restrictiva no impide que el juez explique el alcance y convenio por la común intención de las partes contratantes..... 197

Núm. 2. Aplicación del principio. La caución limitada.

- 170 La caución limitada no comprende los accesorios de la deuda. Jurisprudencia..... 199
- 171 La caución por una ley futura no puede extenderse á una deuda anterior. Jurisprudencia..... 200
- 172 Cuál es la extensión de la caución que garantiza la obligación contraída por un quebrado concordatario..... 202
- 173 La caución que garantiza la obligación que contrajo el acreditado enviando valores al banquero. Es responsable de los vales falsos que el dependiente del acreditado negoció en su nombre?..... 203

Núm. 3. De la caución ilimitada.

- 174 La caución indefinida se interpreta restrictivamente. Jurisprudencia..... 205
- 175 Extensión de la caución indefinida..... 207
- 176-177 La caución del rendimiento comprende la responsabilidad del art. 1733? Exposición de la jurisprudencia. 207-208
- 178 La caución indefinida se extiende á los intereses convencionales y moratorios..... 211
- 179 Quid de los gastos? Debe denunciar el acreedor al denunciante la demanda que el deudor forma contra él?..... 211

§ V. De la obligación de dar caución.

Núm. 1. ¿Cuándo hay obligación de dar caución.

- 180 El deudor puede estar obligado á dar caución en virtud de la ley, de una sentencia ó de una convención..... 213
- 181 En qué casos es legal la caución?..... 213
- 182 En qué casos es judicial?..... 215
- 183 Es judicial la caución cuando el juez decide que há lugar á darla en virtud de la ley ó del convenio? Y cuando la caución se recibe en persona judicial..... 216
- 184 Cuándo es judicial la caución? Debe cualquiera caución convencional reunir las cualidades prescriptas por los artículos 2018 y 2019..... 217

Núm. 2. De las cualidades que deben tener los caucionantes.

I. Condiciones generales.

- 185 A qué caucionantes se aplican los artículos 2018 y 2019 relativos á las condiciones que éstos deben llenar?..... 217
- 186 Todo caucionante debe tener capacidad de disponer..... 218

- 187 Todo caucionante debe tener bienes suficientes. En qué sentido? 218
- 188 Cómo se estima la solvencia del caucionante? 219
- 189 En qué casos hay excepción? Qué se entiende por deuda módica y por materia mercantil? Cómo se estima en este caso la solvencia del caucionante? 220
- 190 Quid si los inmuebles del caucionante son litigiosos? 221
- 191 Quid si están gravados con derechos reales? 222
- 192 Quid si los inmuebles son difíciles de excusar por su situación? 222
- 193 La condición referente al domicilio cómo se determina? 223
- 194 Quién debe probar que las condiciones de prendas postales existen ó no? 224
- 195 Quid si el caucionante se vuelve insolvente? Tiene el deudor derecho de exigir otra? Cuando no tiene este derecho? 225
- 196 Qué se entiende por solvencia en el artículo 2020? 227
- 197 Quid si la solvencia del caucionante sólo amenguó 228
- 198 Quid si el caucionante cambia de domicilio? Tiene derecho el acreedor á pedir otro caucionante? 228
- 199 Si el deudor no encuentra caucionante se le admitirá dar una seguridad real? 228

II. De la caución legal y de la judicial.

- 200 Cuáles condiciones deben llenar los caucionantes legales y judiciales? Condición especial exigida por la ley para los caucionantes judiciales. 230
- 201 El caucionante judicial no tiene el beneficio de excusión. 230
- 202 Los caucionantes legales pueden ser reemplazados por una prenda. Quid por una anticresis ó una hipoteca? Crítica de Troplong. 231

CAPITULO II.

DEL EFECTO DE LA CAUCION.

SECCION I.—Del efecto de la caución entre el acreedor y el caucionante.

§ I. Del beneficio de excusión.

Núm. 1. ¿Qué es el beneficio de excusión?

- 203 Tiene el acreedor una acción directa contra el caucionante desde que el deudor no pague ó debe poner en apremio al deudor antes de poder demandar al caucionante? 234
- 204 Cuáles son los motivos por los que la ley permite al caucionante oponer el beneficio de excusión al deudor que lo

- demandado? 236
- 205 Hay casos en los que el caucionante no goza del beneficio de excusión. 238
- 206 El caucionante puede renunciar este beneficio. La denuncia expresa y la denuncia tácita. 238
- 207 El fiador que se obliga como certificador del caucionante renuncia al beneficio de excusión? 240
- 208 De los casos en que el beneficio de excusión no puede ser opuesto por el caucionante. 240
- 209 El beneficio de excusión existe en materia comercial? 241

Núm. 2. De las condiciones requeridas para el beneficio de excusión.

