

SECCION II.—De las obligaciones de dar y de hacer.

§ I.—DEFINICIÓN.

187. La definición que el art. 1,101 da de los contratos, supone que hay dos especies de obligaciones, las que consisten en dar, y otras que consisten en hacer ó no hacer alguna cosa. El art. 1,126 repite que todo contrato tiene por objeto una cosa que alguna de las partes se obliga á dar, ó que se obliga á hacer ó á dejar de hacer. En cuanto á la cuestión del efecto de las obligaciones, el Código distingue la obligación de dar, de que trata en la sección II (arts. 1,136 y 1,141), de la obligación de hacer ó dejar de hacer, que trata en la sección III (arts. 1,142 1,145). El efecto se diferencia, según que la obligación tiene por objeto una cosa ó un hecho; importa, pues, distinguir la obligación de dar, de la obligación de hacer. Cosa extraña; los autores no se avienen sobre la definición de estas dos especies de obligaciones. Y en definitiva, ¿no será todo una cuestión de palabras?

La palabra “dar” tiene una aceptación técnica, tradicional, que significa transferir la propiedad. Tiene también un significado más amplio. Cuando el art. 1,126 opone la obligación de “dar” á la obligación de “hacer,” no tiene en cuenta, ciertamente, que la propiedad de la acción que tiene por objeto la obligación de “dar” debe ser transferida al acreedor; en esta aceptación general, el arrendador se obliga á dar, porque su obligación es sobre una cosa;

1 Véase el tomo 6º de estos *Principios*, pág. 162, núm. 105.

y no se trata sino de transmitir la propiedad al arrendatario. En el art. 1,136, por el contrario, la ley parece comprender la obligación de "dar," en el sentido estricto y tradicional de una translación de propiedad. En efecto, el art. 1,136 dice que la obligación de dar importa la de librar la cosa, y el art. 1,138 asienta que la obligación de librar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes, y que hace propietario al acreedor desde el instante en que la cosa ha debido ser librada. Combinando el art. 1,138 con el art. 1,136 habría que decir que el 1,136 supone por obligación de "dar" aquello que tiene por objeto la translación de la propiedad. Pero el texto mismo del art. 1,136 se resiste á esta interpretación restrictiva. No se ocupa de la obligación de dar sino para decir que importa la de librar la cosa y conservarla hasta la liberación. ¿El arrendador no está obligado á conservar y entregar la cosa que es objeto del arrendamiento? Los términos generales de la ley abrazan toda obligación que importa la de entregar y conservar la cosa, sin distinguir si el contrato tiene por objeto la translación de la propiedad ó el simple uso ó la posesión de la cosa; en todos los casos hay obligación de dar, como lo dice el artículo 1,127. En cuanto al art. 1,138, está singularmente redactado y es difícil comprender una definición de la obligación de dar. Si se quiere invocarle hay que tomarle tal cual; es decir, forzándole á la aplicación de los contratos que transfieren la propiedad por el solo efecto del consentimiento, de donde resultaría la consecuencia extraña de que la venta que tiene por objeto una cosa indeterminada, no produciría una obligación de dar, porque la propiedad no se transfiere por el contrato.

Creemos que la obligación de dar es aquella que tiene por objeto una cosa, y esta cosa debe ser entregada al acreedor, poco importa el objeto, que sea para transferirle la

propiedad ó para darle el uso ó la posesión. ¿Es esto decir que en estos diversos casos la obligación de dar sea la misma y que produzca efectos idénticos? No, ciertamente. La obligación del vendedor no es la misma que la del arrendador, aunque tengan una y otra por objeto una cosa que el deudor se obliga á entregar. Aún hay más, la obligación del vendedor varía según que la venta tiene por objeto una cosa determinada ó una cosa indeterminada. En el primer caso, el comprador llega á ser propietario y es de su cuenta el riesgo, á partir desde el momento de la perfección del contrato; y en el segundo, la propiedad no queda transferida y los riesgos son para el deudor. (1)

188. En cuanto á la obligación de hacer, supone que la cosa debe ser hecha, porque un hecho es el objeto. Todas las disposiciones del Código contienen esta idea. El artículo 1,126 dice que el objeto del contrato puede ser dar una cosa ó hacer una cosa; el art. 1,142 supone que el deudor debe intervenir personalmente en una obligación de hacer, haciendo alguna cosa, y por este motivo dispone que el obligado á hacer, cuando no quiera ó no pueda cumplir puede ser obligado. Cuando el art. 1,110 dice que el error vicia el consentimiento cuando la consideración de la persona es la causa principal del convenio, supone que se trata de una obligación de hacer contratada en razón del talento del deudor. En este mismo sentido dice el artículo 1,237 que la obligación de hacer no puede ser ejecutada por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste último tiene interés en que sea cumplida por el deudor mismo.

189. Esto, que ha producido alguna confusión en esta

1. Véase en este sentido á Demante, t. 5º, pág. 67, núm. 52. Demolombe, t. 24, pág. 504, núm. 507. Aubry y Rau, t. 4º, pág. 38, nota 3, pfo. 290. Marcadé, t. 4º, pág. 390, núm. 1 del art. 1,136. Colinet de Santerre sobre Demante, t. 5º, pág. 67, núm. 52 bis, 1º.

materia tan elemental, es porque se supone que cada contrato produce una obligación, ya sea de dar, ya de hacer. Partiendo de ahí se ha dicho: el vendedor está obligado á dar, el arrendador se obliga á dejar disfrutar, y, por tanto, su obligación es de hacer. (1) Esto no es exacto, el texto mismo del Código lo prueba. La obligación del vendedor no es una obligación única; el art. 1,603 le da dos obligaciones principales, la de entregar y la de garantizar la cosa que vende; la obligación de entregar es una obligación de dar, y la obligación de garantizar es una obligación de hacer, porque tiene por objeto defender al comprador contra la evicción. Así, el contrato de venta engendra dos obligaciones, una de dar y otra de hacer. No hay, pues, que decir: el vendedor se obliga á dar; hay que decir que se obliga á todo junto, á dar y á hacer. ¿En cuanto al arrendador su obligación consiste solamente en hacer, porque debe hacer disfrutar al arrendatario? El art. 1,739 coloca en la primera especie de sus obligaciones la de entregar al arrendatario la cosa arrendada; hé ahí una obligación que tiene por objeto una cosa, y, por tanto, es una obligación de dar en el sentido amplio de la palabra. Resulta de ahí que el deudor puede estar obligado en virtud de un solo contrato, á obligaciones de diferente naturaleza, sea de dar, sea de hacer; para determinar los efectos de estas obligaciones, hay que considerarlas en cuanto á su naturaleza, teniendo presente la diversidad misma de los contratos, como nosotros hemos dicho, y la diversidad de cosas que pueden ser el objeto de un contrato.

190. La jurisprudencia no se ocupa de definiciones; decide, en cada caso que se presenta, si hay obligación de dar ó de hacer. En un contrato de arrendamiento se estipula que el arrendatario debe justificar, en cierto tiempo, el pa-

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 38, nota 3, pfo. 299.

go de las contribuciones personales impuestas sobre puertas y ventanas. ¿Es esta una obligación de una suma de dinero; es decir, una obligación de dar? En este caso, los daños y perjuicios consistirían en el interés legal. ¿Es una obligación de hacer? En este caso, el juez puede y debe apreciar lo que debe entenderse por juicio. La Corte de Casación decidió que se trata de una obligación de hacer; en efecto, el arrendatario no está obligado á dar al arrendador el importe de las contribuciones, pues sólo debe justificar que las ha pagado, y en este caso el art. 1,142 es aplicable. (1)

191. La ley define el mandato, un acto por el cual una persona da á otra el poder de hacer alguna cosa, en su nombre, en virtud del mandato. ¿Es esto decir que la obligación del mandatario sea siempre de hacer? Así se ha sostenido, y se ha deducido que el mandato, en el caso de falta de cumplimiento, jamás da sino una acción en daños y perjuicios. La corte de Bruselas juzga en sentido contrario en un caso en que el mandatario había recibido un objeto á nombre del mandante, con obligación de restituirlo, si llegaba á decidirse que no había de ser remitido á su mandante. Esta es una obligación de dar, dice con razón la Corte; de donde se sigue que el deudor puede ser obligado á entregar la cosa y que el juez puede obligarle por las vías de derecho. (2)

192. Un testador impone como condición de un legado hecho á los hospicios, la carga de recibir á perpetuidad doce niños pobres y huérfanos en la comunidad, hasta la edad de veinte años, mantenerles, ocuparles y educarles en el conocimiento y servicio de Dios, poniéndoles en estado de ir aprendiendo. ¿Es esta una obligación de dar alimentos, ó es una obligación de hacer? Las condiciones impues-

1 Denegada casación, 6 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1; 388).

2 Bruselas, 14 de Marzo de 1835 (*Paracrisia*, 1835, 2, 82).

tas á los hospicios, dice la Corte de Casación, se resumen en obligaciones "activas" que consisten en hacer, porque suponen necesariamente la prestación de cuidados y de servicios habituales y continuos, exigidos de la voluntad de los administradores de los hospicios. Se juzgó que esta obligación no podía ser cumplida directamente por los hospicios, debiendo serlo, desde luego, por la comunidad encargada de designar los beneficiados. (1)

193. Un editor compró al adquirente de las obras de Chateaubriand el derecho de publicar una edición de las obras escogidas de este autor. Celebró con un librero un contrato por el cual se obligó á entregarle dos mil ejemplares de su edición á un precio fijo, y además, á darle durante tres años, á partir de la primera edición, otros tantos ejemplares que estimaba en el precio de treinta francos por el ejemplar, en caso de mora ó falta de cumplimiento de la edición. ¿Es esto faltar á una obligación de hacer ó á una obligación de dar? Se juzgó que la obligación contraída por el editor constituía una obligación de dar, y, por consiguiente, otra de daños y perjuicios, y fué condenado á continuar el cumplimiento del contrato durante dos años, espacio de tiempo proporcionado á aquél, durante el cual se había faltado al cumplimiento. (2)

§ II.—EFECTOS DE LA OBLIGACION DE DAR Y DE HACER.

Núm. 1. *De la entrega.*

I. De la obligación de dar.

194. En los términos del art. 1,136 la obligación de dar

1 Denegada casación, Sala Civil, 18 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 411).

2 Denegada casación, 21 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 411).

importa la de entregar la cosa que tiene por objeto. Y como la obligación está garantizada por el cumplimiento forzado, resulta que aquel que se obliga á dar una cosa puede ser obligado en caso necesario por la fuerza pública que las leyes ponen á disposición á la justicia. Esto, en otro tiempo, fué una cuestión muy controvertida, que es la de saber si el vendedor de una cosa está obligado á entregar, y si puede ser obligado; ó si se niega, el comprador debe conformarse con indemnización de daños y perjuicios. (1) La cuestión es tratada por el art. 1,136. Decir que el deudor está obligado á entregar la cosa, es lo mismo que decir que puede ser obligado por los tribunales y la sentencia del juez se ejecute con el apoyo de la autoridad pública. El Código opone bajo este concepto á la obligación de dar la obligación de hacer; el art. 1,142 no dice que el deudor que se ha obligado á hacer pueda ser estrechado; dice que la obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor. Más lejos veremos si esta oposición entre las dos especies de obligación es tan absoluta como la ley parece expresarla. En cuanto la obligación de dar, los principios no dejan duda alguna. Es de la esencia de toda obligación, que sea cumplida forzosamente si el deudor no la cumple voluntariamente, y que la obligación sea prestada tal como se ha contraído. De la misma manera que el acreedor no puede ser obligado á recibir otra cosa que la que se le debe (art. 1,243), de igual manera no puede ser obligado á recibir daños y perjuicios en lugar de la cosa que se ha estipulado. Nada se opone, por otra parte, á esto, que la obligación de entregar la cosa sea cumplida directamente, pues esto puede hacerse sin la intervención del deudor; la entrega no exige el concurso ac-

1 Véanse los numerosos autores citados en pro y en contra por Vinnius, *Institutes (De emptione et venditione, princ.)*.

tivo de su voluntad, y la libertad del deudor está, por tanto, fuera de causa. Hé ahí justificada, bajo todos aspectos, la decisión del art. 1,236. ¿Cómo se lleva á efecto el cumplimiento forzado? Esta materia pertenece á la de procedimientos y no está, por tanto, en nuestro dominio. (1)

195. Hemos dicho que la obligación de dar comprende toda obligación que tiene por objeto una cosa, cualquiera que sea el objeto del contrato, ya se trate de transferir la propiedad de la cosa, del uso, ó de la posesión. El arrendador está obligado á entregar la cosa al arrendatario y puede ser obligado por la intervención de los tribunales y de la fuerza pública. Esto no es decir que la obligación de entregar tenga los mismos efectos en todos los contratos que tienen por objeto una cosa. Así, hay contratos que obligan al deudor á la garantía; en otros casos, no puede ser obligado á garantizar al acreedor contra la evicción. (2) Es inútil resolver aquí estas diferencias porque debemos volver á tratar este punto en los diversos títulos en que se trata de la materia.

196. Los principios más elementales tienen su importancia, y si se les desconoce, necesariamente se termina en errores. Esto es lo que se presentó ante la Corte de Bruselas. Cuando la obligación de entregar es de una cosa determinada solamente en su especie, el cumplimiento directo por las vías de apremio llega á ser imposible, y, por consiguiente, ¿el acreedor deberá conformarse con la indemnización de daños y perjuicios? ¿ó puede demandar que el tribunal le autorice á procurarse la cosa que ha estipulado? El deudor condenado á suministrar cierta cantidad de sal, se niega y ofrece la indemnización de daños y perjuicios; el acreedor demanda que el tribunal lo autorice á comprar la sal á costa del deudor. Se juzgó que

1 Véase Toullier, t. 3º, 2, pág. 134, núms. 209 y 214.

2 Duranton, t. 10, pág. 408, núm. 396.

la obligación se resolvió en daños y perjuicios. (1) El error es evidente, el comprador tuvo derecho á la sal que se había estipulado; el cumplimiento directo y forzado era posible, y, por tanto, debió ser ordenado por el juez.

Una sentencia reciente, de la Corte de Lieja, juzgó en el mismo sentido. El deudor debía entregar una cantidad de 359,679 kilogramos de bronce al acreedor; la sociedad de Sclessin demandó que el deudor fuese condenado, á efectuar esta previsión, y, en su defecto, que la sociedad fuese autorizada á procurarse el bronce estipulado, á cargo del deudor. Estas conclusiones fueron rechazadas. La obligación de entregar cosas fungibles, dice la Corte, no es de una obligación de hacer; es decir, de efectuar una prestación cuando la falta de cumplimiento da lugar á la indemnización de daños y perjuicios. (2) Hay, en nuestro concepto, un doble error en esta decisión. La obligación de entregar el bronce no es una obligación de hacer, y puede ser ejecutada directamente por cuenta del deudor, y, por tanto, el juez debe condenar (art 1,136). Y aun cuando esta misma obligación fuese de hacer, se llegaría á la misma consecuencia, porque el art. 1,144 previene que el acreedor puede, en caso de falta de cumplimiento, ser autorizado á hacer cumplir él mismo la obligación en cuenta del deudor. Sobre la demanda en casación intervino una sentencia de denegada casación que no contiene argumento nuevo alguno. (3)

Los editores de Zachariæ hacen una restricción á este principio cuando se trata de géneros ó de mercancías que tienen un curso conocido; el juez puede, en este caso, dicen ellos, aprobar al acreedor los daños y perjuicios que

1 Bruselas, 9 de Enero de 1809 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 677).

2 Lieja 16 de Julio de 1873 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 80).

3 Denegada casación, 2 de Julio de 1874 (*Pasicrisia*, 1874, 1, 244).

representa la diferencia entre el precio de compra y el corriente de objetos comprados en el día fijado para la entrega. (1) A nuestra vista, esta decisión es toda tan errónea, como aquella de la corte de Bruselas. ¿Con qué derecho el juez ha de modificar la ley del contrato? ¿Y no es esto modificarla, concediendo daños y perjuicios al acreedor que demanda las mercancías ó los géneros que ha comprado?

