

SECCION I.—Del pago.

ARTICULO 1º. Del pago en general.

§ I.—DE LAS CONDICIONES QUE SE REQUIEREN PARA LA VALIDEZ DEL PAGO.

Núm. 1. Existencia de una deuda.

476 El art. 1,235 dice que todo pago supone una deuda. Por este término del “pago,” dice el informante del Tribunado, no se entiende comunmente sino el modo con que los que deben una suma de dinero se libran dando el dinero. En el lenguaje del derecho, la palabra “pago” tiene un sentido mucho más amplio, se le aplica á toda obligación que consiste en dar ó en hacer alguna cosa: el deudor paga dando ó haciendo lo que ha prometido dar ó hacer. El vendedor que entrega un inmueble, hace un pago, lo mismo que el arquitecto que edifica una casa. (2)

477 Puesto que el pago es el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, es claro que todo pago supone una deuda. No es posible cumplir una obligación que no existe, ó al menos, que no existe á cargo del que paga. ¿Cuál es la consecuencia del pago hecho por el que nada debe? El art. 1,235 responde: “Lo que se ha pagado sin ser debido, está sujeto á repetición.” Trataremos del pago de lo indebido en el título “De las obligaciones que se forman sin convenio,” pues ese es el sitio de la materia, por estar colocado el pago de lo indebido entre los cuasicontratos

1. Gand, 12 de Junio de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 143).

2. Jaubert, *Informe* núm. 3 (Lobré, t. VI, pág. 205).

¿Y hay también lugar á repetición cuando una obligación natural es pagada voluntariamente? Ya hemos respondido á la cuestión (núm. 26).

Núm. 2. *¿Por quién debe ó puede ser hecho el pago?*

478. Que el pago debe hacerse por el deudor es inútil decirlo; tampoco la ley lo dice. Si los autores dicen que puede pagar el deudor, es para hacer notar que lo que es una obligación para el deudor, es también un derecho: si el acreedor se niega sin motivo legítimo á recibir lo que se le debe, puede el deudor obligarse, como lo diremos al tratar del ofrecimiento de pago y la consignación.

479. "Una obligación *puede* también ser cumplida por toda persona que esté interesada, tal como un coobligado ó un fiador" (art. 1,236). La ley dice que "puede" ser cumplida; el codeudor solidario y el fiador "deben" también pagar la deuda, el primero porque es considerado como único deudor, y el fiador porque se ha obligado á cumplir la obligación si el deudor, por sí mismo no la cumple (artículo 2,011). Si la ley dice que el coobligado y el fiador "pueden" pagar, es para notar que tienen el derecho de la iniciativa y porque no están obligados á esperar que se les persiga. Tienen interés en prevenir las demandas cuyos perjuicios sufrirían ellos; también están interesados en pagar en un momento favorable, aunque pueden ejercer únicamente el recurso que les dá la ley, en lugar de esperar a que este recurso llegue á ser ilusorio por la insolvencia de aquellos contra quienes debe ejercerse. La ley permite á terceros no interesados pagar aunque se oponga el acreedor; con mayor razón debe conceder este derecho á los que tienen interés.

El art. 1,236 no habla del tercero poseedor del inmueble hipotecado á la deuda; es cierto que no está obligado personalmente pero teniendo acción contra el el acreedor

gestor de negocios, queda en el derecho común; pues la ley consagra la gestión de negocios como uno de los cuasicontракtos de que trataremos en el título que es sitio de la materia.

482. Supongamos lo que se sostiene, que no hay ni mandato ni gestión de negocios. Es posible que un pago se haga en nombre del acreedor, sin que haya gestión de negocios. Si una de las condiciones que se requieren para que haya gestión de negocios, falta, no puede el acreedor, no puede alegarla para rehusar el pago; no tiene el derecho de inquirir con qué carácter se presenta el tercero, y desde que se le ofrece lo que se le adeuda, debe recibirla. ¿No es esto demasiado absoluto? Hay una primera restricción que admiten la doctrina y la jurisprudencia; el acreedor puede rehusar el pago si tiene un interés legítimo en no aceptarlo. En teoría, esto no es dudoso. ¿En qué se funda la disposición del art. 1,236 que permite á un tercero pagar, aún á pesar del acreedor? Por lo que se refiere al acreedor, dícese que ningún interés tiene en rehusar. Así, pues, si tiene un interés, debe tener el derecho de rehusar el pago que se le ofrece. Si la ley no lo dice, es porque es muy raro que el acreedor tenga un interés en rehusar lo que se le debe, y porque todo acreedor lo recibe con gusto; y desde que tiene un interés en rehusar, desaparece el motivo por el que la ley permite al tercero pagar, y este es el caso de decir que cesando la causa, debe cesar el efecto. La jurisprudencia está en este sentido. Hay un caso en que el acreedor tiene más que interés en rehusar, tiene derecho. Si el tercero quiere pagar, debe pagar como el deudor hubiera debido hacerlo; y, por tanto, debe cumplir todas las condiciones requeridas para que el pago sea válido como si lo hubiese hecho el deudor. Una de estas condiciones es que el deudor debe pagar la cosa debida; si es una suma de dinero, debe pagarse en especies metá-

licas, no sería admitida la oferta de billetes de banco ó cualesquiera otros valores, á menos que tuviesen un curso legal. Se ha juzgado, por aplicación de este principio, que el acreedor puede rehusar un mandato sobre un crédito communal que se le ofreció en pago de una renta vitalicia; en efecto, los mandatos no constituyen sino un título para recibir un pago; el acreedor de la venta está obligado á hacer justificaciones especiales, presentando certificados, y está sujeto á eventualidades que resultan de las reglas administrativas aplicables á las deudas de comunidades. (1) Ciertamente, un modo semejante de pagar la deuda, no equivale á una entrega de especies. Aun cuando el tercero ofreciera al acreedor la cosa que se le debe, éste podría rehusar si tuviese un interés legítimo. Un individuo es condenado por falta, á un reconocimiento y al pago; la demanda, por razón de este pago, es el único medio de impedir la nulidad del fallo; si, en este caso, un tercero ofrece el pago, el acreedor tiene el derecho de rehusar, y aun puede oponerse á que su reconocimiento, en cuyo provecho se ordenó la separación, sea recibido. (2)

483. Se pregunta si el acreedor puede rehusar el pago por razón de que el deudor no tiene interés en pagar. Pouthier admite esta restricción, que parece fundada en el motivo que se dá para justificar el pago hecho por un tercero no interesado. Presta un servicio al deudor, se dice, (núm. 479).