- 210 Por qué prescribe la ley condiciones rigurosas para el ejercicio que concede al caucionante? Discusion que tuvo lugar en el Tribunalado. 243
- 211 La excepcion de excusion debe ser opuesta en las primeras promociones. Quiere esto decir que la excepcion es dilatoria y que deba ser opuesta en la entrada de la causa? 244
- 212 El caucionante debe anticipar los gastos. Por qué? Debe ofrecerlos en el momento de la excusión. 246
- 213 El caucionante debe indicar los bienes. Cuáles bienes? Deben bastar para el pago íntegro de la deuda? 247
- 214 Debe indicar el caucionante todos los bienes del deudor? Quid si no los indica todos? 248
- 215 Cuáles son los bienes que el deudor no puede indicar? 249
- 216 El caucionante de uno de los deudores solidarios puede pedir que el acreedor ejerza la caución de los bienes de los demás codeudores? 250
- 217 Quid si el acreedor no ejerce la excusion de los bienes indicados por el caucionante? Es responsable de la insolvencia del deudor principal? 252
- 218 Es aplicable el art 2209 al caso previsto por el art 2024? 254

§ II. Del beneficio de división. ®

Núm. 1. El principio.

- 219 Cómo están obligados los cofiadores de una misma deuda? Por qué la deuda no se divide de plano entre ellos? Crítica de la ley 255
- 220 Los cofiadores son deudores solidarios? 258
- 221 Cuál es el beneficio de división y por qué la ley la da á los cofiadores? 259

Núm. 2. Condiciones del beneficio de división.

- 222 El caucionante debe oponer la excepción al acreedor que le demanda. Mientras no la opuso queda obligado por el todo. Consecuencias que resultan del principio..... 260
- 223 En qué momento debe oponer la excepción? Quid si la demanda del acreedor es extrajudicial?..... 261
- 224 Debe el caucionante anticipar los gastos?..... 263
- 225 El caucionante puede renunciar el beneficio de división.. 263
- 226 El acreedor puede renunciar la acción por el todo contra cada uno de los caucionantes. ¿Cuándo hay renuncia tácita á consecuencia de la acción dividida por el acreedor contra uno de los caucionantes? ¿Cuándo es aplicable el art. 1211 á los caucionantes?..... 263

Núm. 3. Efecto de la división.

- 227 Cuál es el efecto del beneficio de división en cuanto al riesgo de la insolvencia de uno de los caucionantes?..... 265
- 228 Cuál es el efecto de la acción dividida del acreedor en cuanto á las insolvencias anteriores á la demanda?..... 266
- 229 La división se hace entre todos los caucionantes del mismo deudor y de la misma deuda. Aplicación del principio?..... 266
- 230 Quid si el compromiso de uno de los caucionante es inexistente ó nulo?..... 267

SECCION II.—Del efecto de la caución entre el deudor y el caucionante.

§ I. De la acción personal del caucionante contra el deudor.

- 231 El caucionante que paga la deuda tiene contra el deudor la acción de mandato ó de gerencia de negocios. ¿Hay diferencias entre ambas acciones?..... 268
- 232 Tiene el caucionante un recurso por lo principal. ¿Qué se entiende por esto?..... 269
- 233 Tiene el caucionante derecho á los intereses de sus anticipos desde el día en que los hizo..... 270
- 234 Quid de los gastos hechos por el acreedor contra el deudor y contra el caucionante?..... 271
- 235 El caucionante tiene además derecho á daños y perjuicios. 272
- 236 Tiene el caucionante un recurso cuando se comprometio apesar del deudor?..... 273
- 237 Cuál es la condicion requerida para que el caucionante tenga un recurso?..... 274
- 238 Para que lo tenga es menester que haya pagado como el deudor lo hubiera hecho. Aplicación del principio 275

- 239 El caucionante que paga debe avisar al deudor el pago que ha hecho. Quid si no lo hace? 276
- 240 Quid si el caucionante paga una deuda ya pagada por el deudor cuando éste no ha avisado al caucionante la extinción de la deuda?..... 278
- 241 Quid si el caucionante paga y si cuando el pago el deudor tenía los medios para declarar la deuda extinguida? Se debe distinguir el caso en que el caucionante paga espontáneamente del en que paga por promociones..... 279

§ II. De la acción subrogatoria.

- 242 El caucionante que paga está legalmente subrogado á todos los derechos del acreedor contra el deudor..... 280
- 243 Qué diferencia hay entre la acción subrogatoria y la acción personal? Cuál es más ventajosa al caucionante?.... 281
- 244 A qué derechos está subrogado el caucionante? Quid del derecho de resolución?..... 282
- 245 Cuál es el efecto de la subrogación cuando hay litigio entre el caucionante subrogado y el tercero detentor obligado hipotecariamente con la deuda caucionada?..... 283
- 246 Qué comprende la acción subrogatoria? Quid de los gastos y de los daños y perjuicios?..... 283
- 247 Es aplicable el art. 1252 al caucionante que paga parcialmente? Quid si obra en virtud de su acción personal?.... 284
- 248 Quid si el caucionante ha caucionado á todos los deudores solidarios de una misma deuda?..... 285
- 249 Cuáles son los derechos del caucionante que ha caucionado únicamente á uno de los codeudores solidarios. Está subrogado al acreedor ó al deudor caucionado?..... 285
- 250 Consecuencias distintas que resultan de los dos principios. 288
- 251 Quid si el caucionante se hace subrogar al acreedor por convención?..... 288

§ III. De la acción de indemnización del art. 2032.