II. De la obligación de hacer.

1. Principio.

197. El art. 1,142 dice: "Toda obligación de hacer ó de no hacer se resuelve en daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento de parte del deudor." Esta disposición parece decir que las obligaciones de hacer, á diferencia de las que consisten en dar, no pueden ser ejecutadas directamente por vía de apremio. La diferencia parece referirse á la naturaleza particular de las obligaciones de hacer. Esto es muy cierto cuando el hecho no puede ser prestado sino por el deudor; si, en este caso, el deudor niega su concurso, el cumplimiento directo y forzado llega á ser imposible, y no queda al acreedor otro derecho que el de daños y perjuicios. Pero hay que guardarse de concluir de lo dicho que las obligaciones de hacer no pueden ejecutarse directamente. En principio no hay diferencia, bajo este aspecto, entre la obligación de hacer y la obligación de dar. (2) El que ha estipulado un hecho puede demandar que este hecho se ha prestado, como aquel que ha estipulado una cosa puede demandar que le sea entregada.

1 Aubry y Rau, t. 4º, págs. 110 y siguientes, nota 10 del pfo. 299.

2 Demante, t. 5º, pág. 88, núm. 60, y Colmet de Santerre, pág. 88, núm. 60 bis, y pág. 20, núm. 60 bis, 3º.

da; porque toda obligación debe ser cumplida tal como ha sido contratada; esto es de la esencia de la obligación. ¿Se dirá que este cumplimiento directo es imposible en las obligaciones de hacer? Esto no es exacto, el texto mismo del Código supone lo contrario. Si se trata de una obligación de no hacer, el art. 1,143 da al acreedor la acción de demandar que lo que se haga en contravención á la obligación sea destruido, y para eso está ahí el empleo de la fuerza pública puesta al servicio de una obligación que tenga por objeto un hecho; esta obligación puede cumplirse directamente por la destrucción de lo que ha hecho el deudor. El art. 1,143 agrega, en efecto, que el acreedor puede ser autorizado á destruir él mismo lo que ha sido hecho por el deudor, y á su costa, sin perjuicio de daños y perjuicios á que haya lugar. Si se trata de una obligación de hacer, el acreedor puede también, dice el artículo 1,144, ser autorizado á hacer cumplir él mismo la obligación á costa del deudor. Hé ahí también un cumplimiento directo, pues este es el hecho estipulado por el acreedor, que ha sido prestado. ¿Qué importa que el hecho sea ejecutado por un tercero, en lugar de serlo por el deudor? Es frecuente que el acreedor no tenga interés en que el hecho sea prestado por el deudor mismo, y, por tanto, la mayor parte de las obligaciones de hacer pueden ser ejecutadas directamente.

Restan las obligaciones de hacer en que el cumplimiento directo es imposible porque sólo el deudor puede cumplirla y éste se niega. En este caso, el acreedor debe conformarse con la indemnización de daños y perjuicios, porque le es imposible obtener la prestación del hecho. Esto no es propio de las obligaciones de hacer; la misma imposibilidad puede presentarse en las obligaciones de dar. El deudor destituye la cosa que se ha obligado á entregar, ó la oculta; si el acreedor se encuentra en la im-

posibilidad de tomar la cosa, deberá contentarse con la indemnización de daños y perjuicios.

198. Así, el cumplimiento directo de la obligación es la regla para toda especie de obligaciones. La regla no admite excepción que imposibilite la acción para perseguir el cumplimiento directo. Esta imposibilidad existe más frecuentemente en las obligaciones de hacer que en las obligaciones de dar; esta es una diferencia de hecho más bien que de derecho. Hay, sin embargo, una diferencia de derecho que toca á la libertad humana. La libertad está fuera de causa cuando se trata de una obligación de dar; la fuerza pública se dirige á la cosa y no al hombre. En las obligaciones de hacer, la voluntad del hombre está en juego, y en este sentido la obligación no puede ser ejecutada haciendo violencia al deudor. Esto, sin decir que no puede embargarse á aquel que se ha obligado á no hacer, porque esto sería un atentado contra la libertad, un crimen. Pero de la misma manera que el deudor no sería privado de su libertad, tampoco podría usarse de violencia para impedirle hacer aquello que se ha obligado á no hacer. Un actor se obliga á no salir á la escena en tal teatro y falta á su obligación. ¿Se puede, por esto, obligarlo á cumplir su obligación haciendo de salir á la escena por la fuerza pública? El Tribunal del Sena juzgó que podía recurrirse á la fuerza. Todos los autores critican esta decisión y nos parece que con razón. (1) El hombre es libre de no cumplir sus obligaciones sujetándose á soportar las consecuencias de esta falta de cumplimiento, y no se le puede coartar esta libertad empleando la violencia. Es cierto que el texto de la ley no lo dice, pero el espíritu de la ley no deja duda alguna. Explicando el art. 1,142 el orador del Gobierno dice: "El motivo es que ninguno

1 Mourlón, según Valette, t. 2º, págs. 511 y siguientes. Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 90, núm. 60 bis, 3º.

puede ser estrechado en su persona á hacer ó á no hacer una cosa, y si esto fuera posible, sería una violencia que no puede ser un medio del cumplimiento de los contratos."

199. Desde que la libertad del deudor no ha sido comprometida; desde que no se ha ejercido violencia contra su persona, la obligación de hacer no difiere, en esencia, de la obligación de dar. Si el deudor se obliga á no hacer, contraviene á su obligación. ¿Cuál es el derecho del acreedor? Puede demandar el cumplimiento directo de la obligación, si esto es posible. Es posible si lo que hace el deudor puede deshacerse. Pothier pone este ejemplo. Mi vecino está obligado para conmigo á no cerrar su calle para dejarme el paso libre, y la cierra con una barrera: yo puedo demandar sea obligado á quitar su barrera; si no lo hace, estaré autorizado á quitar la barrera á sus expensas. (1) Si concluyo en este sentido, ¿podrá el tribunal limitarse á que sea indemnizado de daños y perjuicios? La negativa nos parece evidente, porque el acreedor tiene el derecho de pedir el cumplimiento directo del convenio, con tal que sea posible; el juez, por consiguiente, debe ordenarlo. En este sentido está concebido el art. 1,143; la ley dice que el acreedor tiene el "derecho" de demandar que lo que se ha hecho en contravención á la obligación sea destruido. Desde que esto es un derecho para el acreedor, es también una obligación para el juez.

La misma cuestión se presenta cuando el deudor se ha obligado á hacer y se niega á cumplir su obligación. En este caso, dice el art. 1,144, el acreedor "puede ser autorizado" á hacer ejecutar él mismo la obligación á costa del deudor. La ley no dice que el acreedor tiene el "derecho" de demandar que el tribunal lo autorice. ¿Puede inferir-

1 Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 38 (Loctré, t. 6.º, pág. 154).

se de esta diferencia de redacción entre el art. 1,144 y el 1,143, que el tribunal no puede darle esta autorización, limitándose á condenar al deudor á los daños y perjuicios? La jurisprudencia es en este sentido. A nuestra vista, es contraria á los principios. La obligación de hacer, lo mismo que la obligación de no hacer, deben ser directamente cumplidas, si la cosa es posible y si el acreedor consiente; su derecho es el mismo. La diferencia de redacción que existe entre el art. 1,144 y el 1,143 es indiferente. Diciendo que el acreedor puede ser autorizado, la ley no entiende dar al juez el poder de negar esta autorización, pues lo que quiere decir es que el acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación para un tercero; el artículo 1,143 dice también que el acreedor puede ser autorizado á destruir; si las expresiones difieren, el sentido es idéntico porque los principios son los mismos. Esto es así, y el informante del Tribunado explica el art. 1,144. Después de haber dicho que es conveniente dejar al acreedor el "derecho" de hacer destruir, á costa del deudor, lo que hubiera hecho en contravención del contrato, Favard añade: "Es conveniente también, por la misma razón, dejar al acreedor el *derecho* de hacer ejecutar él mismo la obligación á costa del deudor. Esto está conforme con el principio que aquel que se ha obligado á hacer una cosa no puede ser estrechado, pero si se puede hacerla cumplir por él y á su costa, ó demandar los daños y perjuicios en razón de su falta de cumplimiento." (1) La elección pertenece, pues, al acreedor; el juez debe respetar su derecho, lejos de poder modificarlo. (2)

La Corte de Casación dice, al contrario, que "el artículo

1 Favard, Informe al Tribunado, núm. 36 (LoCré, t. 6º, pág. 195).

2 Demolombe, t. 24, pág. 499, núms. 503 y 504, y las autoridades en sentido contrario que él cita.

lo 1,144 permite autorizar al acreedor á hacer ejecutar él mismo la obligación del deudor, y que pertenece á los jueces el hecho de usarle ó no, según las circunstancias de esta facultad que les da." (1) Esto está en contradicción con los principios; en materia de obligaciones convencionales, el derecho, por decir mejor, el deber del juez es sostener los derechos de las partes, y el acreedor tiene el derecho de demandar el cumplimiento forzado de la obligación contraída por el deudor, y el juez debe admitirle sus conclusiones, pues de lo contrario viola la ley del contrato.

200. ¿El acreedor tiene necesidad de la autorización judicial para destruir lo que ha hecho el deudor ó para hacer cumplir la obligación á su costa? Cuando se trata de una destrucción la afirmativa no sufre duda alguna; el artículo 1,143 dice que el acreedor puede hacerse autorizar á destruir. Hay, pues, una autorización. Destruir es una vía de hecho que se ejecuta en la propiedad del deudor, y una vía de hecho no llega á ser legítima sino por la intervención del magistrado. Es lo mismo, á nuestra vista, cuando se trata de la obligación de hacer; el art. 1,144 dice también que el acreedor puede ser autorizado, lo que indica que debe demandar la autorización. Por otra parte, esta es un vía de ejecución forzada y no puede emplearse violencia alguna sino por orden judicial. En fin, y esto es decisivo, el contrato no da al acreedor el derecho de hacer cumplir la obligación por un tercero, y no adquiere este derecho sino por la falta de cumplimiento de la obligación, y sólo al juez toca arreglar este derecho que tiene el acreedor y que éste no puede ejecutar.

La doctrina es contraria, pero puede seguirse, á juzgar por el lenguaje de M. Demolombe. Comienza por decir

1 Denegada casación, Sala Civil, 19 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 297).

que el medio regular de proceder consiste en demandar la autorización judicial, pues enseña que el acreedor puede, "evidentemente," ejecutar él mismo la obligación cuando no se trata de asegurarse en el patrimonio del deudor, y por fin, dice, que será siempre "más regular" para el acreedor hacerse autorizar previamente, si le es posible. (1) Si el procedimiento "regular" es arreglarse á la justicia, es "irregular" proceder sin esta autorización, y esto que en derecho es irregular no puede ni debe hacerse. Comprendemos los escrúpulos que produce esta duda. Hay casos en que es necesario proceder inmediatamente y sin demora alguna, y creemos que el acreedor puede hacerlo, dejando al juez arreglar en seguida los derechos y obligaciones de las partes. El acreedor no podrá, en este caso, demandar más que el cumplimiento por un tercero, ya sea considerado como el equivalente del cumplimiento por el deudor, porque lo hace sin ser autorizado, ni por el convenio ni por un fallo, y podrá scilicet demandar lo que se le debe, ya sea á título de daños y perjuicios por lo que ha perdido. Esto no es una disputa de palabras; cuando el acreedor obra con autorización, todos los gastos son por cuenta del deudor; este es el cumplimiento de la obligación; y cuando, por el contrario, el acreedor obra de su propio motivo, el juez apreciará el daño causado y decidirá si el acreedor está en los límites de su derecho; esta es una cuestión de daños y perjuicios.

201. Se presenta aún una dificultad en esta materia tan elemental. ¿El deudor obligado á hacer puede ofrecer daños y perjuicios á su acreedor? Nō, sobre este punto todo

1 Demolombe, t. 24, pág. 498, númer. 500. Compáreso Durantón, t. 10, pág. 478, númer. 461. Una sentencia de la Corte de Casación, del 6 de Enero de 1869 (Dalloz, 1869, I, 207) dice, en los considerandos, que no es necesario que el fallo que autoriza al acreedor á hacer haya sido notificado al deudor y lo mismo que haya sido rendido.

el mundo está de acuerdo, el deudor debe la prestación del hecho, y no puede ofrecer á su acreedor lo que no le debe. Pero si el deudor no cumple su obligación, ¿cuál será el derecho del acreedor y cuál será el del deudor? El acreedor puede demandar lo que se le debe; es decir, la prestación del hecho, y no puede reclamar directamente daños y perjuicios, porque no ha estipulado una suma de dinero sino un hecho. Esto decide la cuestión de saber si el deudor perseguido por el acreedor puede detener la ejecución ofreciéndole daños y perjuicios. A nuestra vista no puede detener la ejecución sino solo prevenir la demanda por la oferta de daños y perjuicios. El art. 1,142 no dice esto, da algún derecho al deudor y éste poco jurídico, el de pretender que el deudor tenga algún derecho cuando tiene una obligación que cumplir, que ha contraído; esto es solamente cuando no cumple la obligación, pues entonces se resuelve en daños y perjuicios. Tal es el sentido del artículo 1,142; interpretado de otro modo, sería dar al deudor el derecho de pagar otra cosa que la que debe, y esto es contrario á los principios y al texto de la ley (artículo 1,243). (1)

¿Cómo formulará el tribunal esta decisión? Nuevo desacuerdo entre los autores; el uno dice que el juez no puede condenar principal y directamente al deudor á hacer ó á no hacer, (2) otro enseña que el juez puede, ciertamente, condenar al deudor á cumplir la obligación que ha contraído. (3) Nosotros decimos que no solamente puede sino que debe hacerlo, porque está ligado por el contrato que es la ley de las partes, pero puesto que el acreedor concede daños y perjuicios, el tribunal debe pronunciar una

1 En sentido contrario, Durantón, t. 10, pág. 475, núms. 458-459. Demolombe, t. 24, pág. 482, núm. 489.

2 Larombière, t. 1º, pág. 509, núm. 3 del art. 1,142 (Ed. B, t. 1º, pág. 210).

3 Demolombe, t. 24, pág. 424, núm. 491.

condenación en daños y perjuicios si el deudor no cumple su obligación. La jurisprudencia también fija á la precisión. Por una parte, la Corte de Casación ha casado un fallo que condenó á un deudor á la prestación de un hecho porque el tribunal no pronunció una condenación pecuniaria para el caso de falta de cumplimiento; una sentencia reciente juzga mejor, á nuestra vista, que el tribunal puede limitarse á condenar al deudor á cumplir la obligación de hacer, agregando que, en caso de falta de cumplimiento, se ejercite el derecho. (1) Y si el acreedor consiente únicamente en lo que el deudor fué condenado á prestar el hecho, el juez debería limitarse á admitir sus conclusiones, dejando á salvo al acreedor el poder de demandar ulteriormente daños y perjuicios.

2. *Aplicación.*

202. Las obligaciones de hacer que tanto han ocupado á los autores, permiten, en la práctica, una condenación de daños y perjuicios; estos daños y perjuicios dan lugar á nuevas dificultades. Nosotros hacemos á un lado los debates que no debieron ser llevados ante los tribunales. Tal es la cuestión siguiente que la Corte de París decidió en Apelación. Un pasajero pagó su sitio en un navío que debía partir un dia fijado; su partida se retardó sin que se justificase un caso fortuito ni de fuerza mayor. ¿Puede reclamarse no solamente el precio de su pasaje sino también los daños y perjuicios? (2)

Toquemos las cuestiones más serias. Un padre se obliga por su hijo menor; éste no ratifica la obligación. ¿El padre estará obligado á una indemnización á título de daños

1 Casación, 26 de Julio de 1812, y denegada casación, 22 de Febrero de 1862 (Devilleneuve, 4, 1, 152 y 1862, 1, 242).

2 París, 18 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 5, 248).

y perjuicios? Así planteada la cuestión, no está en materia, porque la obligación del fiador consiste precisamente en indemnizar á la otra parte del perjuicio que experimente por la falta de cumplimiento de la obligación. En el caso, la Corte de Génos se valió de la menor edad del hijo para anular la obligación del padre; esto fué violar el art. 2,012 y los principios más elementales. La obligación de un menor puede ser caucionada, y, por tanto, puede él tener un fiador; esta es una obligación principal, y la falta de cumplimiento justifica los daños y perjuicios. (1)

La obligación del fiador ha dado lugar á una contestación en que la esencia misma de la obligación de hacer estuvo en causa. En el caso, el marido fué fiador de su mujer, obligándose á obtener su ratificación. No cumplió esta obligación, y el acreedor demandó que fuese condenado á cumplirla en tres meses, bajo pena de cinco francos por día de retraso, por daños y perjuicios. El fiador pretendió que se había violado el art. 1,142, y atentado á su libertad. ¿Qué dice el art. 1,142? Que el deudor está obligado á indemnizar los daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento; es decir, á reparar el daño que se ha causado. La Corte de Burdeos pronunció la indemnización de daños y perjuicios á título de apremio para forzar al deudor á hacer. Sobre la sentencia, la Corte de Casación decidió que se debían daños y perjuicios en razón del simple retraso en el cumplimiento de la obligación. (2) Volveremos á tratar más adelante sobre los daños y perjuicios pronunciados como sanción á razón de un tanto por día.