Esto es muy equitativo cuando el deudor está interesado en que la deuda se extinga para detener las demandas que el acreedor hubiera intentado, ó para hacer cesar el curso de los intereses, ó en fin, para extinguir las hipote-

1 Lyón, 2 de Junio de 1854 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,661).

2 París, 13 de Mayo de 1814 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,658).

cas. Pero si el pago no proporciona al deudor ventaja alguna, y no tiene otro objeto que cambiar de acreedor, estas ofertas no deberán recibirse. Esta fué la doctrina de Dumoulin. Ha sido reproducida por Toullier, quien agrega una mala razón. Un pago semejante, dice, sería un cambio de crédito y el acreedor no puede ser obligado á vender el suyo. Nó, el pago hecho por un tercero no supone la cesión del crédito, ni aun subrogación, pues se supone que el acreedor rehusa las ofertas que se le hacen, de donde resulta que el tercero tiene una acción contra el deudor; diremos más adelante cual es la acción que le pertenece. Por el momento, se trata de saber si el acreedor puede alegar que el deudor no tiene interés. El Código no dá este derecho al acreedor y tampoco resulta de los principios. Que el deudor haga valer esta consideración para oponerse al pago, se concibe, pero el acreedor no puede invocar el interés del deudor; sería necesario un texto para darle este derecho, y no lo hay. Los autores del Código han seguido paso á paso, á Pothier y no han juzgado conveniente reproducir una restricción que hubiera dado lugar á controversias y dificultades de hecho; ¿cómo saber si el deudor tiene ó no interés en que se pague la deuda? El legislador supone con error, ó con razón, que siempre está interesado. Si la decisión es poco jurídica, es al menos, de una aplicación muy fácil. Esta consideración habrá sido decisiva á los ojos de los autores del Código que buscan ante todo, la utilidad práctica. (1) Hay una sentencia en este sentido. (2)

484. ¿El tercero puede también pagar en su nombre?

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 500 Toullier, t. IV, 1, página 11, núm. 11. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, página 312, núm. 175 *bis*, V. Demolombe, t. XXVII, pág. 53, número 57.

2 Denegada casación de la Corte de Casación de Bélgica, 12 de Enero de 1872 (*Paracrisia*, 1873, 1, 31).

Aquí se presenta en toda su fuerza, la objeción que se hace contra la teoría del pago hecho por un tercero. Este es el favor de la liberación, que es, en definitiva, el único argumento serio que se hace valer. ¿Y puede decirse que el tercero obra en interés del deudor, cuando no paga ni aún en su nombre? ¿No es esto notar claramente que cree hacer su propio negocio y no el del deudor? Pothier decidió que el tercero no pudo obligar al acreedor á recibir un pago que le ofreció en su nombre; el acreedor pudo responderle: Yo no os conozco. El Código no admite esta doctrina; reconoce formalmente al tercero el derecho de pagar en su nombre agregando solamente la restricción de que el tercero no queda subrogado en los derechos del acreedor. Volveremos á ver este punto. En cuanto al derecho mismo que la ley concede al tercero, no se le puede explicar sino por el favor extremo que muestra el legislador para la liberación del deudor. De ordinario, dicen, el pago le será ventajoso; ganará, por lo menos, tiempo, porque no puede suponerse que el nuevo acreedor reclame inmediatamente el reembolso de sus anticipos. Además, la acción del nuevo acreedor frecuentemente será menos rigurosa que la del antiguo, porque no tendrá las garantías reales que aseguraban el crédito anterior. Se puede responder que estas ventajas son suposiciones, y preguntar por qué el legislador no exigió la prueba de que el pago es provechoso al deudor. Acabamos de responder á la cuestión (núm. 483); bajo el punto de vista del rigor de los principios, la teoría del Código deja que desear. (1)

485. Las probabilidades que se hacen valer para justificar la facultad ilimitada que el Código dá á los terceros no interesados para pagar la deuda, se desvanecen cuando el deudor se opone á que el tercero pague por él, y el

1 Pothier, núm. 499. Colmet de Santerre, t. V, pág. 312, número 175 bis, V.

tercero tendrá, no obstante, el derecho de pagar? Pothier trató de justificar esto apoyándose en la tradición. Los autores modernos se han dividido. ¿En el silencio del Código hay que atenerse á la tradición y seguir la opinión de Pothier? No sabemos si la intención de los autores del Código ha sido consagrar esta opinión; el silencio de la ley nada prueba, se le puede invocar en pró y en contra. Deben, pues, consultarse los motivos de la doctrina tradicional. Y lo que Pothier dice nos parece muy inconsecuente. Expone, en principio, que el acreedor no está obligado á recibir un pago que no sería provechoso al deudor; y quién es el mejor juez de este interés? ¿No lo es el deudor mismo? La consecuencia lógica de esta opinión parece, pues, ser la de no permitir al tercero pagar cuando el deudor se opone. ¿Concíbese que se diga que el tercero no puede obrar sino en interés del deudor, y que puede pagar á pesar de la oposición del deudor? Creemos que cuando el deudor se opone á que el tercero pague por él, no hay ya motivo jurídico que justifique la intervención del tercero. ¿Es acaso una donación que quiere hacer al deudor aún contra la voluntad de éste? Esto no es posible porque toda donación es un contrato y exige el concurso del consentimiento del donatario. ¿Es un acto á título oneroso? Daría al tercero que paga una acción contra el deudor, y si este no acepta el pretendido servicio que se le quiere prestar, ¿con qué derecho obraría el tercero en nombre del deudor contra su voluntad?