- 252 El caucionante puede promover contra el deudor antes de haber pagado: 1.º Cuando se le persigue judicialmente.. 289
- 253 2.º Cuando el deudor quiebra civil ó mercantilmente. Cuál es en este caso el derecho del caucionante?..... 290
- 254 3.º Cuando el deudor se ha comprometido á descargar al caucionante en cierto tiempo..... 291
- 255 4.º Cuando la deuda llega á ser exigible por vencimiento del plazo..... 291
- 256 5.º Después de diez años cuando la obligación principal es sin vencimiento fijo. Bajo qué condicion?..... 291

- 257 La disposición del art. 2032 es limitativa?..... 293
 258 En qué consiste la indemnización que el caucionante puede pedir?..... 293
 259 Tiene el caucionante el derecho de embargar los bienes de su deudor?..... 294
 260 Tiene el caucionante el derecho de pagar y ejercer después su recurso contra el deudor?..... 294
 261 Puede el caucionante, en virtud del art. 2032, ejercer los derechos del acreedor contra el deudor? Jurisprudencia.. 296
 262 Qué caucionantes gozan del beneficio del art. 2032? Quid de los que se comprometen á excusas del deudor? Quid de los caucionantes solidarios?..... 296

SECCION III.—Del efecto de la caución entre los fiadores.

- 263 Cuál es el fundamento del recurso que el caucionante tiene contra sus fiadores?..... 298
 264 En qué casos el caucionante tiene este recurso? Por qué su recurso está limitado á estos casos?..... 299
 265 Debe limitarse el recurso á los casos previstos por los números 1, 2 y 4 del art. 2032?..... 300
 266 El recurso del caucionante está subordinado á la eficacia del pago que ha hecho..... 301
 267 El caucionante sólo tiene un recurso dividido. Quid si se hace subrogar convencionalmente por el acreedor?..... 301

CAPITULO III.

DE LA EXTINCION DE LA CAUCION.

§ I. De la extinción directa de la caución.

- 268 La obligación que resulta de la caución se extingue por las mismas causas que las obligaciones en general..... 303
 269 Este principio tiene una modificación en materia de compensación..... 303
 270 Aplicación del principio á la confusión. La obligación que resulta de la caución extinguida por la confusión subsiste en tanto que la ejecución es posible..... 304
 271 Aplicación del principio á la prescripción..... 305

§ II. De la extinción de la caución por la extinción de la obligación principal.

- 272 La extinción de la deuda principal extingue la caución... 305

Núm. 1. Del pago.

- 273 El pago en la deuda principal extingue la caución. ¿Quid

- de las ofertas reales?..... 305
 374 ¿Quid del pago hecho con subrogación? Crítica de una sentencia de la Corte de Casación..... 305
 275 ¿El abono de una deuda parcialmente caucionada se imputa á la parte caucionada ó la parte no caucionada de la deuda?..... 308

Núm. 2. De la novación.

- 276 La novación operada con respecto al deudor principal libera á los caucionantes. ¿Quid si el acreedor ha exigido la cesión de los caucionantes á la deuda?..... 310
 277 ¿Cuándo hay novación y, por consiguiente, extinción de la caución?..... 310
 278 ¿La simple prórroga de plazo implica novación?..... 311
 279 ¿Quid si el acreedor acepta un inmueble ó un vale en pago? 312
 280 Los caucionantes solidarios pueden invocar el art. 2038? 312
 281 Quid si el acreedor está despojado de la cosa que recibe en pago?..... 313
 282 Quid si el acreedor se ha reservado un recurso en caso de evicción?..... 314
 283 ¿En qué sentido la aceptación debe ser voluntaria conforme al art. 2038?..... 315

Núm. 3. De la entrega de la deuda.

- 284 La remesa de la deuda principal extingue la caución..... 316
 285 Quid de la remesa hecha en concordato?..... 316
 286 Las disposiciones de los nuevos códigos de comercio son aplicables al concordato formado amistosamente entre el deudor y sus acreedores?..... 317
 287 Quid si el acreedor al hacer una remesa voluntaria al deudor se ha reservado sus derechos contra los caucionantes? 318
 288 ¿Bajo qué condiciones es válida esta reserva?..... 319

Núm. 4. De la compensación.

- 289 El caucionante puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal..... 320
 290 Esta disposición es aplicable al caucionante solidario?..... 321
 291 Cuándo la confusión extingue la caución?..... 321
 292 Toda extinción de la obligación principal extingue la caución. Aplicación del principio á la puja..... 322
 293 Cuál es el efecto del juramento y de la cosa juzgada en la caución?..... 322

§ III. De las excepciones que el caucionante puede oponer.