203. La obligación de hacer se convierte en daños y

1 Casación, 16 de Febrero de 1814 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 713, 1º).

2 Denegada casación, Sala Civil, 26 de Julio 1854 (Daloz, 1854, 1, 1979).

perjuicios en caso de falta de cumplimiento, dice el artículo 1,142. ¿Y hay falta de cumplimiento cuando el deudor declara estar dispuesto a cumplir sus obligaciones? La cuestión parece extraña, y, sin embargo, ha sido decidida afirmativamente en el caso siguiente. Dos tíos se obligan por el contrato de matrimonio de su sobrino, a recibir a los futuros esposos en su casa; es decir, a mantenerlos en su familia. Después, la muerte de uno de los tíos motivó un juicio entre el tío sobreviviente y el sobrino, sobre un testamento del muerto. El sobrino lo ganó, pero pretendió que la vida común había llegado a ser insopportable, y demandó que la deuda de alimentos fuese reemplazada por una pensión de mil ochocientos francos. Negada por el primer juez esta demanda, fué acogida en Apelación, y sobre la demanda, la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada casación, fundándose en que no le pertenecía revisar la declaración de la Corte de Aix que resolvió, que por el hecho del tío, la vida en común había llegado a ser imposible. (1) La sentencia nos deja escrupulos; nos parece conveniente justificar la falta de cumplimiento de la obligación contraída por el tío, que nada había hecho, en los términos de la sentencia, sino sostener un juicio. No hubo, por tanto, falta de cumplimiento, toda vez que el art. 1,142 fué inaplicable.

204. El nombre de una actriz célebre ha dado celebridad a un juicio en que Mlle. Rachel debió perder. Invitó a Legouvé a componer una pieza para ella, y aceptó el papel de *Medea*, creado a su intención; después de haber prometido desempeñarlo faltó a su promesa. ¿Hubo obligación de hacer? Desempeñar un papel es, ciertamente, un hecho que puede ser el objeto de una obligación. ¿Faltó el consentimiento del director del teatro francés? Nô, según la

1 Denegada casación, 26 de Julio de 1843 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 710).

sentencia de la Corte de París. Faltó una negativa que nada justificó: un capricho de artista, y como estos caprichos no encuentran favor ante los tribunales, el juez no pudo consentirlos sin violar el derecho del acreedor. El poeta tuvo también su gloria y sus intereses á salvaguardia; en los tribunales esto se resuelve en daños y perjuicios. El convenio celebrado entre la actriz y el autor constituyó una obligación de hacer que al no cumplirse se resolvió en daños y perjuicios. (1)

Núm. 2. De los riesgos.

205. El art. 1,138 previene que la cosa está al riesgo del acreedor desde el instante en que ha debido ser entregada. ¿Qué significa el principio de que el acreedor soporta el riesgo, y cuál es su fundamento? En el derecho romano se decía que la cosa perece para el acreedor cuando la pérdida sobreviene por caso fortuito sin culpa alguna del deudor. Si la cosa perece por culpa del deudor, él es el responsable de la pérdida, porque está obligado á conservar la cosa hasta la entrega y debe poner todos los cuidados de un buen padre de familia (arts. 1,136 y 1,137). Pero si el deudor ha conservado la cosa con los cuidados que la ley exige de él, y si llega á perecer por caso fortuito, no es responsable, porque no responde del caso fortuito; la pérdida será para el acreedor.

206. La aplicación de este principio en los contratos unilaterales jamás ha sufrido dificultad; el deudor queda libre por la pérdida fortuita. Esto es lo que dice el artículo 1,302. Cuando la cosa cierta y determinada que ha sido el objeto de la obligación llega á perecer, la obligación se extingue si la cosa ha perecido sin culpa del deudor." La ley coloca la pérdida de la cosa entre los modos

1 París, 3 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 71).

de extinción de las obligaciones. Así, los derechos del acreedor se extinguén cuando la cosa perece por caso fortuito, y en este sentido es en el que los riesgos son para el acreedor. El fundamento del principio, en este caso, es muy claro. ¿Cuál es la obligación del deudor? Entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Ha cumplido la obligación de conservar, porque se supone que la cosa pereció por caso fortuito, y esta pérdida le pone en la imposibilidad de entregar ó de restituir la cosa; es en razón de esta imposibilidad por lo que queda libre, pues nadie está obligado á lo imposible. Y no se puede decir que la imposibilidad en que se encuentra de cumplir su obligación le es imputable, porque la cosa ha perecido sin su culpa. En definitiva, queda libre porque ha cumplido su obligación. El acreedor nada puede reclamar contra él. (1)

207. ¿En qué sentido el acreedor soporta los riesgos en los contratos bilaterales, como la venta? El vendedor es deudor porque está obligado á entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Se supone que la cosa pereció por caso fortuito en poder del vendedor, sin que haya habido culpa que reprocharle. Quedará también libre, el artículo 1,302 es aplicable; el texto no distingue si la cosa que pereció tiene por objeto un contrato bilateral ó unilateral, y el espíritu de la ley excluye toda distinción. Se puede decir, en efecto, del vendedor lo que hemos dicho del deudor en los contratos unilaterales, él ha cumplido su obligación conservando la cosa con los cuidados de un buen padre de familia, y, por tanto queda libre. Pero ¿cuál es la posición del comprador? No puede reclamar la entrega de la cosa vendida porque no existe, tampoco puede reclamar daños y perjuicios porque el deudor no ha tenido

1 Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 84, núm. 58 bis, 1.º)

culpa. ¿Estará obligado á pagar el precio? Sí, porque el art. 1,138 dice que la cosa está á sus riesgos, y dejaría de estarlo si no debiese pagar el precio, porque nada perdería, y sería, por el contrario, el vendedor el que perdería y el que, por consiguiente, soportaría el riesgo de la cosa, cuando la ley previene que la cosa está á los riesgos del acreedor. Así es como el principio se entendía en el antiguo derecho, y no hay duda de que lo mismo debe entenderse en el derecho moderno. (1) Resta saber cuál es el fundamento del principio; sobre este punto hay controversia y algo de duda.

208. Ateniéndose al texto del art. 1,138 se podría creer que si el acreedor soporta el riesgo es porque él es el propietario. En efecto, esta es una misma disposición que dice que "la obligación de entregar es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes; hace propietario al acreedor, agrega el art. 1,138, y pone la cosa á sus riesgos." ¿No es esto decir que el comprador soporta el riesgo porque es propietario? De modo que el principio de los riesgos sería una aplicación del viejo adagio *Res perit domino* ("la cosa perece para su dueño"). Si el texto lo dice, todo está resuelto, pero el art. 1,138 dispone que el acreedor llega á ser propietario y que él soporta los riesgos, y no pone estos dos principios en la relación de la causa y del efecto; puede deducirse que el acreedor soporta los riesgos porque es el propietario, y esto es hacer decir á la ley lo que no dice.

El texto deja, por tanto, la cuestión en pie. Si hay una duda, proviene de los trabajos preparatorios. Bigot-Prémeneu dedujo el principio de los riesgos del adagio en virtud del cual la cosa perece para su dueño; después de haber dicho que el acreedor llega á ser propietario por el simple

1 Durantón, t. 10, pág. 433, núm. 422. Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 85, núm. 58 bis, 2º)

consentimiento de los contratantes, sin tradición alguna, el orador del Gobierno agrega. "Si, pues, la cosa perece por fuerza mayor ó caso fortuito después de la época en que debió entregarse, la pérdida es para el acreedor, según la regla *Res perit domino*." Jaubert, el Informante del Tribunalado, se expresa en el mismo sentido: "La obligación de entregar la cosa hace propietario al acreedor desde el momento en que el consentimiento ha formado el contrato, *de donde resulta* que la cosa perece para él." (1) M. Larombière abunda en las mismas ideas, no duda que el principio de los riesgos se desprende, hoy día, de la regla *Res perit domino*. (2)

Nosotros creemos que la regla *Res perit domino* no es aplicable en materia de obligaciones. Que la cosa perece para su propietario cuando no es el objeto de algún contrato, es evidente; la propiedad es un derecho real, y todo derecho real se extingue por la pérdida de la cosa en la cual se ejercita. No es lo mismo cuando la cosa que perece es debida por un deudor y estipulada por el acreedor; la cuestión de saber para quién perece, depende entonces del lazo que existe entre el acreedor y el deudor. El mismo art. 1,138 lo prueba; después de decir que la cosa está á los riesgos del acreedor, agrega que está á los riesgos del deudor, si éste se constituye en mora; sin embargo, la demora del deudor no impide al acreedor ser propietario; hé ahí un caso en que la cosa no perece para su propietario. Si la cosa perece tanto para el deudor como para el acreedor, éste no puede ser siempre propietario; de donde se sigue que la cuestión de los riesgos es independiente de la de propiedad, y que debe decidirse por los principios que rigen las obligaciones.

1 Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 33 (Locré, t. 6º, pág. 153). Jaubert, Informe al Tribunalado, núm. 31 (Locré, t. 6º, pág. 194).

2 Larombière, t. 1º, pág. 411, núm. 23 del art. 1,138 (Ed.B, t. 1º)

El principio de que el acreedor soporta los riesgos, no es una innovación del Código Civil; esta es una regla tradicional que viene del derecho romano, que el antiguo derecho francés sostuvo, y los autores del Código, al testimonio de Jaubert, han consagrado los viejos principios. A esta tradición hay que recurrir para explicar un principio tradicional, y como la tradición no es punto dudoso, nuestra antigua jurisprudencia está conforme con el derecho romano; la propiedad no se transfería por el solo efecto del contrato; hasta en la tradición el vendedor quedaba propietario y, sin embargo, el comprador soportaba el riesgo, y lo soportaba aunque no hubiera propietario. Es, pues, necesario separar los dos principios que nada tienen de común, pues uno es independiente del otro.

209. Supuesto que el acreedor soporta el riesgo, no como propietario sino como acreedor, nos falta saber cuál es el fundamento del principio. Pothier veía alguna dificultad; la equidad tiene una grande influencia sobre su espíritu, y los autores de derecho natural, Pufendorf y Barbeyrac, habían reclamado en nombre de la equidad contra el principio romano. Pothier, conmovido aunque sin sentido jurídico, se interesa por las vanas objeciones del derecho natural. A nuestra vista el principio se funda en la equidad tanto como en el derecho. En todo contrato sinalagmático cada una de las partes tiene obligaciones correlativas, en el sentido de que cada una de ellas debe cumplir con las que el contrato le impone, y no queda libre sino cuando las obligaciones se han extinguido por uno de los medios legales que la ley admite como causa de la existencia de las obligaciones. En materia de venta el vendedor está obligado a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio; el vendedor cumple su obligación cuidando la conservación de la cosa con los cuidados de un buen padre de familia; si, apesar de sus cuidados, la co-

sa perece por caso fortuito, queda libre, su obligación está cumplida como si hubiese entregado la cosa. Puesto que el vendedor ha cumplido su obligación, el comprador debe cumplir la suya, se ha obligado ha pagar el precio, y la pérdida de la cosa no es una causa de extinción de esta obligación, y, por tanto, subsiste. Aquí los autores de derecho natural se niegan; no es justo, dicen ellos, que el comprador pague el precio cuando no recibe la cosa, porque no está obligado á pagar el precio sino para obtener la propiedad de la cosa. Nosotros respondemos que el comprador sí está obligado á pagar el precio en compensación de las obligaciones contraídas por el vendedor, y como ésta las ha cumplido, debe también el comprador cumplir las suyas. Esta es la respuesta que dan el derecho y la equidad. La cosa está á los riesgos del acreedor, y esta es una suerte; pero está también el comprador á las suertes de ganar. Si la cosa vendida aumenta de valor antes de la entrega, ¿á quién aprovechan? Al comprador, y puesto que está á las suertes del provecho, es justo que soporte las de la pérdida. (1)

210. El principio de que el acreedor soporte los riesgos no es aplicable cuando la cosa es indeterminada. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. ¿Por qué la cosa no perece para el deudor? Porque queda libre por la pérdida de la cosa; pero es por esto, dice el art. 1,302, si se trata de una cosa cierta y determinada; pero si la cosa es indeterminada no puede decirse que perece, porque una especie no perece. Por otro lado, los motivos del principio faltan cuando la cosa no es determinada sino en cuanto á su especie. Deudor de una cosa cierta el vendedor puede decir que ha conservado la cosa con los cuidados de un buen padre de familia; pero si es deudor de una es.

1 Durantón, t. 10, págs. 434 y siguientes, núm. 422. Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 85, núm. 68 6/8, 3º).

pecie, no puede decir que ha conservado la cosa debida, porque no se sabe cuál es esta cosa, y no la tendrá sino cuando sea determinada, lo que se hace de ordinario cuando se entrega; hasta entonces, pues, la cosa que el deudor se propone entregar debe estar á sus riesgos.

211. ¿A partir de ese momento la cosa está á los riesgos del acreedor? Según los principios, la cuestión no es dudosa; por mejor decir, esta no es una cuestión. Desde que el contrato es perfecto por el concurso del consentimiento de las partes, el deudor está obligado á conservar la cosa y el acreedor debe pagar el precio, y, por tanto, desde este momento los riesgos deben ser para el acreedor. Hay una dificultad en el texto; el art. 1,138 dice que los riesgos son para el acreedor "desde el instante en que la cosa ha debido ser entregada;" esto parece decir que si la venta es á plazo, el comprador soportará los riesgos hasta después de cumplido el plazo, porque esto no es sino cuando la cosa debe ser entregada. Esta interpretación es inadmisible, porque es contraria á los principios que rigen el plazo. La obligación á plazo no difiere, en cuanto á sus efectos, de la obligación sin plazo, y no hay más que una diferencia, y esta es que el cumplimiento es emplazado. Por lo demás, el plazo no impide que el deudor esté obligado á conservar la cosa; y si el deudor cumple la obligación que le incumbe de conservar la cosa, el acreedor, por su parte, está obligado á cumplir las obligaciones que nacen del contrato; es decir, á soportar los riesgos. ¿Pero cómo explicar la extraña redacción, dirémos mejor, la redacción incorrecta del art. 1,138? Lo veremos más adelante al tratar de la translación de la propiedad; la explicación que se ha dado al art. 1,138 es que el legislador, sin razón, siempre confunde dos órdenes de ideas que es preciso distinguir, los riesgos y la translación de la propiedad.