Hay otra opinión que distingue. Si el deudor se opone á que el tercero pague por él, y si el acreedor rehusó recibir el pago, se admite que el tercero no puede estrechar al acreedor á recibir lo que se le debe. Pero si á pesar de la oposición del deudor, consiente el acreedor en aceptar las ofertas del tercero, se decide que éste tendrá el derecho de pagar. La distinción es poco jurídica. Hay en todo

pago un concurso de voluntades, y no basta la voluntad del acreedor, se requiere también la del deudor, y éste, lejos de querer que el tercero pague por él, se opone. Desde entonces la intervención del tercero no se concibe, pues el único motivo jurídico que la justifica, es el interés del deudor, y éste motivo desaparece por su posición. Solo hay un medio jurídico de vender la resistencia del deudor: cuando el acreedor y el tercero están de acuerdo, uno para recibir lo que se le debe y otro para pagar á pesar del deudor, pues hacen así una cesión! (1)

El interés práctico de este debate es casi nulo. No se encuentran casos de terceros que se obstinen en pagar por el deudor cuando este se opone. Si se admite con Pothier que tienen el derecho de hacerlo, desaparece una nueva dificultad, la de saber si tienen acción contra el deudor; volveremos á ver este punto.

486. Cuando se dice que el tercero puede pagar, aun contra la voluntad del acreedor y del deudor, esto quiere decir que si el acreedor rehusa lo que le ofrece el tercero, puede este hacer ofrecimientos reales seguidos de consignación. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto. (2) Nos parece que la consecuencia demuestra contra el principio de donde se deriva. ¿Por qué el legislador permite al deudor vencer la resistencia del acreedor haciéndole ofrecimientos reales? Porque el deudor puede tener interés en pagar, interés legítimo, puesto que se reune con su derecho, en tanto que el acreedor rehusa por capricho ó mala voluntad. Por tanto, cuando

1 Véanse en sentido diverso, Toullier, t. IV, 1, pág. 11, núm. 10. Duranton, t. XII, pág. 29, núm. 18. Colmet de Santorre, t. V, página 315, núm. 175 bis, X. Demolombe, t. XXVII, pág. 55, números 58 y 59. Aubry y Rau se limitan á exponer la cuestión, t. IV, página 148, nota 1, pfo. 316.

2 Lieja, 26 de Diciembre de 1863 (*Fasciculista*, 1864, 2, 249). París, 11 de Agosto de 1806 (*Dalloz*, palabra *Obligaciones*, núm. 1,656).

un tercero no interesado hace ofrecimientos, debe suponerse que el deudor tiene un interés en el pago, lo que supone que lo consiente. Y en la teoría del Código, no se exige que el tercero pruebe que paga en interés del deudor, pues la doctrina lo autoriza á pagar aun cuando el deudor se oponga. Se llega, pues, á la consecuencia absurda de que los ofrecimientos reales que no se justifican mas que por el interés del deudor, se harán aún contra su voluntad, y por tanto, sin interés alguno, es decir, sin derecho.

487. El art. 1236 solo pone una restricción al derecho que concede á todo tercero de pagar la deuda, y es, "que no se subroga en los derechos del acreedor." Esta redacción es mala; tomada á la letra la disposición significa que el tercero que hace un pago no puede subrogarse; y el artículo 1,250 dice lo contrario. Se necesita, pues, que el artículo 1,236 tenga otro sentido; pero qué es lo que el legislador ha querido decir? A esta cuestión tenemos dos respuestas dadas, una por el orador del Gobierno y la otra por el informante del Tribunado. Preferimos la explicación de Jaubert porque es la más sencilla y la más natural. Un tercero se presenta para cubrir la deuda del deudor: ¿tiene el derecho de obligar al acreedor á recibir lo que se le debe? Tal es la dificultad que el art. 1,236 tiene por objeto resolver y es también la cuestión á la que responde Jaubert en estos términos: "Aunque el tercero que ofrece el pago no tenga un interés directo y civil en el cumplimiento de la obligación, el acreedor no podrá negarse á recibir, pues en último análisis él no tiene otro interés que el de ser pagado; pero en este caso el tercero no puede obligar al acreedor á ponerle en su lugar para los privilegios, hipotecas y vías de apremio. La ley no quiere, con razón, que contra la voluntad del acreedor, un tercero venga á interponerse para adquirir el derecho de dejar al deudor; el ter-

cero que paga no adquiere entonces sino una acción simple contra el deudor que queda enteramente libre de la obligación primitiva.” (1)

Así la ley quiere decir que el tercero puede estrechar al acreedor a recibir, pero no puede estrecharle a consentir en la subrogación. Esto es tan evidente que no vale la pena de decirlo. En efecto, la subrogación es convencional ó legal, y en el caso no puede tratarse sino de subrogación convencional que se hace cuando el acreedor subroga, al tercero que le paga, en sus derechos contra el deudor, y el acreedor debe consentir y aun de una manera expresa; ¿cómo, pues, podría tratarse de una subrogación, en que el tercero estrechase al acreedor a concedérsela? Esto no tiene sentido; el tercero puede pagar, pero no se concibe que expropie al acreedor de sus derechos, para colocarse en su lugar. (2)

Por esto precisamente es por lo que el art. 1,236 así interpretado, es inútil, y se ha buscado otra interpretación, y Bigot Preameneu la dá: “La obligación puede ser cumplida por un tercero que ningún interés tenga, cuando obra en nombre, y con el consentimiento del deudor. Si obrando en su propio nombre, se hace subrogar en los derechos del acreedor, esto ya no es un pago, sino un cambio de obligación.”