- 294 Cuáles son las excepciones que el caucionante puede oponer

- al deudor?..... 323
- 295 Qué se entiende por excepciones reales y personales?..... 324
- 296 Hay diferencia entre las excepciones personales y las puramente personales? El sentido de la última expresión es el mismo en el art. 1208 y en el 1236?..... 325
- 297 Está regida la caución solidaria por el art. 2036 ó por el 1208?..... 326
- 298 Las excepciones fundadas en la pobreza ó desgracia del deudor son personales..... 326
- 299 El decaimiento del plazo incurrido por el deudor principal en caso de quiebra civil ó mercantil se aplica al caucionante? 327
- 300 El caucionante tiene el derecho de oponer las excepciones por sí mismo. Conserva este derecho aunque al acreedor lo renuncie..... 327
- 301 Consecuencia que resulta del mismo principio en cuanto al derecho que tiene el caucionante para atacar en apelación la casación ó la tercera, las sentencias recaídas entre el acreedor y el deudor..... 328

§ IV. Del derecho concedido al caucionante por el art. 2037.

Núm. 1. Principio.

- 302Cuál es el fundamento del derecho que el art. 2037 da al caucionante?..... 328
- 303 El derecho del art. 2037 sólo pertenece al caucionante. Jurisprudencia..... 330
- 304 Pertenece al caucionante solidario? Crítica de la opinión de Troplong y del sistema de interpretación en que descansa. 330
- 305 Merece la jurisprudencia el desprecio de Troplong?..... 335
- 306 Queda descargado el caucionante totalmente?..... 337
- 307 Quid si las garantías que el acreedor dejó perecer hubieran sido ineficaces para el caucionante? Jurisprudencia..... 340
- 308 Quid si el acreedor renuncia á garantías que nacieron posteriormente á la convención por la que se obligó el caucionante?..... 341
- 309 Quid si el acreedor ha despreciado el adquirir los derechos? 344
- 310 Se aplica el art. 2037 á la negligencia que el acreedor tuvo en conservar sus derechos ó se necesita un acto positivo por el que los ha hecho perecer?..... 345
- 311 Hay negligencia en este sentido cuando el acreedor no persigue al deudor ó que interrumpa las promociones? Jurisprudencia afirmativa..... 347
- 312 Sentencias que consideran la falta de promociones como una prórroga del plazo en el sentido del art. 2039 y que

- deciden, en consecuencia, que el caucionante no está descargado..... 349
- 313 Está descargado el caucionante aunque sea culpable?..... 352
- 314 Exposición de la jurisprudencia acerca de esta cuestión... 353
- 315 Es necesario que la subrogación sea útil? Quid si no lo es por descuido del acreedor que dejó deteriorar el inmueble hipotecado sin obrar?..... 356
- 316Cuál es el efecto de la excepción establecida por el artículo 2037? Es perentoria?..... 357

Núm. 2. Aplicaciones.

- 317 El art. 2037 es aplicable á la aduana que pierde por el hecho de un empleado, los derechos y privilegios en los que el caucionante no puede sucederle..... 358
- 318 El caucionante queda descargado cuando hay una venta al contado, el vendedor entrega la mercancía sin exigir el pago y concede un plazo mediante intereses..... 359
- 319 Quid si el acreedor no registra la hipoteca ó si descuida el renovarla?..... 359
- 320 Quid si el acreedor no pide la separación de patrimonios? 360
- 321 Quid si el acreedor provoca la declaración de quiebra del deudor?..... 360

TITULO XVI.

(TITULO XV DEL CÓDIGO CIVIL).

DE LAS TRANSACCIONES.

CAPITULO I.

NOCIONES GENERALES.

SECCION I.—Definición y caracteres. ®

- 322 Favor que demuestra el legislador francés para las transacciones. Es ideal la transacción?..... 363
- 323 Definición de la transacción. Crítica del art. 2044..... 365
- 324 La transacción se debe hacer en un derecho dudoso. Si el derecho es seguro no hay transacción..... 366
- 325 Cuándo es dudoso el derecho? Puede serlo aunque haya una ley terminante acerca del objeto de la transacción? Jurisprudencia..... 367

- 326 Pueden las partes transigir todavía después de pronunciada una sentencia?..... 369
- 327 Para que haya transacción es necesario que cada interesado renuncie á una parte de sus pretensiones..... 370
- 328 La transacción es un contrato sinalagmático. Consecuencias que resultan. Error singular de la Corte de Casación. 370
- 329 De los principios especiales que rigen las transacciones. Cómo se puede saber si una convención contiene ó no una transacción?..... 371
- 330 Diferencia entre la transacción y el compromiso. De la transacción y del compromiso hechos bajo forma de firma en blanco. Jurisprudencia..... 373

SECCION II.—De las condiciones requeridas para la validez de las transacciones.

§ I. Del consentimiento.