212. La confusión que existe en la ley ha dado lugar á una controversia sobre la que vamos á decir una palabra, porque pone los principios en evidencia. Se estipula en un contrato de venta que el vendedor continuaría de propietario hasta la entrega ó hasta el pago del precio. ¿La cosa estará entonces á riesgo del comprador? Si se admite la explicación que hemos dado del art. 1,138, no hay duda alguna; poco importa quién sea el propietario; si el comprador soporta los riesgos, no es como propietario sino como acreedor, y, en el caso, la venta es perfecta apesar del vencimiento de la translación de la propiedad, y por eso el vendedor está obligado á conservar y el comprador á pagar; y si la cosa perece, el vendedor queda libre, en tanto que el comprador no lo está; es decir, que éste soporta los riesgos. La hipótesis sobre la que razonamos es precisamente la del antiguo derecho, y debe ser, por eso, resuelta según los antiguos principios: *Res perit creditor*. En la opinión contraria se ataca la letra del art. 1,138 y se dice que la cosa está á los riesgos del acreedor, que llega á ser propietario, y, por tanto, dicen, no está á sus riesgos tanto como á los del acreedor. En otro lugar hemos respondido al argumento exponiendo la teoría de los riesgos. Se hace aún otra objeción: en los contratos condicionales, dicen, los riesgos son para el deudor, aunque el acreedor sea propietario condicional; aun más, el deudor debe soportar los riesgos cuando él ha quedado propietario. Nosotros respondemos que si en los contratos condicionales los riesgos son para el deudor, esto es por aplicación del principio *Res perit domino*; la venta condicional no existe en la teoría del Código, y, por tanto, hay que decir que la cosa vendida perece para el propietario, siendo así que, en el caso, hay venta, y entonces el principio de los riesgos debe recibir su aplicación. (1)

1 Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 86, núm. 58 bis, 5º Demolombe,

§ IV.—DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

Núm. 1. *De la culpa.*I. *La regla.*

213. El art. 1,136 dice que el deudor que se ha obligado á dar está obligado también á conservar la cosa hasta que sea entregada, bajo pena de daños y perjuicios para con el acreedor. ¿Cuándo tienen lugar estos daños y perjuicios? Cuando hay culpa; es decir, cuando no se cumple la obligación contraída de conservar la cosa. Nace la cuestión de saber por cuál culpa el deudor está obligado. En teoría puede decirse que el deudor tiene culpa siempre que falte al cumplimiento de su obligación sin causa legítima. Pero las culpas no son todas de igual gravedad en derecho, más que en moral. Hay, pues, que ver cuáles deben ser los caracteres de la culpa para que el deudor esté obligado; el art. 1,137 responde á la cuestión, y hay que decir que responde muy mal, si se juzga por las interminables controversias á que la ley ha dado lugar. Para comprenderlas, es preciso remontarse al antiguo derecho francés.

La teoría de las culpas siempre ha sido considerada como una de las partes más difíciles del derecho. Creemos necesario seguir á los autores de estas teorías, que han querido reglamentar *à priori*, hasta en los menores detalles, una materia que es esencialmente de hecho. Así, no se encuentra una sentencia sobre estas cuestiones que tanto han ocupado á los autores, y no es porque haya faltado el interés práctico, pues con mucha frecuencia en los juicios hay demandas en daños y perjuicios; pero los jueces deciden el hecho sin detenerse en los debates de la escuela.

t. 24, pág. 399, núm. 418. En sentido contrario, Mourlón, según Valtete, t. 2º, pág. 508 y siguientes.

Siempre hay una ley y debemos precisar el sentido. Los autores del Código no se ocuparon de la tradición, y es necesario conocerla para comprender el sistema del Código.

214. En derecho romano se distingüía el dolo, la culpa grave y la culpa leve. Todo deudor está obligado por el dolo, pues el sentido moral nos dice que el deudor debe ser responsable cuando voluntariamente, y de propósito deliberado, ocasiona un daño al acreedor no cumpliendo su obligación. Esto es menos que la falta de cumplimiento de la obligación, y, por tanto, debe responder de las consecuencias de su dolo. Hay culpa cuando el deudor, sin intención de perjudicar, causa un perjuicio, faltando al cumplimiento de sus obligaciones ó no cumpliéndolas con los cuidados y vigilancia que debe poner. ¿Cuáles son estos cuidados y cuál esta vigilancia? Hay culpa si se le pone sobre la misma línea que el dolo; las leyes romanas le llamaban culpa grave, y consiste en no poner en el cumplimiento de las obligaciones los cuidados de un buen padre de familia. Se concibe que el deudor no tenga excusa, y, por consiguiente, sea responsable cuando olvida los cuidados más ordinarios. Los jurisconsultos no se contentaron con esta responsabilidad, y con razón, y declararon en principio, á todo deudor, responsable de la culpa leve, y esto quiere decir que debe poner, en el cumplimiento de sus obligaciones, todos los cuidados que un buen padre de familia pondría en el giro de sus negocios; exigían, por tanto, la diligencia de un buen padre de familia en general, considerada de una manera abstracta. De ahí la expresión imaginada por los intérpretes de culpa leve *in abstracto*. Alguna vez se estimó la culpa de una manera menos severa, tomando por término de comparación, no al buen padre de familia *in abstracto*, sino al deudor en sí

mismo; no se declaró al deudor responsable, sino cuando no ponía en el cumplimiento de sus obligaciones los cuidados que había acostumbrado poner en sus propios negocios; los intérpretes [califican esta culpa de leve *in concreto*. Faltó determinar los casos en que el deudor estaba obligado por la culpa ligera *in abstracto*, por la culpa grave y por la culpa leve *in concreto*. Se distinguía: el deudor estaba obligado de toda culpa leve, ó de la culpa leve *in abstracto*, cuando retiraba una ventaja del contrato, y no respondía más que de la culpa grave, cuando tenía algún interés personal. En cuanto á la responsabilidad de la culpa leve *in concreto*, tenía lugar, por excepción, en ciertos contratos, por razón de la posición particular del deudor. (1)

Esta doctrina fué seguida en la jurisprudencia francesa, pero con modificaciones. Al principio se admitía una culpa muy ligera, que consistía en no poner en el cumplimiento de las obligaciones los cuidados que el padre de familia más atento y más diligente pone en el giro de sus negocios. Se distinguían tres géneros de culpa, y esto trajo una derogación al derecho romano, que en principio no reconoció más que la culpa leve y la culpa grave. ¿Cómo saber por cuál culpa está obligado el deudor? Se distinguían las diversas especies de contratos según que tenían por objeto la utilidad de una de las partes ó su utilidad común. Cuando en el contrato había utilidad sólo para el acreedor, como en el depósito, el deudor no estaba obligado sino por culpa grave. Si el contrato era únicamente en interés del deudor, como el préstamo, respondía hasta de la culpa más leve. En los contratos que tenían por objeto la utilidad común, cada una de las partes estaba obligada

1 Namur, *Curso de las Institutas*, t. 1º, págs. 304 y siguientes. Van Wetter, t. 1º, pág. 672.

por la culpa ligera *in abstracto*, y por excepción, por la culpa leve *in concreto*. (1)

215 ¿El Código ha sostenido esta teoría de las culpas? Basta ver el art. 1,138 para convencerse que la ha rechazado, pues dice: "La obligación de cuidar por la conservación de la cosa, ya sea que el convenio es en utilidad de una de las partes, ya sea en utilidad común, sujeta á aquel que se ha obligado á poner todos los cuidados de un buen padre de familia." ¿Cuál es la base de la antigua doctrina? Admitía tres grados de culpa y distinguía los contratos que tienen por objeto la utilidad de una de las partes y los contratos que tienen por objeto su utilidad común. ¿Qué hace el art. 1,138? Rechaza formalmente la distinción de los contratos y rechaza también formalmente la división de las culpas, pues aplica la misma responsabilidad á todo deudor, y esta responsabilidad es aquella del buen padre de familia, que es la que se llama en el lenguaje de la escuela, la culpa leve *in abstracto*.

La misma consecuencia resulta del sentido de las disposiciones del Código Civil. Se había sostenido la teoría tradicional y conservado el tecnicismo consagrado por la tradición, pero ahora las palabras de "culpa leve" y de "culpa muy leve" no se encuentran ya en el Código; en cuanto á la expresión de "culpa grave" el Código no la emplea sino una sola vez en una materia contraria á los contratos; el art. 804 dice que el heredero beneficiado no está obligado sino por las culpas graves en la administración de su encargo. Cuando esta disposición fué votada los autores del Código no seguían aún el sistema atrasado por la teoría de las culpas, y á partir del art. 1,137, en todos los títulos dedicados á los contratos no hay cuestión de culpa grave ni de culpa leve.

1 Rothier, *De las Obligaciones*, núm. 142.

216. Se ve por el texto, que es suficiente para probar que el legislador moderno no admitió la teoría tradicional de las culpas. Los oradores del Gobierno y del Tribunal lo dicen de la manera más formal, al mismo tiempo que explican los motivos de esta innovación. Escuchemos la Exposición de Motivos: "Los romanos habían creído poder distinguir los diferentes grados de culpas que se encuentran en el cumplimiento de los contratos. Esta división de culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues hay necesidad, en cada culpa, de justificar si la obligación del deudor es más ó menos estricta que el interés de las partes, en las circunstancias en que han querido obligarse. Cuando la conciencia del juez se ha posesionado, no tiene necesidad de reglas generales para fallar según la equidad. La teoría que divide las culpas en muchas clases, sin poder determinarlas, no puede sino aumentar su culpa y llegar á ser materia de contestaciones numerosas. La equidad misma repugna á estas ideas estériles. Se reconoció que esta simplicidad hiere á la vez el espíritu y el corazón. (1)

Las palabras de Bigot-Préameneu son demasiado absolutas; si se les toma al pie de la letra se llegaría á la conclusión de que el legislador no puede ni debe dar principio alguno en materia de culpas. Este no es ciertamente el pensamiento del orador del Gobierno, porque él expone los motivos del art. 1,137, que establece un principio general y admite algunas excepciones, como lo dirémos más adelante. La única conclusión que puede sacarse de la exposición de motivos, es que los autores del Código Civil no quisieron admitir la distinción de los diversos grados de culpa porque la juzgaron inútil y contraria á la equidad. Pero no se limitaron á abolir la doctrina de los in-

¹ Bigot-Préameneu, *Exposición de Motivos*, núm. 32 (Loqué, t. 6º pág. 158).

intérpretes, sino que la reemplazaron con un principio nuevo. ¿Cuál es este principio? Hemos dicho que según el texto del art. 1,137, todo deudor está obligado por una sola culpa que consiste en no poner los cuidados de un buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que en el lenguaje tradicional significa que todo deudor está obligado por la falta leve *in abstracto*. Y tan es así, que el Informante del Tribunado explica la ley. Favard comienza por decir que el Código desechó todas las distinciones que había en el antiguo derecho, distinciones cuyas reg'as eran tan difíciles de aplicar, y las reemplazó por un principio simple de derecho natural que dice que lo que se quiera para sí hay que quererlo para los demás. Este principio ciertamente no contiene distinción alguna, la diligencia del deudor debe ser la misma. Favard, á ejemplo del Código, no aplica el principio sino á un solo caso, á la obligación de conservar la cosa hasta la entrega, de cualquiera naturaleza que sea el contrato en que el deudor se ha obligado á conservar: "el cuidado de conservar la cosa debe ser el mismo," y lo mismo en las otras obligaciones; lo que el Código dice de la obligación de dar se aplica necesariamente á todas las obligaciones; no hay más que un solo artículo concerniente á la culpa en los contratos; este es el art. 1,137, y es, por tanto, general, y debe aplicarse á todas las obligaciones que nacen de un contrato. Sobre este punto no hay que tener duda. Existe un principio nuevo tomado del derecho natural; este principio es que todo deudor está obligado á la diligencia de un buen padre de familia. ¿Debe irse más lejos en ciertos contratos? Nō, responde Favard; no puede exigirse que el deudor ponga un cuidado extraordinario en cumplir sus obligaciones, á menos que así se haya obligado. ¿Debe contentarse con una responsabilidad mediana en ciertos casos, como se exigió en el antiguo derecho, cuando el deudor

no tenía interés alguno en el contrato? Nó, dice Favard; en algún caso el deudor no está dispensado de poner los cuidados con que razonablemente debe atender un buen padre de familia la conservación de su propia cosa; la ley no fija ni puede fijar graduación alguna para la aplicación de este principio. (1) Si se quiere traducir el informe al lenguaje de la escuela, se dirá: no hay culpa muy leve, ni culpa grave, sino una sola culpa, la culpa leve, que todo deudor está obligado á responder.

II. *La excepción.*

217. La segunda parte del art. 1,137 está concebida así: "Esta obligación es *más ó menos extensa* con relación á *ciertos contratos* cuyos efectos, á este respecto, se explican en los títulos correspondientes." Es esta disposición la que ha dado lugar á controversias sin fin. Si se atiende al texto de la ley, el sentido es muy claro. ¿Qué dice la primera parte? Rechaza la teoría tradicional de los diversos grados de culpa, y la reemplaza por el principio de una culpa única á que todo deudor está obligado, culpa que consiste en no poner en la ejecución de su obligación todos los cuidados de un buen padre de familia; para abreviar, nosotros le llamaremos culpa leve *in abstracto*. Hé ahí la regla. La segunda parte del art. 1,137 admite una excepción á la regla que resulta de los términos de la ley; la responsabilidad del deudor es "*más ó menos extensa*;" hay, pues, una responsabilidad distinta de aquella que define la primera parte. ¿A cuáles casos se aplica esta responsabilidad excepcional? El artículo remite á los títulos concernientes á los contratos en los que la ley admite una derogación al derecho común. Esta es, por tanto, una cuestión de texto; la regla está establecida por la primera par-

1 Favard, Informe al Tribunal, nám. 32 (Loyer, t. 6º, pág. 195).

te del art. 1,137, es ésta la culpa leve *in abstracto*; las excepciones concernientes á "ciertos" contratos se encuentran explicadas; es decir, precisadas en los títulos que comprenden estos contratos. El informe entre estas disposiciones excepcionales y el art. 1,137, es aquél de la excepción á la regla; la regla queda aplicable en todos los casos en que la ley no deroga, porque no deroga sino para "ciertos" contratos.

218. Esta interpretación es admitida por todos los autores, cada uno en su sistema. Durantón pretende que la segunda parte del art. 1,137 reproduce la distinción de los tres grados de culpa, tal como existía en el derecho romano, dejando las modificaciones que el texto del Código contiene. Esta es la exageración de la doctrina de Proudhón, que se confunde de ordinario con aquella de Durantón, aunque se diferencia grandemente. La interpretación de Durantón se basa sobre el texto de la ley. ¿Qué dice la primera parte del art. 1,137? Establece como regla la responsabilidad de la culpa leve *in abstracto*: Hé ahí un grado de culpa. Según la segunda parte, la obligación del deudor puede ser "más extensa," y, por tanto, más severa; una responsabilidad más severa que la de la culpa leve *in abstracto*, no puede ser otra que la de la culpa la más leve; hé ahí un segundo grado de culpa. El art. 1,137 prevé también una obligación menos extensa, menos severa, por consiguiente, que la culpa leve *in abstracto*, lo que debe ser la culpa leve *in concreto*, ó sea la culpa grave: hé ahí un buen grado de culpa. Es decir, que nos volvemos á encontrar en la segunda parte la distinción de las culpas que la primera parece prescribir. (1)

La interpretación de Durantón no ha encontrado favor. ¿Cómo creer que el legislador establezca una regla en la

1 Durantón, t. 10, pág. 409, núm. 398, y pág. 419, núm. 409.

primera parte de un artículo, y la destruya en la segunda? ¡Qué! los autores del Código han proclamado, y en el texto y en los discursos oficiales que no aceptan la distinción de diversos grados de culpa, dicen, porque no la aceptan, les ha parecido inútil, injusta en su aplicación, han declarado que reemplazaban á las sutilezas de los intérpretes una regla tomada del derecho natural; y después hablan de asentar en la segunda parte una regla sin sentido, diciendo: Esta teoría que nosotros encontramos injusta, inútil cuando menos, y repudiamos como tal, la sostenemos y queremos que el juez recurra todavía al derecho romano en busca de sus sutilezas. Esto no tiene sentido, y es imposible que el Código dijese lo que Durantón le ha hecho decir. En efecto, no lo dice. Cuando después de haber establecido una regla, el legislador admite una excepción, no entiende abolir la regla; es, por el contrario, de la naturaleza de la excepción el confirmar la regla. Tenemos, pues, una regla en el art. 1,137, y tenemos excepciones para ciertos contratos en los títulos respectivos. Cuando los términos de la excepción vuelven á entrar en la regla, no se vuelve al principio de la falta leve. Durantón llega á otra conclusión. Fuera de los casos, dice, en que el Código se ha explicado formalmente sobre la culpa de que responde el deudor, lo que raramente llegará, no hay inconveniente en seguir las reglas trazadas por el derecho romano que nuestros antiguos jurisconsultos tomaron por guía en esta materia. (1) ¡No hay "inconveniente!" Nosotros decimos que sí lo hay y muy grande, y es que se resucite una legislación ó una teoría de los intérpretes que los autores del Código han abolido; esto es violar la ley y aplicar distinciones que la ley no ha querido mantener; esto es violar la primera regla de interpretación, no aplicar la regla general cuando no está en los términos de la

1 Durantón, t. 10, pág. 422, núm. 410.

excepción. Se nos preguntará cómo un jurisconsulto distinguido ha podido incurrir en semejantes aberraciones. Esto es porque ha dado á la segunda parte del art. 1,137 una interpretación en que confunde la regla con las excepciones y no deja subsistir ni excepción ni regla. ¿Y por qué se reemplaza el principio de la ley? Por el derecho romano; es decir, que ahí donde el legislador ha querido establecer una regla cierta tomada del derecho natural, se pone en su lugar una regla incierta sobre la que los intérpretes jamás han llegado á entenderse. Creemos inútil insistir. Desgraciadamente no es sólo Durantón el que ha desconocido el texto y el espíritu del art. 1,137.