El legislador hubiera querido, pues, notar la diferencia entre la cesión y la subrogación; esto es poco probable, porque no es ese el objeto del art. 1,236 y la palabra cesión no se encuentra en él. Además, Bigot Preameneu hace decir al legislador lo que no pudo decir; no es exacto que el pago hecho con subrogación sea un cambio

1 Jaubert, Informe núm. 5 (Locré, t. IV, pág. 206).

2 Colmet de Santerre, t. V. pág. 314, núm. 175 *bis*, VII y VIII seguido por Demolombe, t. XXVII, pág. 58, núms. 62-65.

de la obligación; siempre es un pago y no una cesión, como lo diremos más adelante. (1)

En definitiva, todas las explicaciones dejan subsistir la inexactitud de redacción y la disposición es inútil en la segunda de ellas, tanto como en la primera. No debe hablarse en el art. 1,236 de subrogación ni de cesión, porque el único objeto de esta disposición es decidir que un tercero puede pagar. En cuanto á la subrogación y á la cesión, el sitio de esta materia es el art. 1,250; ahí es en donde volveremos á encontrar las difíciles cuestiones que el legislador ciertamente no sondeó escribiendo el artículo 1,236.

488. ¿Cuál es el efecto del pago hecho por un tercero? Puesto que el tercero tiene el derecho de pagar aun á pesar del acreedor, debe decirse que el pago que hace extingue la deuda, como si el mismo deudor pagase. Respecto del acreedor no hay duda. No sucede lo mismo en lo que se refiere al deudor. Aquí hay que distinguir si es un tercero interesado ó un tercero no interesado el que hace el pago. Cuando el tercero está interesado en el pago en el sentido de que esté obligado con el deudor, se subroga en los derechos del acreedor en virtud de la ley, y lo mismo en los otros casos de subrogación legal. Si no queda subrogada por la ley, puede también obtener la subrogación por convenio, conforme al art. 1,250. Cuando no se subroga ni por la ley ni por convenio el crédito que el tercero ha pagado, se extingue respecto del deudor como respecto del acreedor. Pero el hecho del pago por un tercero engendra una nueva obligación: ¿cuál es la acción que tiene el tercero contra el deudor?

Si el tercero ha obrado como mandatario tiene la acción del mandato. En el título dedicado á este contrato, es en

¹ Durantón, Marcadé, Larembiére, adoptan esta explicación (Aubry y Rau, t. IV, pág. 149, nota 6, pfo. 316).

donde diremos cuáles son los derechos del mandatario contra el mandante. Si el tercero ha obrado en nombre del deudor, pero sin mandato, hay gestión de negocios siempre que las condiciones requeridas para la existencia de este cuasicontrato sean cumplidas. La condición esencial es que el pago se haya hecho por el tercero como si el deudor mismo lo hubiese hecho. En este caso, el tercero tiene la acción de gestión de negocios que es idéntica á la del mandato. Sobre este punto, debemos hacer constar una inexactitud que se encuentra en una sentencia de la Corte de Casación. Un tercero liquida sin mandato, una sociedad disuelta y paga sus últimas deudas sociales. Es inútil decir que no está subrogado á la acción solidaria de los acreedores que desinteresó, y no puede tener más que la acción de gestión de negocios. ¿Qué se entiende de esta acción? ¿puede el gerente reclamar como el mandatario todos sus anticipos? La Corte de Casación responde que la acción de gestión de negocios, fundada, no en los principios ordinarios de los contratos sino únicamente en la regla de equidad natural que dice que ninguno debe enriquecerse á expensas de otro, cae necesariamente bajo la apreciación de los jueces del hecho que deben buscar; la utilidad de aquél cuyo negocio ha sido gestionado, ha podido retirar esta gestión y “medir á esta utilidad la indemnización reclamada contra él. (1) Esto es muy absoluto; la Corte confunde la acción *negotiorum gestorum* con la acción que en la escuela se llama de *in rem verso*. Cuando hay gestión de negocios, el juez no tiene el poder discrecional que le reconoce la Corte de Casación de decidir según la equidad, porque el cuasicontrato de gestión de negocios está reglamentado por la ley, lo mismo que el contrato de mandato, como lo diremos en el título “De los Cuasicontratos;” el

¹ Denegada casación, Sala Civil, 8 de Enero de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 85).

gerente tiene contra el dueño los mismos derechos que tiene el mandatario contra el mandante (art. 1,375). Es lo contrario cuando el hecho del tercero no es una gestión de negocios; tal sería el pago que el tercero hiciera á pesar del deudor, en cuyo caso no tendría la acción *negotiorum gestorum*, ni tampoco la acción fundada en la equidad de la cual había la Corte de Casación, acción que el juez limita á la utilidad que el dueño reporta de la gestión.

489. Acabamos de suponer que el tercero que paga á pesar del deudor, tiene, sin embargo, una acción contra él, limitada á la ventaja que el pago procuró al deudor. La cuestión es muy controvertida. Si se admite, como lo hemos enseñado, que el tercero no tiene ningún derecho de pagar contra la voluntad del deudor, es difícil concederle una acción contra el deudor, porque éste, oponiéndose, puede impedir que el tercero adquiera un derecho contra él.

Toullier dice que el tercero que paga á pesar del deudor y contra su defensa, no tiene ninguna acción para repetir lo que pagó, porque la obligación que resulta del "cuasicontrato," se funda en el consentimiento tácito ó presunto del deudor. Esto se entiende de la acción de gestión de negocios; pero no se aplica á la acción de *in rem verso* que está enteramente reglamentado por la equidad natural. Toullier agrega que el que paga contra la voluntad del deudor, es considerado como queriéndole gratificar, olvidando que no puede haber liberalidad sin el consentimiento del donatario. (1)

Durantón vacila, no se decide y se refiere á los jueces. Esto no es decidir nada, porque es decir que los tribunales tienen un poder discrecional en esta materia. ¿Y sobre qué estará fundado este poder? Despues de todo, los tribunales tienen necesidad de un principio lo mismo que los

¹ Toullier, t. IV, 1, pág. 11, núm. 12.

autores, porque no es decir nada referir al juicio las cuestiones. [1]

Colmet de Santerre dice muy bien que no se puede suponer que el tercero haya querido hacer una liberalidad, porque las donaciones no se presumen y no se pueden cumplir sin la voluntad del donatario. Según él, el recurso del tercero, fundado en la equidad, debe limitarse á lo que el deudor aprovechó. Demolombe parece decir que esta es una acción de gestión de negocios. (2)

Citamos estas opiniones diversas y contradictorias, porque vienen en apoyo de lo que hemos dicho del derecho que se reconoce á los terceros de pagar á pesar del deudor; habiendo un derecho, debería haber una acción, y si los autores vacilan tanto sobre la acción que le pertenece, esto prueba que el derecho mismo es muy controvertible.