- 331 Se aplican los principios generales. Su aplicación á una transacción hecha por un prestanombre..... 375
- 332 De los vicios del consentimiento. Hacen nula la transacción..... 376
- 333 Hay excepción á los principios generales cuando hay error en la persona?..... 377
- 334 Error de Bigot Prémeneu en la Exposición de los Motivos..... 378

§ II. De la capacidad.

- 335 Cuál es la capacidad requerida para transigir? ¿Qué se entiende en el art. 2044 por la palabra *disponer*; es la disposición á título gratuito?..... 380
- 336 El principio del art. 2045 recibe excepción cuando se trata de un heredero aparente..... 381

Núm. 1. De los incapaces.

- 337 Puede transar la mujer casada? ¿Quid si está separada de bienes ó es comerciante? ¿Quid si es casada bajo el régimen dotal?..... 381
- 338 Pueden transar los menores? Quid de los menores emancipados? Quid del menor vuelto mayor de edad? Puede transar con su tutor?..... 383
- 339 De los interdictos y de los colocados bajo consejo judicial. 383
- 340 Personas civiles..... 383
- 341 La nulidad que resulta de la incapacidad es relativa. Pasa lo mismo con las transacciones consentidas por personas civiles?..... 385

Núm. 2. De los insolventes.

- 342 Los quebrados están heridos de incapacidad? Desde qué

- momento?..... 385
- 343 Quid del deudor civil que está quebrado?..... 385
- 344 De la incapacidad del deudor en caso de embargo inmobiliario..... 386

Núm. 3. De los administradores.

- 345 Los administradores legales de los bienes ajenos no pueden transar..... 386
- 346 Aplicación del principio á los enviados á posesión provisional de los bienes de un ausente..... 386
- 347 Puede el padre administrador legal transar en nombre de sus hijos?..... 387
- 348 El tutor puede transar? Bajo qué condición? Cuál es el efecto de las transacciones hechas con las formas legales ó sin ellas?..... 387
- 349 El marido administrador legal puede transar?..... 387
- 350 Quid del heredero beneficiario?..... 388
- 351 Pueden transar los curadores de un quebrado y bajo qué condiciones?..... 388
- 352 Quid de los mandatarios administradores?..... 389

§ III. Del objeto de las transacciones.

- 353 Qué derechos pueden ser objeto de una transacción? Quid de los derechos eventuales? Jurisprudencia francesa y belga..... 389
- 354 Puede transarse en un delito?..... 391
- 355 No se puede transar en un derecho que está fuera del comercio?..... 392
- 356 No se puede transar en el estado, pero se puede transar en derechos pecuniarios que están ligados á éste..... 392
- 357 Quid si en una sola y misma acta transan las partes acerca del estado y derechos pecuniarios? Cuando puede ser dividida la transacción?..... 394
- 358 La potestad paterna es de orden público. Quid de los derechos de administración legal y usufructo legal?..... 395
- 359 La tutela es de orden público. Consecuencia que resulta en cuanto á la transacción..... 395
- 360 Quid del matrimonio? Decisión dudosa de la Sala de Casación de Bruselas..... 396
- 361 Puede transarse en derechos que son de orden público en el sentido de que son de interés público..... 397
- 362 Puede transarse en cuestión de saber si una renta es inmobiliaria ó feudal?..... 397
- 363 Puede transar la mujer dotal en sus derechos dotales?..... 397
- 364 Lo puede con autorización del juez?..... 398

- generales que rigen las convenciones 438
- Núm. 1. De los vicios de consentimiento.
- 404 El dolo y la violencia son causas de nulidad 438
- 405 Las transacciones no pueden ser atacadas por error de derecho. ¿Por qué?..... 439
- 406 Quid si el error de derecho fuera común?..... 440
- 407 Qué se entiende por *error en el objeto* en el art. 2053?..... 441
- 408 La lesión no vicia las transacciones..... 442
- 409 Quid si una partición se hace bajo forma de transacción.. 445
- 410 Los menores pueden atacar la transacción por causa de lesión?..... 443
- 411 Es causa de rescisión el error de cálculo? Pueden siempre las partes pedir que se rectifique? 444
- Núm. 2. Del caso previsto por el art. 2054.
- 412 Qué se entiende en el art. 2054 por la palabra *titulo nulo*? 445
- 413 Cuál es el caso previsto por el art. 2054? 446
- 414 Explicación del art. 2054 dada por la exposición de los motivos..... 447
- 415 La transacción, en el caso previsto por el art. 2054, es nula por error ó por falta de causa?..... 448
- 416 Crítica de la opinión general según la cual la transacción fuera nula por causa de error..... 449
- 417 Es aplicable el art. 2054, en la opinión general, cuando las partes han hecho un error de derecho?..... 451
- Núm. 3. Del caso previsto por el art. 2055.
- 418 Es nula la transacción en este caso por falta de causa ó por error?..... 45
- 419 Por qué es nula la transacción por el todo aunque los documentos falsos se refieran sólo á uno de los elementos de la transacción?..... 454
- Núm. 4. Del caso previsto por el art. 2056.
- 420 Es nula la transacción en este caso por falta de causa ó por error?..... 454
- 421 Quid si la sentencia ignorada por las partes era susceptible de apelación? Quid si hubiera lugar al recurso de casación contra una sentencia no susceptible de apelación?.. 456
- 422 Quid si las partes conocían la sentencia en el momento en que transaron?..... 457
- Núm. 5. Del caso previsto por el art. 2057.
- 423 Caso en el que la ley admite la nulidad de la transacción. 458