219. M. Demolombe reconoció que el Código abroga la antigua doctrina, pero esto es solamente en lo que tenía de escolástica y de sutil, con su pretensión de arreglar todas las responsabilidades que son tan diversas. Tal es el objeto de la 1.^a parte del art. 1,137. Diciendo que todo deudor debe poner en la conservación de la cosa los cuidados de un buen padre de familia, la ley no entiende someter la aplicación de esta responsabilidad á una regla siempre idéntica; ha querido sólo dejar á los magistrados el cuidado de apreciar las consideraciones según las cuales la graduación puede ser medida: tal es el objeto de la 2.^a parte del art. 1,137; y no puede dudarse que los redactores del Código han podido conferir á los magistrados el poder de tener en cuenta la naturaleza de los diferentes contratos, poder discrecional que les permite apreciar los diversos grados de responsabilidad, de igual manera que según las distinciones antiguas, porque no es posible que el legislador haya borrado todas las trazas de una tradición que habría echado tan profundas raíces. (1)

Así, las distinciones antiguas parecen estar abrogadas

1. Demolombe, t. 24, pág. 388, núm. 411.

y sostenidas, abrogadas por la 1^a parte del art. 1,137, y mantenidas por la 2.^a ¿En que se funda esta extraña interpretación? En las palabras un poco vagas de Bigot-Prémeneu que hemos transcripto más arriba (núm. 216). Si se les da el sentido que M. Demolombe ataca, se pone la exposición de motivos en oposición con el texto de la ley que tiene por objeto motivarla. La 2.^a parte nada dice, como se pretende, de que es al juez á quien toca apreciar los diversos grados de culpa según la diversidad de las circunstancias; no es cuestión de juez está, sino de la ley. Después de haber dado la regla de la culpa leve *in abstracto*, el legislador agrega que esta responsabilidad es más ó menos extensa en "ciertos contratos." Notemos esta expresión, que implica el haberse sostenido la regla en todos los contratos no exceptuados, y, por tanto, la "obligación" para el juez de aplicarla. ¿Es por ventura al juez á quien la ley se refiere para modificar, en la aplicación, la responsabilidad que, en principio, se impone á todo deudor? No es posible, porque el art. 1,137 dice que en los diversos títulos dedicados á los contratos se explicaban los efectos de la otra responsabilidad que establece la 1.^a parte del artículo, y, por tanto, es la ley la que determina las excepciones, como también es ella la que establece la regla. Hé ahí el texto del art. 1,137 en un sentido muy diverso del de la interpretación que se ha querido poner en lugar de la ley. (1)

220. Sin duda los autores del Código no entendieron arreglar *à priori* las diversas responsabilidades, como lo hacían los antiguos intérpretes. Proudhón dice muy bien, que no podría, en esta materia, procederse con la escuadra y el compás como cuando se trata de estimar el volumen ó el peso de un cuerpo físico.

1 Compárese Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 71, núm. 54 bis, 1º.

¿Es esto decir que toda regla sea imposible, y que todo debe abandonarse al poder discrecional del juez? El legislador habría podido hacerlo, pero no lo hizo. Creyó que las cosas morales tenían también su término de comparación. Este término de comparación se encuentra en la diligencia de un buen padre de familia que administra sabiamente sus negocios. El juez examinará en cada caso lo que habría hecho un buen padre de familia; si el deudor no hace lo que hubiera hecho este sabio administrador, será responsable, y ahí hay una regla y al mismo tiempo una medida suficiente para impedir la regla que degenera en escolástica. (1)

La regla está, pues, en la apreciación de la culpa, haciéndose por comparación con este tipo abstracto, el buen padre de familia; la ley no quiere que se estime la responsabilidad según los cuidados que el deudor mismo pone en el giro de sus intereses. Este es un punto capital; la regla está establecida en favor del deudor tanto como en su contra. Si es negligente en la administración de sus negocios, no podrá excusarse de haber tenido la misma negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; se le dirá que ha contratado y está obligado á cumplir sus obligaciones con los cuidados de un buen padre de familia. Pero si el deudor administra sus negocios con un cuidado extraordinario, con la diligencia que un buen padre de familia pone en el giro de sus negocios, no podrá declarársele responsable; si no ha cumplido el contrato con esta diligencia excepcional, respondería con el texto en la mano que la ley no exige de él cuidados excepcionales; que no exige sino los cuidados de un buen padre de familia, y que estos cuidados los ha puesto en su obligación de conservar la cosa hasta la entrega. Sobre este punto, sin embargo, hay controversia. Los buenos autores enseñan que el deudor no

1 Prudhón, *Del Usufructo*, t. 3º, pág. 467, núm. 1,496.

debe ser admitido á sostener que ha puesto en el cumplimiento de la obligación los cuidados de un buen padre de familia, cuando no ha puesto la diligencia que habitualmente tiene probada en sus propios negocios. (1) Esta es una reminiscencia del derecho romano, que veía una culpa grave en una conducta semejante. A nuestra vista esto es traspasar la severidad de la ley y apartarse de su texto formal. El deudor no promete los cuidados extraordinarios que pone en el giro de sus intereses, promete los cuidados de un buen padre de familia. ¿Y con qué derecho ha de exigirse más de lo que la ley exige? Traspasar la ley es violarla.

221. Tal es la regla que nos hace comprender las excepciones. Proudhón nota que hay algo de cierto en la doctrina tradicional; no puede establecerse una regla absoluta é invariable para la responsabilidad del deudor en toda especie de contratos, porque está en la naturaleza de las cosas que las culpas sean más ó menos graves, según las circunstancias en las cuales se cometan, y según los deberes más ó menos rigurosos á que un hombre puede haber faltado. La culpa varía, pues, necesariamente, según la diversidad de los contratos, y esta es la razon por que el legislador después de haber dado una regla general en la primera parte del art. 1,137, admite excepciones en la segunda parte. (2) ¿Es esto decir que estas excepciones absorben la regla? No, porque la regla es que todo deudor debe los cuidados de un buen padre de familia, y esta regla recibe excepciones sólo para ciertos contratos. ¿Las excepciones son tan numerosas que la regla desaparecería como sucedió en el sistema de los antiguos intérpretes del derecho romano? Las excepciones son poco numero-

1 Demolombe, t. 24, pág. 389, núm. 411, seguido por Aubry y Rau, t. 4º, pág. 102, nota 30, pfo. 308. En sentido contrario, Larombière, t. 1º, pág. 402 (Ed. B, t. 1º, pág. 173).

2 Proudhón, *Del Usufructo*, t. 3º, pág. 466, núm. 1,493.

sas. Nosotros vamos á enumerarlas; hay que precisarlas para disipar lo que hay de vago en la teoría de las culpas cuando está en el terreno de la abstracción.

222. El art. 1,137 dice que la obligación del deudor es más ó menos extensa con relación á ciertos contratos. Esto implica que puede haber una responsabilidad media- na ó más extensa que la establecida por la regla general. Hemos dicho que "puede haber," porque el art. 1,137 no remite disposiciones formuladas y precisas, prevee solamente lo que el legislador haría ó podría hacer. Comenzarémos por la responsabilidad mediana. ¿Hay casos en que la ley se conforma con la culpa grave? Ya hemos citado el art. 804, y no hay otro en que se encuentre, sea la expresión, sea la idea que se ataca. No hay, pues, sino la del heredero beneficiado que está obligado á la culpa grave. Esta es una derogación importante al antiguo derecho, en que la culpa grave jugó un gran papel. El legislador moderno se muestra más exigente igualando la culpa grave con el dolo, porque los autores del Código han creído que aquella responsabilidad no era suficiente. Expondrémos el sistema de la ley para apreciarlo más tarde.

223. La culpa grave no existe, por tanto, en las obligaciones convencionales; resta la culpa leve llamada *in concreto* (núm. 214). En los términos del art. 1,917 "el depositario debe poner en la custodia de la cosa depositada los mismos cuidados que en las de las cosas que le pertenecen." Hé ahí la definición de la culpa leve *in concreto*; el depositario no está obligado á los cuidados de un buen padre de familia; su obligación es menos extensa, pues se mide por su propia diligencia, y, por lo mismo, tiene excusa si es negligente en el cuidado de lo que le pertenece, y si tiene esta misma negligencia en la custodia del depósito. Esto se comprende; el depositario presta un servicio y lo presta gratuitamente, y sería injusto tratarle tan

severamente como al vendedor, que igualmente está obligado á guardar la cosa, pero que en compensación de sus obligaciones estipula el recibo de un precio. Así, el artículo 1,928 agrega, que la responsabilidad del depositario es más riguroso si se ha estipulado un salario ó si el depósito se ha hecho únicamente en su interés, y lo mismo si se ha convenido expresamente que el depositario respondería de toda especie de culpa, y, por fin, si él mismo se ofrece para recibir el depósito. ¿Cómo deben entenderse estas palabras de la ley: "la disposición del artículo precedente debe ser aplicada con más rigor?" Nosotros no queremos arreglar las culpas; este es el obstáculo con que se han encontrado los antiguos intérpretes. Puede, sin embargo, decirse que, en este caso, el depositario está obligado á los cuidados de un buen padre de familia; esto es cierto cuando él ha prometido que respondería de toda especie de culpa, y esta es la expresión romana *omnis culpa*, lo que equivale á la culpa leve *in abstracto*. Y si el depositario estipula un salario, ó si el depósito se hace únicamente en su interés, no hay razón de hacer una diferencia entre él y los deudores en general. Y por fin, si él se ofrece para recibir el depósito, ha prometido por esto mismo guardarle con cuidado, y esto supone la diligencia de un buen padre de familia.

224. El art. 1,992 dice que "el mandatario responde no solamente del dolo sino también de las culpas en que incurra en su gestión." Por la palabra culpa, como lo diremos más adelante, el legislador entiende la culpa tal como la define el art. 1,137; es decir, la culpa leve *in abstracto*; el principio sería, por tanto, que el mandatario quedase en la regla general, lo que sería difícil de explicar cuando el mandato es gratuito. Pero el art. 1,992 agrega una restricción que modifica la regla: "La responsabilidad relativa á las culpas se aplica menos rigurosamente cuando el

mandato es gratuito, que cuando se recibe un salario." Hay, pues, que distinguir entre el mandato oneroso y el mandato gratuito. La primera parte no se aplica sino al mandatario que recibe un salario y que está obligado á cumplir el mandato con los cuidados de un buen padre de familia. A éste es el que se aplica la regla del artículo 1,137. ¿Cuál es la responsabilidad de aquel cuando el mandato es gratuito? El art. 1,992 dice que la responsabilidad relativa á las culpas le es aplicable "menos rigurosamente." Esto es muy vago. ¿Cuál es esta responsabilidad menos rigurosa? Puede responderse, en nuestro concepto, que es la responsabilidad del depositario; es decir, que el mandatario gratuito debe poner, en el cumplimiento del mandato, los cuidados que pone en el giro de sus negocios. En efecto, la analogía entre el mandato gratuito y el depósito gratuito es completa; por mejor decir, la comparación resulta en favor del mandatario, porque presta un servicio más grande que el depositario, pues aquél pone su persona, y si lo hace gratuitamente, sería injusto tratarle más severamente que al depositario que solo da el uso de su local ó de su caja. Si se admite esta interpretación, habría un segundo caso en que la ley se contentaría con la culpa le *ve in concreto*.

225. En los términos del art. 1,374 el gestor de negocios está obligado á poner en la gestión todos los cuidados de un buen padre de familia. Esta es la reproducción de los términos del art. 1,137. Así, el gestor está obligado por la culpa leve *in abstracto*; como la gestión es gratuita por su naturaleza resulta una diferencia entre la responsabilidad del gestor y la del mandatario. Este, cuando el mandato es gratuito, no responde sino de la culpa leve *in concreto*, en tanto que el gestor que obra también gratuitamente está obligado por la culpa leve *in abstracto*. Sin embargo la gestión de negocios y el mandato se rigen en general por

los mismos principios; ¿por qué, pues, la ley hace una diferencia en cuanto á la responsabilidad? La razón es porque el gestor se ofrece y obra espontáneamente, y promete, por lo mismo, todos sus cuidados, lo mismo que el depositario que se ofrece para recibir el depósito (art. 1,928); uno y otro se ofrecen impidiendo que otras personas se encarguen del negocio ó de recibir la cosa, y es justo que soporten las consecuencias de su hecho.

El art. 1,374 agrega una excepción á la regla que establece "que las circunstancias que le han conducido á encargarse del negocio pueden autorizar al juez para moderar los perjuicios é intereses que resultarían de la culpa ó de la negligencia del gestor." ¿Cuál es en este caso la culpa á que el gestor está obligado? Es imposible precisarla, porque todo depende de las circunstancias, y es posible que el juez no declare al gestor responsable sino de la culpa leve *in concreto*, y las circunstancias pueden ser tan favorables que el juez se muestre aun más indulgente, contentándose con la responsabilidad de la culpa grave. Aquí el juez tiene un poder discrecional, el texto y el espíritu de la ley se lo dan.

226. Tales son las únicas disposiciones del Código que disminuyen la responsabilidad que el art. 1,137 impone en principio á todo deudor. ¿Puede aplicarse esta responsabilidad excepcional por analogía? Así se pretende. Si existe, dicen los editores de Zachariæ, una semejanza perfecta entre una hipótesis regida por una de estas disposiciones excepcionales, y otra hipótesis sobre la cual guarda silencio el Código, se podría aplicar la responsabilidad menos rigurosa con la que se contenta el Código en la primera. (1) Esto nos parece inadmisible; el legislador se ha

1. Aubry y Ran, t 4º, pág. 101, nota 28, pfo. 308. Durantón, t. 10, pág. 422, nám. 44. D'Hautuille, *Revista de Legislación*, t. 2º, página 354.

reservado á sí mismo el poder de poner excepciones á la regla del art. 1,137, en ciertos contratos, y expresamente remite á los títulos en que se trata de estos contratos. Es decir, que no hay otras excepciones que las que el Código consagra, y extenderlas á casos no previstos sería crear excepciones, ó, lo que es lo mismo, hacer la ley. Y cada intérprete la haría á su gusto. Aubry y Rau extienden la excepción del art. 804 á los socios que giran sin mandato especial los negocios de la sociedad. Durantón, por el contrario, no se contenta con esta responsabilidad y quiere que el socio responda de la culpa leve *in concreto*. D'Hautuille cree que el marido, administrador legal de los bienes de su mujer, no debe responder sino de la culpa grave; los editores de Zachariæ no admiten esta opinión. Se ve á qué se prestaría la separación del texto y del rigor de los principios, á la incertidumbre más absoluta, y, por tanto, á la arbitrariedad del juez. Para evitar esto se ha hecho el Código.