490. Hay también una dificultad en una materia que parece muy simple. El tercero puede pagar con un espíritu de liberalidad. ¿Tiene en este caso una acción? El donador no tiene jamás acción, salvo cuando la donación se hace con cargo. Falta saber si hay donación. Según el artículo 896, no puede disponerse de los bienes á título gratuito, sino por donación entre vivos ó por testamento, en las formas que la ley prescribe. La donación es un contrato para cuya existencia es preciso el consentimiento del donador. Si el deudor acepta la liberalidad que el tercero le hace, la donación será válida: ¿lo será también en la forma? Ya hemos examinado la cuestión en el título de las "Donaciones." Suponiendo que la liberalidad sea válida, todo está decidido, el tercero no tiene ninguna acción contra el deudor. Mas si este rehusa aceptar la liberalidad

que el tercero quiere hacerle, no habrá donación, será un pago y volverá á entrar en la suposición que acabamos de examinar. (1)

491. Cuando un tercero paga la deuda y ningún escrito hace ni se sabe á qué título ni bajo qué condiciones hizo el pago, ¿es un simple acto de liberación? ¿O es un pago hecho con subrogación ó una cesión de crédito? Es, dice la Corte de Casación, una cuestión de hecho que los jueces decidirán según las circunstancias de la causa. ¿Qué debe decidirse? En el caso que se presentó ante la Corte, se juzgó que el pago había tenido lugar á título de translado; mas no habiendo ningún escrito, ninguna manifestación, el primitivo acreedor queda propietario aparente del crédito. La Corte concluyó que había podido, sin fraude y sin perjuicio de nadie, presentarse al orden abierto para la distribución del precio del inmueble hipotecado al crédito. En efecto, no estando el cesionario regularmente embargado con respecto á terceros, no podía presentarse al orden, porque solo el cedente tenía cualidad, siendo siempre con respecto á terceros, el acreedor. (2)

La Corte de Apelación no dice sobre qué se fundó para decidir que más bien había cesión que subrogación, ó pago puro y simple. En otro caso se juzgó que había simple pago. La Corte dijo que ni la subrogación ni la cesión se presumen, porque el art. 1,250 dice que la subrogación consentida por el acreedor debe ser "expresa." Se debe decir también de la cesión que es una venta y ningún contrato se presume. Falta el pago; la sentencia dijo que la ley presume que el pago extingue el crédito. A decir verdad, no hay ninguna presunción, porque no puede haber presun-

1 Compárese Mourlón, t. II, pág. 596. Corte de Casación de Bélgica, Denegada casación, 6 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 336).

2 Denegada casación, Sala Civil, 22 de Febrero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 116).

ción legal sin ley. Si consta que ha habido pago, éste producirá un efecto ordinario, el de extinguir la deuda, salvo que la parte interesada pruebe que hay subrogación ó cesión. (1)

492. El principio de que todo tercero puede pagar, tiene excepción. En los términos del art. 1,237, "la obligación de hacer no puede ser pagada por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste mismo tiene interés en que sea cumplida por el dendor mismo." Resulta de aquí una diferencia entre la obligación de hacer y la de dar. Pothier dice que el principio de que el pagó puede hacerse por el deudor no es cierto más que con respecto á las obligaciones que tienen por objeto dar alguna cosa, y dá la razón: no importa al acreedor por qué la cosa dada le es dada, con tal que le sea dada efectivamente. Es decir, que la obligación de hacer debe ser siempre cumplida por el deudor y que un tercero no puede jamás cumplir en su lugar? El art. 1,227 no dice esto; hace, por el contrario, una distinción. La regla general se aplica cuando es indiferente al acreedor que el hecho tenga lugar con tal que la cosa sea hecha. Por ejemplo, dice Pothier, si yo hago trato con un viñero para labrar una fanega de viñas, cualquiera otro viñero podrá satisfacer á mi deudor haciendo la labranza. No es lo mismo cuando se trata de hechos en los cuales se considera el talento y la habilidad del obrero que ha contraído la obligación: en este caso, solo el deudor podrá pagar. Creemos inútil dar ejemplo. (2)

Estos principios se aplican á todo tercero, tanto al interesado como al que es extraño á la deuda. El fiador no podrá ofrecerse á hacer lo que el deudor principal se obligó á hacer, porque es la capacidad de este lo que el acreedor tuvo en consideración. Todos los autores lo di-

1 Rouen, 20 de Julio de 1871 (Dalloz, 1873, I, 367).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 500.

pena hacerla: esto es que el pago no es un traslado de propiedad, cuando ésta ha sido adquirida ya por el acreedor y que el pago no solo tiene por objeto "dar" sino "entregar" lo que es una obligación de "hacer." En una palabra, hoy, como en el antiguo derecho, es preciso ser propietario para pagar y capaz de enajenar cuando el pago tiene por objeto "dar" es decir, trasmitir la propiedad de la cosa. Falta saber cuál será el efecto del pago cuando el deudor no es propietario ó cuando no es capaz de enajenar.

I. Del pago hecho por el que no es propietario.

494. La ley no dice en términos formales que el pago es nulo cuando se hace por el que no es propietario de la cosa que paga, no obstante, la nulidad no es dudosa; y todo el mundo lo admite sin siquiera discutir la cuestión. En los términos del art. 1,238, es preciso ser propietario de la cosa dada en pago, para que éste sea "válido;" de lo contrario no lo es, es decir, es nulo. La segunda línea del art. 1,238 confirma esta interpretación admitiendo que el pago puede demandarse cuando el que lo hizo no es propietario de la cosa que pagó; mas la consecuencia es que el derecho demanda implica la nulidad del pago, resultando del texto mismo de la ley que el pago es nulo.