- 424 Caso en el que la ley desecha la acción de nulidad..... 459
- 425 Quid si una de las partes retuvo los títulos? Jurisprudencia..... 460

§ II. Efecto de la anulación.

- 426 Se aplican los principios generales, especialmente en lo relativo á la confirmación tácita del art. 1304 y á la confirmación expresa..... 461
- 427 Excluye la prescripción del art. 1034 la aplicación de la prescripción general del art. 2262?..... 462
- 428 Cuál es el efecto de la anulación?..... 463

CAPITULO IV.

DE LA RESOLUCIÓN DE LAS TRANSACCIONES.

- 429 Admite el Código la condición resolutoria tácita en las transacciones? 464
- 430 Pueden las partes estipular el pacto tácito comisorio?.... 465

TITULO XVII.

(TITULO XVI DEL CÓDIGO CIVIL).

DE LA PRISION POR DEUDAS CIVILES.

- 431 La prisión por deudas está abolida, salvo algunas restricciones..... 467
- 432 El desarrollo histórico de la prisión por deudas es la justificación de su abolición..... 468
- 433 Disposiciones excepcionales de la nueva ley..... 470
- 434 Disposiciones que mejoran la antigua legislación dulcificándola.... 472

TITULO XVIII.

(TITULO XVII DEL CÓDIGO CIVIL).

DEL EMPENO.

- 435 Definición del empeño. Es un contrato real?..... 473

- 436 El empeño es un contrato accesorio. Consecuencia que resulta en cuanto á la competencia..... 474
- 437 El empeño es un contrato unilateral. El art. 1325 no es aplicable. Quid del empeño disfrazado bajo forma de venta? 475
- 438 División del empeño y de la anticresis..... 477

CAPITULO I.

DE LA PRENDA.

SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la prenda.

§ I. Condiciones generales.

- 439 Para constituir un empeño es necesario ser propietario de la prenda y tener capacidad para enajenarla..... 478
- 440 El empeño de la cosa ajena es nulo. Para con quién y en qué sentido?..... 479
- 441 Aplicación del principio al empeño de valores nominales. 481
- 442 De las personas incapaces. Disposiciones de la ley de 18 de Abril de 1851 relativas al quebrado..... 482
- 443 Puede la prenda ser dada por un tercero..... 483
- 444 Qué cosas pueden empeñarse? Basta que estén en el comercio?..... 483
- 445 Las cosas no corporales pueden empeñarse?..... 484

§ II. De las condiciones de forma prescritas en interés de los terceros.

- 446 Objeto de estas formalidades. Deben cumplirse para que el empeño exista entre el acreedor y el deudor?..... 485
- 447 Exposición de la jurisprudencia en esta cuestión..... 487
- 448 Se necesita una acta. Puede reemplazarse por otra prueba? 489
- 449 Qué se entiende en el artículo 2074 por *acta pública*?..... 489
- 450 Es necesaria una acta especial?..... 490
- 451 Debe registrarse el acta para que exista el privilegio?..... 490
- 452 Da el sello de correo fecha cierta al empeño?..... 493
- 454 Es necesario, además, que la suma esté declarada en el acta. Quid si se trata de una obligación indeterminada? Es aplicable el art. 2074 si la obligación principal consiste en hacer. Crítica de la jurisprudencia de la Corte de Bélgica..... 493
- 455 Es necesario que las cosas empeñadas estén designadas en cuanto á su naturaleza y especie. Quid si la designación es insuficiente? Quid si sólo es parcial?..... 496
- 456 Hay excepción á las formas prescritas por el art. 2074

- cuando la materia no excede de 150 francos?..... 497
- 457 Hay una segunda excepción para las materias mercantiles en virtud de la ley de 5 de Mayo de 1872..... 499

§ II. Condiciones especiales relativas á los muebles no corporales.