Hay casos en que el Código reproduce los términos del art. 1,137; es decir, que el deudor está obligado por la culpa leve *in abstracto*. Según el 450, el tutor debe administrar los bienes del menor como "buen padre de familia" y responde de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala administración. Los términos son los mismos del art. 1,137, el principio debe ser el mismo. Es cierto que resulta una aparente anomalía. Hemos dicho que el mandatario cuyo mandato es gratuito no responde más que de la culpa leve *in concreto*, y el tutor gira siempre gratuitamente. ¿Por qué está obligado más severamente que un mandatario ordinario? Es porque el mandatario es elegido por el mandante, en tanto que el pupilo no elige á su tutor; y la incapacidad del menor exige que la ley vele por sus intereses, imponiendo al tutor una res-

ponsabilidad más severa. El art. 1,874 dice que el gestor está obligado á poner todos los cuidados de un buen padre de familia. En los términos del art. 601, el usufructuario da caución de "administrar como un buen padre de familia;" el marido, bajo el régimen dotal, tiene todas las obligaciones del usufructuario (art. 1,562) y tiene la misma responsabilidad. El arrendatario está obligado á usar de la cosa como un "buen padre de familia" (arts. 1,728 y 1,806). El prestatario debe velar también como un "buen padre de familia" por la guarda y la conservación de la cosa prestada (art. 1,880). En todos estos casos debe aplicarse la regla del art. 1,137; la identidad de los términos de que se ha servido el legislador no deja lugar á duda sobre su voluntad.

Alguna vez la ley habla de la culpa en general, sin precisar nada, sin agregar que el deudor debe la diligencia de un buen padre de familia. Esto sería inútil, porque es de principio que la regla general reciba su aplicación en todos los casos en que no ha sido derogada, y la culpa es, por tanto, la que está determinada por el art. 1,137. El art. 1,245 dispone que el deudor de un objeto cierto responde del deterioro que sufra por hecho suyo ó por su culpa. Según el art. 1,732, el arrendatario responde del deterioro que sufra la cosa durante el arrendamiento, á menos que pruebe que ha tenido lugar sin su culpa. ¿Cuál es esta culpa? En cuanto al arrendamiento puede haber duda, porque el arrendatario está obligado á usar de la cosa como buen padre de familia (art. 1,728); esta es, pues, la culpa general del art. 1,137. El socio responde de su culpa (art. 1,780), lo mismo que el mandatario (artículo 1,992); esta es siempre la culpa de derecho común tal como está definida por el art. 1,137.

227. La segunda parte del art. 1,137 parece decir que hay casos en que la responsabilidad del deudor es más ri-

gurosa de lo que debería ser; según la regla general, esto constituiría la culpa "muy leve" ó la "más leve" de los antiguos intérpretes; ¿hay en estos títulos de contratos una disposición que consagra esta culpa excepcional? Se cita el art. 1,882 que dice: "Si la cosa prestada perece por caso fortuito, cuando el prestamista haya podido garantizarla empleando la suya propia, ó si no pudiendo conservar más que una de las dos ha conservado la suya, está obligado por la pérdida de la otra," Hé ahí, dicen, una excepción á la regla del art. 1,137, excepción que agrava la responsabilidad ordinaria, porque resulta de que el deudor puede ser obligado á hacer más por la cosa de otro que un buen padre de familia haría por su propia cosa. Si, por ejemplo, de dos cosas expuestas al peligro, se salva la más preciosa, lo que haría un buen padre de familia, y, sin embargo, la cosa que ha perecido es una cosa prestada, está obligado por la pérdida, en virtud del art. 1,882, por salvar de preferencia la suya. (1) ¿Esto es decir que el prestatario responde de la culpa la más leve? El art. 1,880 dice lo contrario, que el prestatario debe velar como un buen padre de familia por la conservación de la cosa prestada; lo que es la culpa común del art. 1,137; es decir, la culpa leve. Hay, por tanto, que decir que el art. 1,882 impone al prestatario una obligación especial, lo que se concibe si se reflexiona que el locatario recibe un servicio gratuito, y, por lo mismo, debe reconocimiento al prestador, y de ahí el deber de delicadeza que el art. 1,882 impone al prestatario; sería faltar gravemente al reconocimiento el no salvar antes toda la cosa prestada; no puede, por eso, decirse que la ley somete al prestatario á la responsabilidad de la culpa la más leve.

228. Durantón va más lejos, dice que en los contratos

1 Colmet de Santerre, t. 5º, pág. 72, núm. 54 bis, 2º En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 4º, pág. 102, nota 30, pfo. 308.

que se forman para utilidad de una sola de las partes, como el depósito y el préstamo gratuito, aquel que tiene toda la ventaja del contrato responde solamente de la culpa grave. (1) Nosotros no citamos esta opinión sino para mostrar hasta qué errores van los mejores autores cuando no siguen fielmente el texto. Esto que Durantón dice está en oposición con el texto formal de la ley; distingue los contratos formados en favor de una de las partes, en tanto que el art. 1,137 dice que no deben distinguirte los contratos que tienen por objeto la utilidad de una sola de las partes; la contradicción del autor citado y la ley no puede ser más patente.

229. Toullier sigue aún un sistema más radical; según él, todo deudor responde de la culpa la más leve. Esta opinión ha quedado aislada, y sería inútil tratar el mismo error que se reproduce bajo otra forma. Importa, por tanto, establecer los verdaderos principios. Toullier se funda sobre textos que interpreta muy mal. Reconoce que el Código rechaza la antigua doctrina, pero deduce una consecuencia extraña, que es más de distinción entre la culpa leve y la culpa muy leve; todo deudor debe poner "todos" los cuidados de un buen padre de familia; "todos," dice la ley, y no exceptúa los medianos; exige todos, y, por tanto, el deudor responde de la culpa la más leve, porque le es imputable. La refutación es fácil y perentoria. Por "todos los cuidados" el Código entiende "toda culpa," como dicen los textos romanos, lo que indica que el deudor responde aun de la culpa leve. Para que responda de la culpa la más leve, la ley debió decir que estaba obligado á los cuidados de un buen padre de familia, "el más diligente," y el art. 1,137 se limita á exigir todos los cuidados de un "buen" padre de familia, lo que en el lenguaje tradicional quiere decir que está obligado á la culpa leve *in abstracto*.

1 Durantón, t. 10, pág. 403, nám. 412.

Es inútil insistir en lo que indujo al error á Toullier, que no fué el art. 1,137 sino los arts. 1,382 y 1,383 que él cita tan seguido. Dice que el Código, abandonando la tradición, siguió al derecho natural, segú el cual todo hombre debe reparar el perjuicio que ha causado á otro por su culpa, aun la más leve. Este principio está consagrado por el art. 1,382: "Todo hecho con el que un hombre (es decir, toda acción ú omisión) causa á otro un perjuicio, obliga á aquél por la culpa que debe reparar." El artículo agrega: "cada uno responde del daño que ha causado, no sólo por su hecho, sino también por su *negligencia e imprudencia*." Así, la responsabilidad se extiende á la culpa la más leve, á una simple negligencia, á una simple imprudencia. (1)

Tal es la doctrina de la culpa la más leve; dirémos más adelante si es cierto que está conforme con el derecho natural. Lo que es cierto es que está en oposición con los textos y los principios. ¿En donde se encuentran colocados los arts. 1,382 y 1,383? No están en el título "De las Obligaciones Convencionales," están en el título "De las Obligaciones que se forman sin convenio," bajo el capítulo intitulado: "De los delitos y de los cuasidelitos." Es muy cierto que los arts. 1,382 y 1,383 establecen la responsabilidad de la culpa la más leve; pero á qué caso se aplican? A los delitos y cuasidelitos. Hay, pues, dos reglas concernientes á las culpas: la una establecida por el artículo 1,137 para las obligaciones convencionales, y la otra establecida por los arts. 1,382 y 1,383, en materia de delitos y de cuasidelitos. ¿Cuál es el principio consagrado por el art. 1,137? Es el de la responsabilidad de la culpa leve *in abstracto*. ¿Cuál es el principio de los arts. 1,382 y 1,383? Es el de la responsabilidad de la culpa la más leve. El error de Toullier es patente; ha confundido dos órdenes

1 Toullier, t. 3.^o, 2, pág. 146, núm. 232 y 233.

de principios enteramente distintos: la culpa en las obligaciones convencionales y la culpa en las obligaciones que nacen de un delito ó de un cuasidelito, de dos reglas diferentes ha hecho una sola regla, aplicando á los convenios la regla que el Código establece para los delitos y los cuasidelitos. (1)

230. Desgraciadamente el error de Toullier se reproduce bajo otra forma, y es más general de lo que se piensa. El Código, á ejemplo del derecho romano, establece dos principios diferentes en materia de culpas: la culpa leve en las obligaciones convencionales, y la culpa muy leve en los delitos y cuasidelitos; los intérpretes llaman á esta última la culpa "aquiliana," porque se estableció en la *Lex Aquilia* (Ley Aquiliana). Nosotros le conservamos este nombre para abreviar las explicaciones, y también porque el nombre especial indica bien que se trata de una materia especial. Los principios difieren y cada uno debe recibir su aplicación en la materia para que se ha establecido. ¿Cómo puede aplicarse á los delitos y á los cuasidelitos la teoría de las culpas graves, leves *in abstracto* y leves *in concreto*? Esto carecería de sentido. Hay también poco sentido en aplicar la culpa aquiliana en los convenios. Sin embargo, se citan en favor los arts. 1,382 y 1,383 para toda materia, como si se tratara de un principio general, universal. Sin duda el principio es general y en este sentido se aplica á todo hecho perjudicial, pero con la restricción de que el hecho debe constituir un delito ó un cuasidelito. Si el daño ha sido causado por el deudor, por la falta de cumplimiento de una obligación convencional, se aplica el art. 1,137 y no los 1,382 y 1,383, y la diferencia es grande, porque el deudor está obligado á la culpa leve solamente, y no á la culpa la más leve.

1 Véase la refutación detallada de la opinión de Toullier, en Proudhón, *Del Usufructo*, t. 3º, págs. 479 y siguientes.

Aplicar la culpa aquiliana á las obligaciones convencionales, es no sólo violar el texto del Código sino desconocer el espíritu de la ley. Grande es la diferencia en lo que concierne á la responsabilidad del deudor, entre los convenios y los delitos ó los cuasidelitos. El delito es un atentado contra el orden público; el cuasidelito interesa igualmente la seguridad de las personas, pues cuando la vida de los hombres puede ser comprometida por una imprudencia, se concibe que el legislador se muestre severo para indemnizar á la víctima y para obligar á los hombres por la severidad de la ley, á prevenir las culpas que pueden ocasionar la mutilación ó la muerte de sus semejantes. No puede decirse lo mismo en materia de obligaciones convencionales, pues la falta de cumplimiento de las obligaciones que una persona contrae, no ocasiona sino un daño pecuniario, y el legislador debe usar de menos rigor. Hay otra razón de la diferencia que existe entre la culpa aquiliana y la culpa convencional. El que estipula una cosa ó un hecho es libre de contratar ó de no contratar, y si contrata puede asegurar todos sus intereses exigiendo que el deudor se sujete á la responsabilidad más rigurosa, la de la culpa la más leve, que es la misma del caso fortuito. En los delitos y cuasidelitos, por el contrario, se llega á ser acreedor á pesar suyo; víctima de una imprudencia el que experimenta un daño no puede asegurar sus intereses y es preciso que la ley lo haga por él, indemnizándole de la manera más completa. Aplicar la culpa aquiliana en los contratos, es, pues, confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas.

231. Hemos sostenido el sistema del Código. ¿Está fundado en razón? Exige, en principio, la misma diligencia de todo deudor, y le hace responsable cuando no pone en el cumplimiento de sus obligaciones los cuidados que un buen padre de familia pondría en el giro de sus negocios.

¿No es esto demasiado, ó demasiado poco? La doctrina tradicional se contentó con una responsabilidad mediana cuando el contrato se celebraba en interés únicamente del acreedor. Creemos que el Código ha hecho bien mostrándose más sereno en regla general, pudiendo moderar la responsabilidad en algunos casos excepcionales en que el deudor presta un servicio al acreedor. Aquel que contra ta, promete por la naturaleza misma de la obligación, todos los cuidados de un buen padre de familia; tal es la intención de las partes contratantes. Se puede afirmar que en general el acreedor no contrata sino bajo esta condición; poco le importa la diligencia ó la negligencia que el deudor pone en sus negocios, que él ignora lo más frecuentemente. Otra es la posición de aquel que gira sus negocios; otra es la posición del deudor: yo puedo ser negligente en mis negocios, este es mi derecho, legalmente hablando; pero cuando yo contraigo una obligación, no soy libre, no tengo el derecho de ser negligente, yo tengo el deber de cumplir mi obligación, y no la cumpliría si obrara con negligencia en mis negocios. Esto es decir que el deudor debe poner todos sus cuidados para cumplir su promesa; los autores del Código, por tanto, han tenido razón de dar como regla la responsabilidad de la culpa leve *in abstracto*. ¿Debían ir más lejos exigiendo en ciertos contratos la responsabilidad de la culpa la más leve? No; las leyes se hacen para todos los hombres, y el común de los hombres no se compone de padres de familia los más cuidadosos y los más diligentes; esta es la excepción, y el legislador no pudo transformar la excepción en regla; no puede exigir que todo deudor sea un tipo y un ideal en el cumplimiento de su obligación, con los cuidados del padre de familia el más diligente, cuando tan pocas personas son capaces de esta diligencia excepcional. Debió, pues, contentarse con una diligencia mediana de que todo hombre es

capaz. Esto no impide que las partes, si el negocio exige cuidados extraordinarios, los estipulen. El deudor puede someterse á una obligación más extensa, y esto asegura plenamente los intereses de las partes contratantes. No hay excepción sino para los delitos y los cuasidelitos. El orden público exige que los hombres hagan todo lo que es humanamente posible para no comprometer la vida de sus semejantes.

232. Resta una ligera dificultad de texto; el Código supone que hay casos en que el deudor está obligado á más que á la culpa leve, lo que implica la culpa la más leve. Se responde que suponer no es disponer. Todo lo que el legislador ha entendido decir en el art. 1,137, es que la regla que establece recibe excepciones; no precisó cuáles sean estas excepciones, ni pudo hacerlo, porque no tuvo bajo los ojos los títulos concernientes á los convenios en que la responsabilidad del deudor es excepcional. Todo esto es un defecto de redacción.

Hay otro vicio de redacción que ha dado lugar á una controversia. El art. 1,137 no habla más que de la obligación que tiene por objeto la entrega de una cosa y su conservación. ¿Es necesario aplicar el mismo principio á las obligaciones de hacer? Esta es la opinión común y la creemos fundada en derecho y en razón. Jamás se ha distinguido en materia de culpas las obligaciones de hacer y las obligaciones de dar, y no hay lugar á distinguir. Los autores del Código dicen que la regla del art. 1,137 la han tomado del derecho natural, y el derecho natural exige la misma diligencia del que se obliga á hacer que del que se obliga á dar; en otros términos, los motivos que justifican la regla se aplican á toda especie de obligaciones. Si el texto se interpretase al pie de la letra no habría en el Código principio concerniente á la responsabilidad que tiene

el deudor en las obligaciones de hacer. Esto apenas es concebible. La redacción, en apariencia restrictiva, del artículo 1,137, se explica, los autores del Código han seguido la clasificación de Pothier que trata las culpas al hablar de la obligación de conservar la cosa; pero Pothier no quiso limitarse á la teoría de las culpas en las obligaciones de dar, y el Código debe ser interpretado en el mismo sentido. (1) El texto del Código viene en apoyo de la opinión general; el mandatario asalariado que se obliga á hacer está obligado á la misma culpa que el vendedor que se obliga á dar (núm. 223).

El Código nada dice de las culpas en los cuasicontratos, porque el lugar que ocupa el art. 1,137 no se refiere más que á las obligaciones convencionales, pero el Código mismo aplica la regla al cuasicontrato de gestión de negocios (art. 1,374) y no establece regla diferente más que para los delitos y los cuasidelitos. Hay, pues, que admitir que la regla del art. 1,137 es general en el sentido de que recibe aplicación en todas las obligaciones, excepto de las que nacen de un delito ó de un cuasidelito. De donde se sigue que las obligaciones que resultan de la ley (art. 1,370) están también sometidas á la regla del art. 1,137; el Código aplica este principio á la responsabilidad del tutor (artículo 450); se debe aplicar también al padre administrador legal de los bienes de sus hijos, al marido administrador de los bienes de su mujer y al administrador provisional de los bienes que pertenecen á los enajenados puestos en una casa de salud.

Núm. 2. De la demora.

1. ¿Cuándo se constituye en mora el deudor?