Falta saber qué puede demandar la nulidad. Recordemos, desde luego, el principio que rige las nulidades. (1) Cuando la nulidad es de orden público, toda parte interesada puede alegarla; cuando es de interés privado, solo la parte en cuyo interés se establece, puede invocarla. En el caso, el orden público está fuera de causa; por consiguiente, se podrá decidir que la nulidad del pago no puede demandarse más que por aquella de las partes en cuyo interés la ley exige que, para pagar legalmente, es preciso ser

propietario de la cosa dada en pago. Vamos á ver como la ley deroga este principio.

1. Derecho del acreedor.

495. Que el acreedor puede demandar la nulidad del pago, no tiene duda: (1) es la aplicación de nuestro principio. ¿En interés de quien exige la ley que es preciso ser propietario de la cosa dada en pago para que éste sea legal? En interés del acreedor; por mejor decir es su derecho, como lo es del comprador cuando la propiedad le es trasmitida, si no no se conseguiría el fin del pago. El acreedor debe tener derecho de disponer de la cosa como suya, para lo cual necesita ser propietario: por tanto, si el que paga le entrega una cosa que no le pertenece, el pago es nulo, pudiendo el acreedor demandar la nulidad, es decir, exigir que el deudor le pague una cosa de su propiedad; por supuesto, devolviendo la cosa que había recibido.

496. ¿Puede el acreedor demandar la nulidad del pago, cuando la acción en reivindicación del propietario prescribe? Prescribe cuando el acreedor hace uso de la usucapión, lo que se hace cuando se trata de un inmueble, por la posesión de diez ó de veinte años, si el poseedor es de buena fe; tratándose de muebles, la posesión instantánea es suficiente, en virtud del principio que en cuanto á muebles, la posesión necesita título (art. 2,279). Si la prescripción impide al acreedor demandar la nulidad del pago, la consecuencia será muy grave; la mayor parte de las cosas dadas en pago son cosas muebles corporales, haciéndose el acreedor propietario desde el momento en que adquirió la posesión; el pago de una cosa que no le pertenece al deudor, se hará válido por la usucapión.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 321, nám. 177 bis, V y todos los autores.

La cuestión es controvertida aunque á primera vista no parece que pueda serlo. No hay acción sin interés. ¿Por qué el acreedor puede demandar la nulidad del pago cuando el deudor no es propietario de la cosa pagada? Porque no puede disponer como dueño sino cuando la usucapión hace imposible la evicción, siendo propietario en el sentido de que el verdadero propietario no puede ser despojado; es preciso decir más: según el art. 2,219 ha adquirido la propiedad de la cosa, ¿no ha obtenido, desde entonces, el objeto del pago? ¿De qué, pues, podrá quejarse el acreedor? ¿de que el deudor no es propietario? ¿y qué importa con tal que él lo sea? Queda el vicio purgado, dicen, el pago es válido. Sin embargo, no todos los que sostienen esta opinión lo hacen con tanto aplomo. Durantón usa de las palabras "puede ser y probablemente," lo que prueba que no tiene seguridad de que su opinión sea admitida en los tribunales. (1) ¿Cuál es, pues, el motivo que le hace vacilar? Hay una razón para dudar que, á nuestra vista, es perentoria. El acreedor demanda la nulidad del pago fundándose en el art. 1,238 que declara el pago nulo cuando el deudor no es propietario de la cosa pagada. Se le opone que la usucapión lo ha hecho propietario y responderá que sólo puede alegar la usucapión. La prescripción forma un escrúpulo de conciencia; el acreedor recibe en pago una cosa que no pertenece al deudor y puede tener repugnancia en guardarla, aunque se alegue la evicción. La ley respeta este escrúpulo permitiendo al juez suplir de oficio el medio que resulta de la prescripción (art. 2,223), mientras que permite renunciar la prescripción adquirida. Es, pues, preciso ver si el acreedor quiere valerse de la usucapión. Se puede alegar que el art. 2,225 dice que todas las perso-

1 Durantón, t. XII, pág. 46, núm. 31. Larombière, t. III, página 78, núm. 5 del art. 1,233 (Ed. B., t. II, pág. 149). Aubry y Rau, t. IV, pág. 152, nota 17, pfo. 316.

nas que tienen interés en adquirir la prescripción, pueden oponerla; explicaremos esta disposición en el título que es base de la materia. El deudor no puede invocarla porque sería autorizarlo á valerse de la prescripción cuando no ha cumplido sus obligaciones, porque á pesar de la prescripción, se puede decir que no es él quien ha trasladado la propiedad al acreedor; por consiguiente, con respecto á él, el pago permanece nulo. (1)

497. Supongamos que la cosa pagada se pierde por caso fortuito: ¿puede, no obstante, el acreedor demandar la nulidad del pago? La afirmativa no nos parece dudosa á pesar del disentimiento de Durantón, cuya opinión permanece aislada. (2) La pérdida fortuita no impide que el deudor no haya cumplido su obligación, lo que es decisivo porque sobre él recaen los riesgos de la cosa, aunque no sea propietario. Se vé cuán falsa es, en materia de obligaciones, la máxima de que aquél á quien pertenece la cosa, la pierde. Si esto se aplica al caso, la cosa debía perecer para el propietario á quien el deudor ha despojado, ó para el acreedor para con quien el deudor no ha cumplido su obligación; lo cual lastima, tanto la moral como el derecho, puesto que el deudor responsable aprovecharía su falta. Este, que no ha cumplido su obligación, debe sopportar las consecuencias.

498. ¿Qué debe decidirse si el acreedor consume la cosa? El art. 1238 dispone que el deudor no puede demandar la cosa contra el acreedor que la consumió de buena fé. Es preciso agregar también que el acreedor no podrá demandar la nulidad del pago si él consumió la cosa, y la razón es, dice Pothier, que el consumo que el acreedor ha

1 Valette, después Mourlon, t. II, pág. 597. Colmet de Santerre, t. V, págs. 323-325. Demolombe, t. XXVII, pág. 85, núm. 95.