- 458 Estas condiciones sólo están prescritas por interés de los terceros. Son extrañas á las relaciones del acreedor con el deudor..... 500
- 459 Debe distinguirse si el valor en conflicto pasa de 150 francos?..... 502
- 460 Se aplica el art. 2075 á todos los muebles corporales?..... 502
- 461 Puede empeñarse un derecho de arrendamiento? Bajo qué condición y cuál será el efecto del empeño?..... 502
- 462 Quid del privilegio de un acto?..... 506
- 463 Cuál es la forma especial prescrita para el empeño de un crédito? Cuál es el objeto de la notificación del acta al deudor?..... 507
- 464 Puede la notificación ser reemplazada por la aceptación que el deudor hiciera de la transacción conforme con el artículo 1690?..... 508
- 465 Quid si el empeño tiene por objeto un derecho mueble real? El privilegio existirá, en este caso, independientemente de toda notificación?..... 509
- 466 Cuál es la notificación que debe hacerse?..... 510
- 467 Puede hacerse después de que el deudor quebrado suspendió sus pagos?..... 511
- 468 Cuáles son los derechos del acreedor prendista que hizo la notificación?..... 512

§ IV. De la entrada en posesión del acreedor prendista.

- 469 Por qué la entrada en posesión está requerida para la adquisición y la conservación del privilegio?..... 513
- 470 Está también requerida la posesión para lo referente á las relaciones que el empeño establece entre el acreedor y el deudor?..... 515
- 471 Qué caracteres debe tener la posesión del acreedor prendista? 616
- 472 Basta para el empeño de muebles corporales que la entrega se haga al acreedor conforme al art. 1606?..... 516
- 473 Basta especialmente que las llaves le sean entregadas?..... 518
- 474 Quid si el deudor continúa en dar sus cuidados á la mercancía empeñada?..... 518
- 475 Quid de la entrega que se hace por el solo consentimiento? 519
- 476 Aplicación del art. 2076 al empeño de muebles no corporales.

- porales..... 519
- 477 Cómo se hace la entrada en posesión del acreedor? Quid si no hay títulos?..... 521
- 478 Qué se entiende por título en los arts. 1607 y 1689? La entrega de una copia es suficiente ó hay que entregar el testimonio?..... 523
- 479 Cómo se prueba la tradición y puesta en posesión del acreedor?..... 524
- 480 En qué época debe hacerse la entrega de títulos?..... 525
- 481 Aplicación del art. 2076 al empeño de un derecho de arrendamiento..... 526
- 482 Cómo se hace la tradición de acciones nominales en una sociedad?..... 527
- 483 Cómo se hace la entrega de acciones carboneras?..... 528
- 484 Bajo qué condiciones la entrega de la prenda á un tercero consti tuye la puesta en posesión del deudor prendista?..... 529
- 485 Quid si el acreedor confía la posesión á un tercero? Quid en el caso de pérdida ó robo de la prenda? Tiene el acreedor la acción del art. 2279?..... 530
- 486 La disposición del art. 2076 es aplicable á la prenda comercial..... 531
- 487 Del adagio de que el empeño sobre empeño no vale. Impide de un modo absoluto que una cosa ya empeñada pueda servir de nueva prenda?..... 531

§ V. Del empeño bajo forma de venta.

- 488 Puede el empeño hacerse bajo forma de venta?..... 533
- 489 Es necesariamente nulo el empeño cuando se hace bajo forma de venta? Jurisprudencia..... 534

§ VI. De la prenda comercial.

- 490 La ley belga de 5 de Mayo de 1872 deroga los artículos 2074 y 2075 del Código Civil..... 537
- 491 Ley francesa de 23 de Mayo de 1863..... 538

SECCION II.—Derechos y obligaciones del acreedor prendista.

§ I. Del privilegio.

- 492 El acreedor prendista tiene un privilegio. Caracteres particulares de este privilegio..... 538
- 493 Cuáles son los derechos que el privilegio da al prendista? En qué sentido la ley califica de depósito su posesión. Jurisprudencia..... 539
- 494-495 Quid si se entregan valores al portador á un Banco

- como garantía de los anticipos que hace al depositante? Tiene el prestamista, en este caso, el derecho de disponer de los valores sin que una convención á éste respecto inter venga entre las partes? Jurisprudencia..... 541-542
- 496 Puede el acreedor prendista empeñar la prenda?..... 545
- 497 El acreedor prendista puede prescribir? Puede el deudor prescribir contra aquél..... 545
- 498 Puede el acreedor disponer de la prenda? Quid si usa de ella? Cuál es el derecho del deudor en caso de abuso? Cuál es el fundamento de este derecho?..... 546
- 499 El acreedor prendista puede percibir los intereses del crédito que percibió en prenda? Bajo qué condición? Puede percibir el capital? Es necesario para que pueda percibir los intereses que el acta de empeño esté registrada?..... 547

§ II. Del derecho de retención.