233. La palabra "demora" es un término técnico que

1 Dalloz, *Repertorio*, núm. 680. Demolombe t. 24, pág. 378, número 404. En sentido contrario, Larombière, t. 1.^o, pág. 414, número 15 del art. 1,137 (Ed. B., t. 1.^o, pág. 173).

significa que el deudor se retarda en el cumplimiento de su obligación y que está obligado á los daños y perjuicios que el retardo ocasiona al acreedor. No hay que confundir la demora con el retardo. Toda demora implica un retardo, pero no todo retardo es una demora; la ley determina las condiciones en que el retardo llega á ser una demora, y, por tanto, el deudor no se constituye en mora sino en los casos previstos por la ley. ¿Por qué el deudor no se constituye en mora por el simple retardo? La demora implica que el acreedor sufre un daño y que el deudor está obligado á reparar, y el retardo solo no prueba que el acreedor sufra una pérdida; puede no haber interés alguno pecuniario en el cumplimiento inmediato de la obligación, ningún daño se sufre y no pueden reclamarse daños y perjuicios; es decir, que el deudor no se ha constituido en mora, y no lo está sino cuando se ha hecho constar legalmente que el retardo que ha tenido en el cumplimiento de su obligación causa un daño al acreedor. La demora no es otra cosa que esta constancia legal.

234. En los términos del art. 1,139 el deudor se constituye en mora por un requerimiento ó por todo otro acto equivalente. Se llama requerimiento el acto por el cual el acreedor interpela al deudor para dar, hacer ó no hacer alguna cosa; este acto debe ser justificado por un empleado público que tenga carácter para esta clase de actos. Los requerimientos se hacen ordinariamente por un secretario del juzgado; las notarías también pueden hacerlos, porque se trata solamente de hacer constar un hecho; esto es de tradición. (1) El requerimiento no es de rigor; puede ser reemplazado por un acto equivalente. De donde se sigue que una interpelación verbal sería insuficiente; la ley exige un acto por escrito, y esto excluye la prueba testimonial,

1 Larombière, t. I., pág. 481, núm. 12 (Ed. B., t. Iº, pág. 199). Domolombe, t. 24, pág. 520, núm. 524.

y, por consiguiente, una interpellación oral. Una interpellación semejante no presenta un carácter bastante serio para que pueda inducirse que el acreedor tiene interés en el cumplimiento inmediato de la obligación. (1) Es necesario, y este acto debe ser equivalente á un requerimiento. ¿Cuáles son estos actos? Hay unos que no dan lugar á duda alguna, porque son de una naturaleza más rigurosa aún que un simple requerimiento, y son también notificadas por un empleado público. Tal es el apercibimiento, acto del secretario, que amenaza más enérgicamente al deudor, porque es hecho en virtud de un título ejecutivo y que es el preliminar del embargo y de la venta forzada de bienes. A mayoría de razón, una citación judicial equivale á un requerimiento, simple acto extrajudicial; esta es la vía más severa por la que el acreedor puede interesar á su deudor é indicarle que está interesado en el cumplimiento inmediato de la obligación. (2) La citación en conciliación constituye también al deudor en mora, cuando es seguida de una demanda judicial instaurada en el mes siguiente. Sobre este punto no hay duda alguna, la situación en conciliación forma el preliminar indispensable da la instancia que obliga, y anuncia, por consiguiente, la intención seria de exigir el cumplimiento de la obligación; pero cuando el acreedor no continúa este preliminar, la citación valdría por lo menos como requerimiento. En teoría se podría sostener, pero el texto nos parece que decide la cuestión en sentido contrario. En los términos del art. 57 del Código de Procedimientos, la situación en conciliación hace correr los intereses, siempre que la demanda se formule en el mes siguiente, y los intereses tienen lugar de daños y perjuicios y suponen que el deudor está constituido en

1 Bruselas, 5 de Agosto de 1871 (*Passcrisia*, 1872, 2, 50). Toullier, t. 3^o, 2, pág. 158, núm. 253.

2 Colmet de Sauterre, t. 5^o, pág. 88, núm. 58 bis, 7.^o

mora; así, pues, no es en virtud de la citación en la, pues se necesita que la demanda se formule en el mes siguiente. Esto se concibe; el acreedor que queda en la inacción después de haber manifestado la intención de obrar, prueba que no tiene interés en que la obligación sea cumplida en seguida, y sin este interés no hay demora. (1)

¿El reconocimiento del deudor de que está en mora vale? No hay duda, cuando el escrito es auténtico; pero no podría decirse que la ley, exigiendo un acto equivalente a un requerimiento, exija un escrito auténtico, lo que excluiría el reconocimiento hecho por acta bajo firma privada. Se admite, generalmente, que un reconocimiento semejante basta. La ley no define el requerimiento, ni dice que el acto equivalente deba ser un acto auténtico no hay motivo alguno para exigirlo. La condición esencial es que el deudor sepa que el acreedor sufre un daño por el retraso que tiene en el cumplimiento de su obligación y que esto se haga constar por escrito; un reconocimiento bajo firma privada debe, por tanto, sufrir. (2) No se podría ir más lejos y contentarse con un reconocimiento verbal, porque la ley exige una acta. (3)

235. ¿El deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del término? Hay un viejo adagio de que el vencimiento del término tiene lugar de requerimiento: *Dies interpellat pro homine.* ¿Esta es la doctrina del derecho romano? La cuestión ha sido vivamente controvertida. (4) Es cierto que en el antiguo derecho francés el lapso del término no constitúa al deudor en mora; se exigía al mis-

1 Demolombe, t. 24, pág. 523, núm. 528. En sentido contrario, Larombière, t. 1º, pág. 483, núm. 17 (Ed. B., t. 1º, pág. 200).

2 Toullier, t. 3º, 2, pág. 158, núm. 253, y todos los autores.

3 En sentido contrario, Larombière, t. 1º, pág. 486, núm. 20 (Ed. B., t. 1º, pág. 201). Compárese Demolombe, t. 24, pág. 524, número 530.

4 Namur, *De las Institutas*, t. 1º, pág. 311, núm. 5 Van Wetter, t. 1º, pág. 690.

mo tiempo un requerimiento extrajudicial; faltó, por tanto, una interpelación judicial. (1) Los autores del Código han seguido en esta materia la tradición francesa; la estipulación de un término no basta para que el deudor esté en mora si en este término no cumple su obligación. Es cierto que en la teoría del Código, la voluntad de las partes contratantes basta para constituir al deudor en mora, pero es preciso que se manifieste claramente. La sola estipulación de un término no prueba que el acreedor está interesado en que la obligación se cumpla en el plazo fijado por el convenio.

Esto puede ser, pero puede también no ser; lo más frecuente es que el acreedor no sufra daño alguno por la falta de cumplimiento de la obligación en el término convenido. En el fondo no hay diferencia entre las obligaciones a término y las obligaciones sin término. Si no hay término, la obligación debe ser cumplida inmediatamente, y si el deudor no lo hace estaría en mora? No, hay solamente un retardo. Un término se ha estipulado; ¿el deudor debe cumplir la obligación al vencimiento del término, y si no lo hace se constituye en mora? No, hay un retardo solamente, y no está en mora, porque de ordinario el término no se estipula para establecer que el acreedor está interesado en el cumplimiento de la obligación al vencimiento del término; se estipula en interés del deudor, y sólo prueba, por tanto, que el deudor está interesado en que el acreedor no le persiga antes del vencimiento del plazo. Sin duda, es posible que el acreedor tenga interés en que la cosa prometida sea entregada ó hecha a más tardar al vencimiento del término, pero si hay un interés, es necesario que se diga; es decir, que las partes contratantes se expliquen sobre el punto de saber si el

1 Pothier, *Obligaciones*, núm. 144.

retardo importa demora. Tal es la teoría del Código y creemos que es la buena. (1)

236. Según el art. 1,139 el deudor está en mora "cuando el convenio dice que, sin que haya necesidad de acta por el solo vencimiento del término, el deudor está en mora." El Código deroga, en este punto, al antiguo derecho. Cuando las partes contratantes han estipulado que el deudor estaría en mora si no cumple su obligación en el plazo convenido, se permite á los tribunales considerar esta cláusula como una simple amenaza. (2) Esto es violar la ley de los contratos, y violarla sin razón plausible. ¿Qué mejor que las partes contratantes pueden saber si el acreedor tiene interés en que el contrato sea cumplido puntualmente? Se invoca el silencio y la inacción del acreedor al vencimiento del término. La respuesta es fácil y decisiva. ¿Por qué el acreedor ha de estar obligado á hablar y á obrar cuando ha hablado antes en el contrato? Hay, pues, un derecho adquirido á la demora, en virtud del contrato; su inacción no puede hacer presumir que lo renuncia, ni puede presumirse jamás la renuncia, porque si el acreedor no obra es porque no tiene necesidad de obrar. (3)

237. ¿Es preciso para que el convenio constituya al deudor en mora que contenga la doble declaración de que el deudor estará en mora sin necesidad de acta y por el solo vencimiento del término? Toullier dice, con razón, que basta que las partes estipulen que el deudor estará en mora "por el solo vencimiento del término," porque esto implica que no es necesaria el acta. (4) Y más generalmente aún debe decirse que el deudor estará constituido en mora desde que

1 Compárese Toullier, t. 3º, 2, págs. 152, 241, 242, y pag. 154, núm. 246.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Cláusula Conminatoria*.

3 Bigot-Préamnen, *Exposición de Motivos*, núm. 34 (Looré, t. 6º, pag. 153).

4 Toullier, t. 3º, 2, pag. 155, núm. 142, y todos los autores.

el convenio manifiesta claramente la voluntad de las partes de que la demora quede constituida por el solo hecho de la falta de cumplimiento de la obligación al vencimiento del plazo estipulado. Nuestro derecho no reconoce expresiones sacramentales, y, sin embargo, Toullier agrega que sería muy imprudente no poner la cláusula: "sin que haya necesidad de acta," y concluye diciendo que es difícil de pensar que una sentencia sea casada por haber decidido que esta cláusula es inútil si consta al mismo tiempo la voluntad clara de las partes interesadas. La jurisprudencia está en este sentido, y este es el solo sentido razonable que puede seguir el legislador.

Resta saber si el convenio manifiesta suficientemente la intención de las partes contratantes. Esta es una cuestión de hecho; el convenio dice que todo retardo en la entrega á la época convenida de la mercancía vendida, entrañará un interés por cada día de retardo, que deberá deducirse de pleno derecho del monto de lo comprado. ¿Esta cláusula basta para constituir al deudor en mora? El primer juez decidió que las partes no habían dicho cuándo el interés debía comenzar, y que quedaban, por consiguiente, bajo el imperio de la regla que exige un requerimiento á falta del convenio. Esta decisión fué reformada en Apelación, y sobre la demanda, la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada casación. La Corte comienza por decir, en principio, que los términos del art. 1,139 no son sacramentales; todo lo que la ley exige es que las partes hayan manifestado la voluntad formal de constituir en mora al deudor cuando no cumpla la obligación en el plazo convenido. Puede, por tanto, admitirse equivalente, y la Corte decidió que la cláusula litigiosa expresó suficientemente la voluntad de las partes contratantes. (1)

1 Denegada casación, 18 de Febrero de 1856 (Dalbez, 1856, 1, 260).

Hay una sentencia de la Corte de Bruselas que parece contraria á esta decisión. En el caso se había estipulado que las construcciones objeto de una empresa á destajo debían ser completamente terminadas antes del 1.^o de Enero de 1867, y que el propietario tendría derecho de retener veinticinco francos por cada dia de retardo. ¿Esta cláusula equivale á la del art. 1,139? Nô, dice la Corte, porque no se dijo que la demora tendría lugar de pleno derecho por el solo vencimiento del término. (1) Es cierto que el acta no contenía, como el convenio sobre el cual intervino el acuerdo de sentencia de la Corte de Casación, más que la deducción del interés se haría de pleno derecho. Pero esta diferencia no nos parece decisiva. ¿Por qué el convenio tiene lugar de requerimiento? Porque hace constar que el acreedor tiene interés en que la obligación se cumpla el dia fijado, y estipular un interés en caso de retardo es indicar bien que se tiene interés porque está valuado; además, se dijo que el acreedor tendría el derecho de deducir el interés del monto de la compra. ¿No es esto decir que no es necesario el requerimiento? La Corte de Bruselas cita el art. 1,230, en cuyos términos el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, sea que el convenio la contenga, sea que no contenga un término en el cual deba ser cumplida. Esta disposición no hace sino aplicar la regla del art. 1,139 á la cláusula penal; todo lo que decide es que el vencimiento del término no basta para constituir en mora al deudor sino que es necesario ó un requerimiento ó una cláusula formal. La cuestión de saber si la cláusula está en forma queda, pues, en pie y debe ser decidida segúñ los principios establecidos por el art. 1,139.

238. La cláusula que diga que el deudor estará consti-

1 Bruselas, 5 de Agosto de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 50):

tuido en mora por el solo vencimiento del término no basta siempre para que el deudor esté en mora; si se trata de una obligación de hacer, la cláusula recibirá su aplicación sin dificultad alguna; pero no sucede lo mismo en las obligaciones de dar; en general, el pago se hace en el domicilio del deudor, cuando la deuda tiene por objeto una suma de dinero ó una cosa indeterminada; es necesario, pues, que el acreedor se presente al vencimiento, en el domicilio del deudor, y si no se presenta el deudor no estará en mora sino, al contrario, el acreedor será el moroso. Si el acreedor quiere que el solo vencimiento del término constituya al deudor en mora, tiene que estipular que el pago se hará en el domicilio del acreedor; y en este caso, bastará que el deudor no se presente á cumplir el pago para que esté en mora. Lo mismo sería si el convenio designase un lugar para el pago; el acreedor deberá hacer constar por un acta, que se ha presentado el dia fijado y que el deudor no se encontró ó que no pagó. (1)

239. Hay convenios en que el deudor se constituye en mora sin que sea necesaria una cláusula especial que indique que el deudor estará en mora por el solo vencimiento del término; esto es, cuando la cosa que el deudor se ha obligado á dar ó hacer no pudo ser dada ó hecha sino en cierto tiempo que ha dejado pasar; una estipulación expresa es inútil en este caso para hacer incurrir en mora, pues por la naturaleza del convenio tiene lugar (artículo 1,136). Es decir, que resulta de la naturaleza del convenio que el acreedor tiene interés en que la cosa sea dada ó hecha en el dia fijado, lo que basta para que esté en mora si no cumple su obligación en el tiempo convenido.

La aplicación del principio se hace sin restricción, en

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 156, núm. 249. Durantón, t. 10, pág. 166, núm. 442.

las obligaciones de hacer. Yo doy mandato á un abogado para interponer apelación. La obligación no puede ser ejecutada sino en el plazo fijado por la ley; por la naturaleza de sus funciones el abogado sabe que el plazo es fatal, y basta que le deje pasar sin haber interpuesto la apelación para que esté en mora; el mandatario no puede interponer la interpelación cuando se trata de una obligación de dar; se necesita, además, que el acreedor se presente al domicilio del deudor. Yo estipulo veinte caballos que deben serme entregados para la feria de Gand. En principio el deudor estará en mora por el solo hecho de no entregar los caballos á la época convenida, porque no pueden ser entregados útilmente pasado este tiempo. Pero para hacer constar que el deudor no los ha entregado, es necesario que el acreedor se presente al domicilio del deudor, si quiere que éste sea declarado moroso por el solo efecto del convenio, y debe estipular que el pago se hará en su domicilio (art. 1,247). (1)

Resta saber cuáles son los convenios que no pueden ser ejecutados sino en cierto tiempo. Esta es una cuestión de hecho. La Corte de Rennes ha juzgado que el art. 1,146 recibe su aplicación en el caso en que el contrato imponga al arrendador la obligación de hacer las reparaciones en cierto plazo. (2) No creemos que ésta sea la hipótesis que el legislador ha tenido en vista: las reparaciones son más ó menos urgentes, pero no puede decirse que deban hacerse en un tiempo fijo. La Corte de Casación ha dado una decisión análoga, que nos deja igualmente en duda. Un cultivador vende su cosecha de lúpulo con plazo de tres años. ¿Está en demora por la naturaleza del convenio, sin cláusula especial y sin requerimiento? La Corte de Cas-

1 Duranton, t. 10, pág. 484, núm. 466, y todos los autores.

2 Rennes, 24 de Febrero de 1819 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 759, 1º)

ción ha juzgado que la intriga, por su naturaleza, no pudo ser hecha sino después que la cosecha había sido separada del suelo; de donde concluye que esta época constituye por sí mismo al deudor moroso en la entrega de la cosa vendida. (1) Sin duda no se puede entregar el lúpulo antes que sea recogido; pero esta no es la cuestión. Se trata de saber si el lúpulo no puede ser entregado más que en un tiempo que, pasando, no puede cumplir el deudor su obligación; y es necesario que haya para esto un término fijado y si el lúpulo puede ser entregado mañana lo mismo que ahora. ¿Cuándo comenzará el término y cuándo espira? No se sabe, y por tanto el art. 1,146 es inaplicable.