2 Durantón, t. XII, pág. 48, núm. 32. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 325, núm. 177 *ts*, XIV y todos los autores.

ce de la cosa equivale al traslado de la propiedad. ¿Por qué el pago es nulo cuando el acreedor no adquiere la propiedad de la cosa? Porque no puede disponer como dueño, puesto que la consumió, y la traslación de propiedad no le había dado más. (1)

2. Derecho del deudor.

499. ¿Puede el deudor demandar la nulidad del pago? Esta cuestión es dudosa, al menos en principio. Hagamos á un lado un argumento que se opone al deudor y que, á nuestro modo de ver, no tiene ningún fundamento. Obligado á trasladar la propiedad, dicen, debe garantizar al acreedor contra toda evicción, por consiguiente, ni él mismo puede despojarlo. Esta es la aplicación del antiguo adagio: "Quien debe garantizar no puede despojar". (2) El principio no es aplicable al caso, porque el que es responsable de la garantía no puede reivindicar la cosa contra aquel á quien debe garantizar de la evicción, porque no puede despojarlo. ¿Cómo podría el deudor reivindicar, no siendo propietario? La cuestión está en saber si tiene derecho de demandar la nulidad del pago que hizo. Se hace también otra objeción. El deudor que vuelve á tomar el objeto dado en pago, vuelve á ser deudor, causando al acreedor un perjuicio que no tiene derecho de causar, y debe repararlo. (3) Esto será muy cierto si estando en juicio, solos el deudor y el acreedor, son los únicos interesados en la anulación ó el sostenimiento del pago. Se olvida que el propietario tiene el derecho de reivindicar contra el deudor, y que si éste demanda la cosa contra el acreedor, no lo hace por perjudicarlo, sino por ponerse al abri-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 497.

2 Mourlón, t. II, pág. 598. Larombière, t. III, pág. 78, art. 1,238, núm. 5 (Ed. B., t. II, pág. 149).

3 Colmet de Santerre, t. V; pág. 321, núm. 177 bis, VII.

go de la acción del propietario. A decir verdad, no causa ningún perjuicio al acreedor, porque su acción en demanda no es admitida sino á condición de pagar inmediatamente una cosa que le pertenece, ó de indemnizar completamente al acreedor.

Hay otra objeción mucho más grave y que sería decisiva si el texto de la ley no diera una respuesta. La nulidad del pago hecho por el que no es propietario de la cosa pagada, es de interés privado; por consiguiente, la acción en nulidad no debía pertenecer mas que al acreedor, porque únicamente en su interés declara la ley el pago nulo, y no en el del deudor que falta á su obligación. El argumento es perentorio en teoría. El artículo 1238 responde diciendo que el pago no puede demandarse contra el acreedor que consume la cosa de buena fe, lo que indica que el deudor puede demandar la cosa cuando el acreedor la consume de mala fe, y con más razón cuando el acreedor lejos de consumirla la poseé. (1)

¿Por qué deroga la ley el principio que rige las nulidades? Es muy difícil responder. Se dice que en interés del deudor que puede ser expuesto á un perjuicio considerable por consecuencia de la acción en daños y perjuicios del verdadero propietario. Este motivo nos interesa poco: el deudor es responsable y debe sufrir las consecuencias, Creemos que la ley debe haber tenido presente el interés del propietario que es despojado de su cosa, más que el del deudor que lo despojó. Es raro que el propietario pueda reivindicar, porque se le rechazará, casi siempre, por la máxima que dice que se necesita título para la posesión de muebles. El propietario tendrá, es cierto, una acción en daños y perjuicios contra el deudor; mas esta acción será ilusoria si, como sucede con frecuencia, el deudor es-

1 Celmet de Santerre, t. V, pág. 321, núm. 177 bis, VII.

tá insolvente, y esto será porque estandolo, habrá recurso á los expedientes que el derecho y la moral condenan pagando con efectos que no le pertenecen. No hay mas de un medio de poner en salvo los derechos del propietario, el de que el deudor demande la nulidad del pago y que el propietario obre contra él; y en este caso el propietario obrará en nombre del deudor según el art. 1,166.

500. La doctrina que dá al deudor una acción en demanda fundada en el texto del art. 1,238, presenta una nueva dificultad, porque este artículo supone que se trata de una cosa que se puede destruir, de una suma de dinero ó de otra cosa que se puede consumir por el uso. ¿Se debe concluir de esto, que el deudor no tiene derecho de obrar en nulidad, sino cuando se trata de una cosa que puede destruirse? Aunque se ha sacado esta consecuencia, la creemos falsa. Notemos que el art. 1,238 no dá al deudor la acción en nulidad del pago, supone que lo tiene, no admitiéndolo en el caso en que el acreedor haya consumido la cosa de buena fe. La excepción es limitada, mas, es razonar mal inferir que el principio sea también limitado. Hay una razón por la cual el pago es válido cuando el acreedor consume la cosa de buena fe; acabamos de decirlo citando á Pothier (núm. 498) ¿Existe la misma razón para no dar al deudor la acción en demanda, sino cuando se trata de cosas que pueden consumirse? No, ciertamente, porque el derecho de demanda no tiene nada de común con la naturaleza de la cosa pagada; se funda, según unos, en el interés del deudor, según nosotros, en el del propietario; poco importan, es siempre un motivo general, que se aplica en todos los casos en que el pago se hace por el que no es propietario de la cosa que paga; por consiguiente, en todos los casos, el deudor debe tener el derecho de obrar en nulidad.