- 500 Qué es el derecho de retención y cuál es su fundamento?..... 549
- 501 Es necesario, para que el acreedor goce del derecho de retención, que haya cumplido con las formalidades prescriptas por los artículos 2074 y 2075?..... 550
- 502 Puede ser opuesto el derecho de retención á los demás acreedores? Pueden éstos embargar la cosa empeñada y mandarla vender? ¿Qué límite tiene su derecho? Jurisprudencia..... 551
- 503 El derecho de retención pertenece al acreedor mientras que la deuda no está enteramente pagada. En qué sentido es indivisible la prenda. Las partes pueden derogar el principio de la indivisión..... 553
- 504 De la excepción prevista por el segundo inciso del art. 2082. Cuáles son los motivos?..... 555
- 505 Es necesario en segundo lugar que la nueva deuda sea exigible antes del pago de la primera. ¿Qué se entiende por pago?..... 557
- 506 De las condiciones requeridas para que haya lugar á aplicar esta disposición. Es necesario desde luego que se trate de una deuda posterior..... 558
- 507 Es necesario, en tercer lugar, que la nueva deuda esté contraída por el mismo deudor y con el mismo acreedor..... 559
- 508 El art. 2082, segundo inciso, ¿da al acreedor un derecho de retención ó de privilegio para con los terceros? Jurisprudencia de las cortes de Bélgica..... 560

§ III. Derecho de venta.

- 509 En qué consiste la garantía del acreedor prendista? Por qué no puede apropiarse la prenda?..... 562
- 510 Por qué y en qué sentido interviene la justicia?..... 563

- 511 Está el tribunal obligado á ordenar una experticia cuando el acreedor pide que la cosa le quede en pago ó puede hacer el avalúo por él mismo?..... 565
- 512 En qué formas debe hacerse la venta? Pueden las partes convenir que la venta se hará sin orden del juez..... 565
- 513 Puede el acreedor ser adjudicatario? Jurisprudencia..... 567
- 514 En qué formas se hace la venta de los valores cotizados en la Bolsa? Es necesario para esta venta la autorización del juez?..... 567
- 515 Quién sufre los gastos de instancia judicial?..... 568
- 516 Puede el deudor forzar al acreedor á vender la prenda?... 569
- 517 Es aplicable el art. 2078 en materia mercantil?..... 569
- 518 Qué convenciones están prohibidas por el art. 2078?..... 570
- 519 Quid si las convenciones intervienen posteriormente al acta de empeño?..... 572
- 520 Puede el deudor posteriormente al empeño vender la prenda al acreedor?..... 573
- 521 Puede autorizar al acreedor á vender la prenda un tercero?..... 574
- 522 Puede cuando el contrato autoriza la apropiación del acreedor bajo la forma de venta condicional?..... 575
- § IV. Obligaciones del acreedor.
- 523 El acreedor debe restituir la cosa y conservarla..... 576
- 524 De qué culpa responde?..... 576
- 525 El deudor tiene la acción de restitución ó de indemnización. Cuál es la duración de esta acción? Es imprescriptible..... 577
- 526 De los gastos necesarios y útiles hechos por el acreedor... 578

CAPITULO II.

DE LA ANTICRESIS.

- 527 Origen de la anticresis. Por qué la mantuvo el Código... 580
- 528 Diferencia y analogía de la anticresis con el empeño..... 581
- SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la anticresis.*

§ I. ¿Quién puede constituir una anticresis?

- 529 Un tercero puede dar un inmueble en anticresis por el deudor..... 582
- 530 Cuál es la capacidad que se tiene que tener para constituir una anticresis?..... 582
- 531 Aplicación del principio á los menores y al tutor..... 583

- 532 Aplicación del principio al pródigo..... 584
- 533 Aplicación del principio á la mujer separada de bienes... 584
- 534 Aplicación del principio al marido usufructuario de los bienes de su mujer..... 585

§ II. De la forma.

- 535 La anticresis sólo se establece por escrito. Por qué motivo? 586
- 536 El escrito sólo se exige como prueba. La ley excluye la prueba testimonial aunque la cosa no exceda de 150 francos..... 587
- 537 Es admisible la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba escrita?..... 587
- 538 Quid de la confesión y del juramento?..... 588
- 539 Cómo se prueba la anticresis para con los terceros?.... 588
- 540 Está sometida á prescripción?..... 588

§ III. De la posesión.

- 541 La posesión está requerida para que la anticresis produzca sus efectos, ya sea entre las partes, ya para con los terceros..... 589
- 542 Sucede lo mismo bajo la legislación francesa que exige el registro de la anticresis?..... 589

§ IV. De la anticresis disfrazada.

- 543 La anticresis disfrazada bajo forma de venta es nula?... 590
- 544 A qué carácter puede reconocerse el contrato pignorativo? 591

SECCION II.—Derechos del acreedor poseedor de la anticresis.

§ I. Derechos del acreedor respecto del deudor.

Núm. I. Derecho á los frutos.

- 545 El anticresista tiene el derecho de percibir los frutos. Puede dar el inmueble en arrendamiento y cuál sería la duración del contrato?..... 593
- 546 La percepción de los frutos es también una obligación del acreedor. Cómo se fijan los intereses y cómo deben hacerse las cuentas?..... 593
- 547 Pueden las partes compensar los frutos con los intereses? 594
- 548 El anticresista tiene que pagar las contribuciones y los cargos anuales: Con qué título?..... 595
- 549 El anticresista debe hacer las reposiciones. En qué sentido..... 596
- 550 Puede hacer trabajo de mejoras y cuáles son por este punto..... 596



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