El art. 1,146 no precisa los convenios que por su naturaleza constituyen al deudor en mora, y, sin embargo, resulta que se les invoca alguna vez sin razón. Se ha convenido que dos trabajos de construcción deben hacerse en un plazo fijado; ¿el empresario estaría en mora, por la naturaleza del convenio, si no cumple sus obligaciones? Se ha juzgado que el art. 1,146 fué "evidentemente" inaplicable en el caso. (2) Sin embargo, hay algunas circunstancias en que sería aplicable; si se tratara de la construcción de un edificio destinado á una exposición universal de la industria, como el día de la apertura es fijado por un decreto de la autoridad pública, el deudor estaría en mora si la construcción no fuese entregada.

240. Se puede también aplicar al caso previsto por el art. 1,146, la disposición del art. 1,145: "Si la obligación es de no hacer, el que contraviene debe los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención." Es decir, que se constituye en mora sin requerimiento ni cláusula.

1 Denegada casación, 23 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 390).

2 Bruselas, 5 de Agosto de 1871 (*Pasjerisiz*, 1872, 2, 50).

La demora resulta de la misma naturaleza del convenio; una cláusula de demora es inútil. ¿Por qué se necesita un requerimiento ó un convenio para constituir en mora al deudor? Porque puede creer que el "retardo" que tiene en el cumplimiento de sus obligaciones no perjudica al acreedor, y en el caso, hay un retardo y una violación del contrato, y esta violación se prueba por el hecho de la contravención. El deudor, por tanto, él mismo se pone en mora haciendo lo que está obligado á no hacer, como también se pone en mora cuando no hace lo que sólo pudo hacer en determinado tiempo.

241. La ley constituye en mora al deudor algunas veces. En los términos del art. 1,302, el ladrón debe restituir la cosa robada de cualquiera manera que haya percido ó se haya perdido, y, por lo mismo, soporta aun el caso fortuito; es decir, se constituye una mora sin necesidad de requerimiento y sin convenio, en virtud de la ley que da esta especie de pena al robo.

Si una cosa pagada indebidamente perece por caso fortuito, el que la ha recibido responde de la pérdida aun cuando sea por caso fortuito, si la ha recibido de mala fe (artículo 1,379); es decir, que el deudor de mala fe, en el caso, soporta el caso fortuito, lo que es uno de los efectos principales de la demora. Se puede, por tanto, decir que el deudor, en el caso del art. 1,379, se constituye en mora en virtud de la ley, y esta es una consecuencia de su dolo.

En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los intereses tienen lugar de daños y perjuicios (art. 1,153). Y hay casos en que los intereses corren de pleno derecho; lo veremos más adelante. Es, pues, la ley la que constituye en mora al deudor, porque si éste debe los intereses, es porque está en mora; los daños y perjuicios no son debidos sino cuando el deudor ha sido moroso en el cumplimiento de sus obligaciones.

II. *Efectos de la demora.*

242. El deudor que está en mora debe los daños y perjuicios (art. 1,146). Este es el efecto natural de la demora, porque la demora no es otra cosa que la constancia legal del daño que sufre el acreedor por el retardo que el deudor pone en el cumplimiento de sus obligaciones, y desde que el daño se hace constar, el deudor está obligado á reparar el perjuicio que ha causado. Estos daños y perjuicios se deben al acreedor, en razón del retardo en el cumplimiento de las obligaciones. Esto no impide al acreedor demandar el cumplimiento del contrato, tiene derecho á los daños y perjuicios por el solo hecho de que el cumplimiento es tardío. (1) Verémos más adelante una consecuencia de este principio.

Se pregunta si el deudor debe los daños y perjuicios á partir de la demora ó si los debe á partir del retardo. No comprendemos cómo esta cuestión ha sido tratada y menos aún que haya sido resuelta en el sentido de que los daños y perjuicios se deben á partir del retardo. (2) El texto y el espíritu de la ley no dejan duda. En los términos del art. 1,146 los daños y perjuicios no se deben sino cuando el deudor ha sido moroso en el cumplimiento de su obligación. Si el art. 1,147 dice que el deudor está condenado á los daños y perjuicios por razón del "retardo" en el cumplimiento, la palabra "retardo" se emplea como si nónima de "demora." Esto resulta de la evidencia misma de la noción de demora. ¿Por qué debe estar en mora el deudor? ¿Por qué el simple retardo no basta para que los daños y perjuicios sean debidos? Es porque legalmente el acreedor no sufre un daño en razón del retardo sino cuan-

1 Bruselas, 23 de Noviembre de 1871 (*Paracrisia*, 1872, 2, 372).

2 Larombière lo dice (t. 1.º, pág. 520, núm. 3 del art. 1,146). Ed. B., t. 1.º, pág. 215). En sentido contrario, Demolombe, t. 24, página 518, núm. 516.

do el deudor se ha constituido en mora, y, por tanto, no puede tener derecho á los daños y perjuicios sino á partir de la demora. Esta no es otra cosa que la constancia del daño que el acreedor sufre por el retardo en el cumplimiento. Decir que el deudor debe los daños y perjuicios á partir del retardo, equivale á decir que está obligado á los daños y perjuicios antes de causar el daño. Sin duda, es posible que el acreedor haya sufrido una pérdida antes de constituirse en mora el deudor, pero en este caso debe volver contra él la indulgencia que ha mostrado para con su deudor; pero estas consideraciones de equidad no tienen influencia en derecho. Para que el acreedor asegure sus intereses, la ley le da los medios; puede constituir en mora á su deudor, sea por un convenio, sea por un requerimiento, pero si él descuida sus intereses al punto de quedar inactivo, y sufre un perjuicio, él debe sopor tar las consecuencias de su inacción.

243. La demora produce un segundo efecto y es que la cosa quede á los riesgos del deudor (art. 1,138), y si llega á perecer después de declarar la demora, perece para él aunque la pérdida haya sido por caso fortuito. ¿Cuál es la razón de esto? Si, en principio, el acreedor ~~soporta~~ los riesgos es porque se supone que la pérdida es puramente fortuita; es decir, que ninguna culpa puede atribuirse al deudor porque ha cumplido todas sus obligaciones, y desde entonces no puede incurrir en responsabilidad. Ni puede decirse que el deudor esté en culpa cuando está en mora, porque la demora es también una culpa. Si el deudor entregó la cosa al acreedor no puede perecer para él, y si perece, no puede decirse que ha perecido por su culpa, desde que no es responsable. Siempre hay una diferencia entre la demora y la culpa, que consiste en no poner en la conservación de la cosa todos los cuidados de un buen padre de familia. Cuando la cosa perece por fal-

ta de cuidados, el deudor está obligado, porque la pérdida le es imputable. Cuando, por el contrario, la cosa parece pendiente la demora, hay solamente presunción de que no hubiera perecido si se hubiera entregado. Esta presunción admite la prueba en contrario. El art. 1,302 lo dice: "Cuando el deudor está en mora y no está obligado á casos fortuitos, la obligación se extingue, en el caso en que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor si le hubiera sido entregada." La demora, en este caso, no causa perjuicio al acreedor, porque es independiente á la pérdida de la cosa, y sería injusto obligar al deudor á responder.

III. ¿Cuándo cesan estos efectos?

244. La demora es el retardo legal y da derechos al acreedor en tanto que subsiste, pero no impide al deudor cumplir su obligación presentando ó entregando la cosa. Desde este momento cesa de estar en mora y, por consiguiente, los daños y perjuicios cesan de correr y la cosa no está á sus riesgos. Esto no es decir que los efectos producidos por la demora no cesan. El acreedor tiene derecho á daños y perjuicios en tanto que la demora subsiste; si el deudor cumple la obligación, los daños y perjuicios que han corrido por su demora permanecen debidos. Es posible que el deudor esté en la imposibilidad de cumplir su obligación, y en este caso debe los daños y perjuicios, no solamente por el retardo sino también por la falta de cumplimiento. Y si la cosa ha perecido durante la demora, el deudor estará obligado por la pérdida y por el daño que el acreedor ha sufrido por la demora.

El acreedor puede también demandar la rescisión del contrato si es sinalagmático, en virtud de la condición resolutoria tácita. En efecto, el deudor que está en mora no cumple su obligación, lo que según el art. 1,184 da al

acreedor el derecho de pedir la rescisión. Si el acreedor demanda la rescisión de aplicar los principios que rigen la condición resolutorio tácita, los expondremos más adelante. El acreedor puede también sostener el contrato, y en este caso tiene derecho al cumplimiento del contrato y á los daños y perjuicios por razón de la demora. De donde se sigue que si el deudor está obligado á entregas sucesivas de mercancías, y se constituye en mora, esto no impide que el deudor pueda continuar sus entregas y el acreedor recibirlas sin perder su derecho á los daños y perjuicios. El acreedor, en caso de demora, tiene dos derechos; puede reclamar los daños y perjuicios y puede también demandar, ya sea la ejecución, ya sea la rescisión del contrato. Si demanda la rescisión, debe obrar judicialmente, y si exige el cumplimiento no tiene que intentar acción alguna. Esto se ha contestado, pero sin fundamento alguno. El acreedor conserva su derecho á los daños y perjuicios mientras no los renuncia, y no renuncia ciertamente, reduciendo las entregas que el deudor le hace en cumplimiento del contrato, porque este es un derecho para él, y ejercitando uno de los derechos que le pertenecen, no renuncia al otro.

245. El acreedor tiene derecho en virtud de la demora y puede renunciarlos porque estos son derechos de interés privado que siempre se permite renunciar. La renuncia puede ser expresa ó tácita, como toda manifestación de la voluntad. Es inútil hablar de la renuncia expresa porque no da lugar á duda alguna, por el solo hecho de estar en forma. La renuncia tácita resulta de un hecho que implica necesariamente la voluntad del acreedor de renunciar á los efectos de la demora. Esto es una cuestión de hecho,

Se cita como renuncia tácita el caso en que el acreedor concede un nuevo plazo al deudor sin reservar los dere-

chos que le da la demora. ¿La reserva es necesaria? Sí, porque conceder un plazo ó prolongarlo, es reconocer que el retardo del deudor no ha causado daño al acreedor; y desde que no hay demora, se ha purgado, como se dice; lo que supone que jamás ha existido.

Este mismo es un caso de novación de contrato. Si la obligación del deudor que ha estado en mora en el cumplimiento, se sujeta á novación, se extingue, y el acreedor renuncia mediante la nueva obligación que reemplaza á la primera. Renunciar á esta obligación es renunciar á todos sus efectos, y, por consiguiente, á los efectos que ha producido la demora. ¿No es esto muy absoluto? Cuando el deudor está en mora el acreedor tiene dos derechos: uno á los daños y perjuicios y otro al cumplimiento de la obligación. Si la nueva obligación se sujeta á novación, la antigua deuda se extingue, pero el acreedor, renunciándola, no renuncia á los daños y perjuicios debidos por razón de la demora. Estos son dos derechos distintos; uno puede extinguirse y el otro subsistir; nosotros no decimos que subsistirá necesariamente, esto depende de las circunstancias porque es una cuestión de hecho, y es posible que las partes hayan comprendido los daños y perjuicios en la nueva obligación; en este caso la demora quedará juzgada; pero si la nueva obligación es la reproducción exacta de la antigua, la renuncia del acreedor á los daños y perjuicios no tendría razón. Nosotros concluimos que la demora no estaría juzgada aunque el acreedor no haya reservado sus derechos, porque no está obligado á reservar sus derechos para conservarlos. (1)

246. Se dice también que los efectos de la demora cesan cuando el acreedor no continúa la acción que ha establecido contra el deudor que está en mora. Es necesario

1 Compírese Toullier, t. 3º, 2, pág. 159, n.º 256. Demolombe, t. 24, pág. 529, n.º 535.

para esto que la instancia sea perdida, y no hay esta presunción sino cuando se ha entablado la demanda. Una acción perdida se considera como si jamás se hubiera entablado, todos sus efectos cesan (Código de Procedimientos, art. 401), y, por tanto, también la demora. Esta es una renuncia del acreedor á los derechos que tuvo en virtud de la demanda.

¿Qué debe decidirse si el deudor ha sido constituido en mora por un requerimiento? ¿Los efectos de la demora subsistirían durante treinta años como todo derecho? Nos parece que la afirmativa no es dudosa. El requerimiento da al acreedor un derecho á los daños y perjuicios; este derecho puede ejercitarse, como todo derecho, durante treinta años. Toullier dice que parece imposible pensar que la ley hiciese durar el efecto de un simple requerimiento tanto como la acción principal. ¿Y por qué no? Sería en todo caso una disposición que hiciera excepción al derecho común. Tal es la decisión en derecho. Es posible que en el hecho haya renuncia, pero esto no sería por el solo silencio del acreedor, porque la inacción no nos hace perder nuestros derechos. (1)

247. Hemos supuesto siempre que los principios de la demora se aplican á toda especie de obligaciones, á aquellas que consisten en hacer como á aquellas que consisten en dar. Es cierto que el art. 1,139 está colocado en la sección que trata de la obligación de dar, pero los principios que establece son generales por su naturaleza. El artículo 1,146 lo dice implicitamente. Somete al deudor á los daños y perjuicios cuando es moroso en el cumplimiento de su obligación, cualquiera que sea esta obligación, y no dice en qué casos el deudor está en mora; debe, por tanto,

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 161, núm. 260. En sentido contrario, Larambière, t. 1º, pág. 495, núm. 19 (Ed. B., t. 1º, pág. 200) y Demolombe, t. 24, pág. 30, núm. 569.

necesariamente recurrirse al art. 1,139; esto no tiene duda. Hay un simple vicio de clasificación. (1)

IV. De la demora del acreedor.

248. El Código no habla de la demora del acreedor, ó, por lo menos, no la trata en términos formales. Sin embargo, es posible que la obligación no pueda ser cumplida por culpa del acreedor; en este caso se dice que el acreedor está en mora. El acreedor se niega á recibir el pago, el deudor puede, entonces, hacerle ofertas reales, y si el acreedor no las acepta, consigna la cosa ofrecida. El acreedor, en este caso, impide el cumplimiento de la obligación; su demora se hace constar por el ofrecimiento que el deudor le hace. Tratarémos de los ofrecimientos reales en el capítulo "De la Extinción de las Obligaciones" (artículos 1,257 y 1,258).

En los términos del art. 1,247 el pago debe ser cumplido en el lugar designado en el contrato; si el acreedor no se encuentra, el cumplimiento de la obligación se hace imposible por su culpa, y está en mora. El deudor deberá para quedar libre hacer los ofrecimientos reales al acreedor y consignar.

En estos dos casos la demora del acreedor se hace constar por una acta del empleado público. Hay un caso, el del art. 1,657, en que el acreedor se constituye en mora, por disposición de la ley, ó si se quiere, por la naturaleza del convenio: "En materia de venta de géneros y de bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho y *sin requerimiento* en provecho del vendedor después de la expiración del término convenido para el retiro." Explicarémos esta disposición en el título "De la Venta."

1 Toullier, t. 3., 2, pág. 154, núm. 246, y todos los autores.

249. ¿Cuáles son los efectos de la demora del acreedor? En el caso del art. 1,657, la demora del acreedor importa la resolución de la venta, en virtud de la ley, ó de pleno derecho; si por culpa del acreedor el deudor no puede cumplir la obligación, el deudor puede librarse haciendo el ofrecimiento seguido de la consignación; los riesgos serán entonces para el acreedor y los intereses cesarán de correr. Volveremos sobre esta materia al tratar del pago.