Se invoca otra razón contra el deudor cuando se trata de

un pago que tiene por objeto un cuerpo cierto: el deudor, dicen, no puede quitarle al acreedor, porque este tiene derecho á la cosa que estipuló, y el deudor no puede demandarlo porque faltaría á su obligación. (1) Este argumento nos parece muy débil. El acreedor no tiene más derecho de estipular una cosa que no pertenece al deudor, que éste de prometerlo; así, pues, su contrato es nulo y no puede alegarlo. ¿Qué importa que el acreedor quiera tener esta cosa y no otra? El que compra una cosa es porque desea tenerla y conservarla: ¡esto impide al vendedor demandar la nulidad de la venta! Hay otra respuesta que hacer á la objeción, y es que prueba demasiado. Si la demanda no se admite cuando la cosa pagada es cierta y determinada, el deudor no podrá obrar jamás; en efecto, entonces precisamente es cuando la obligación tiene por objeto una cosa indeterminada, la cual se hace "determinada por el pago, porque el deudor la ofrece y el acreedor la acepta, por consiguiente, el acreedor puede decir que esta cosa es la que quería y no otra, por lo que la demanda no será admitida. Hagamos á un lado la naturaleza de la cosa que es extraña al debate.

501. El art. 1,238 dice que el pago de una suma en dinero, ó de otra cosa que se acaba por el uso, no puede ser demandada contra el acreedor que la consume de buena fe, aunque el pago haya sido hecho por el que no es propietario. Pothier nos dá la razón (núm. 498) diciendo que el acreedor hace uso de la cosa como hubiera hecho si la propiedad le hubiera sido transladada, porque el consumo equivale á la translación de la propiedad. La razón es decisiva para rechazar la acción del acreedor en nulidad, pero no cuando se trata de la acción en demanda del deudor; es cierto que este no puede estar interesado en de-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 91, núm. 100 y pág. 90, núm. 98.
P. de D. TOMO XVII.—70.

mandar, puesto que debe dar inmediatamente las cosas de la misma calidad y en la misma cantidad; mas si el deudor está insolvente, el propietario tendrá interés. Lo que prueba que el consumo no es un motivo perentorio, es que el deudor puede demandar aunque las cosas pagadas hayan sido consumidas, cuando lo han sido de mala fe; más, como la demanda no es una reivindicación en teoría, poco importa que las cosas se consuman ó no, ni la buena ó mala fe del acreedor: la demanda debía haber sido admitida por solo el hecho de ser nulo el pago.

502. ¿Cuándo podrá decirse que las cosas se han consumido? No deja de tener su dificultad la cuestión cuando es una suma de dinero la que se ha pagado, pues aunque en realidad el dinero no se consuma, se admite esta palabra cuando se ha gastado ó cuando el acreedor ha dispuesto de él de alguna manera aunque sea en provecho de un tercero. ¿Qué deberá decidirse si el acreedor solamente ha mezclado con las suyas, las monedas que el deudor le pagó? La cuestión es controvertida: unos, estrechados con la autoridad del derecho romano, dicen que la reivindicación no puede tener lugar, y otros admiten la acción del deudor. Nosotros creemos que la doctrina romana es extraña al debate. No se trata de reivindicar si no de demandar por sucesión de una demanda en nulidad. ¿Qué importa que las monedas sean distintas y que no puedan reconocerse? Lo único que importa es saber si el acreedor las tiene aún, y es claro que las tiene, puesto que se supone que no ha dispuesto de ellas gastándolas, lo cual decide la cuestión. (1)

3 Derecho del propietario.

503. Es de derecho común que el propietario pueda rei-

1 Durantón, t. XII, pág. 48, núm. 33. Compárese Demolombe, tomo XXVII, pág. 79, núms. 107 y 108.

vindicar las cosas que le pertenecen y que han sido dadas en pago al acreedor. No hay ninguna dificultad cuando se trata de un inmueble, porque el propietario tiene la reivindicación, á no ser que el acreedor le oponga la prescripción. De ordinario son cosas muebles las que son objeto del pago y el propietario tiene también el derecho de reivindicarlas; mas casi siempre será ilusorio porque el acreedor invocará la máxima consagrada por el art. 2,279: "Tratándose de muebles, es necesario el título para la posesión." En efecto, esta máxima significa que el propietario no puede reivindicar cosas muebles corporales contra el poseedor de buena fe; de donde se sigue que el propietario solo puede reivindicar cuando el acreedor es de mala fe ó cuando ha recibido créditos en pago. Esta es la opinión general y en el mismo sentido está la jurisprudencia, (1)

Citaremos un caso que se ha presentado ante la Corte de Casación y que demuestra en qué circunstancias se hace el pago con dinero que no pertenece al deudor. Una sociedad terminó sus operaciones quedando encargado de la liquidación un mandatario. ¿Cuáles eran sus poderes? Como no era un gerente que tuviera el derecho de administrar, sus poderes se limitaban á los actos necesarios para hacer la liquidación de la sociedad. El liquidador pagó una deuda que tenía personal, con los fondos de la caja social, lo cual fué un verdadero abuso de confianza traspasando su mandato. Según el art. 1,238, este pago fué nulo, y la sociedad propietaria del dinero pudo reivindicarlo. Los herederos del acreedor quisieron sostener que este había consumido el dinero de buena fe; mas lejos de esto, había complicidad. Entonces ellos sostuvieron que en esta suposición, el pago constituía un delito del cual era cómplice el autor, y que por consiguiente, ellos quedaban cubiertos.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 152, pfo. 316. Metz, 14 de Agosto de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 188).

había de tener derechos más extensos contra el tercer poseedor, cuando este posea como acreedor, que cuando posee como comprador? ¿Es que, en una y otra hipótesis, no posee á título de propietario? Y siendo la posesión la misma, ¿los derechos que proceden no deben ser idénticos?

Para conciliar disposiciones que se pretende ser contradictorias, se propone una distinción tan inadmisible como todas las premisas. Si el pago tiene por objeto una cosa determinada, el art. 2,279 será aplicable; mientras que, cuando la obligación tiene por objeto una cosa indeterminada, se aplicará el art. 1,233. Ya hemos combatido esta distinción (núm. 500). Para tener derecho de distinguir cuando la ley es general, es preciso que los principios nos autoricen. ¿Cuál será el motivo jurídico por el cual el acreedor poseedor de buena fe de una cosa en virtud de un pago no podrá rechazar la acción en reivindicación, teniendo por objeto la obligación una cosa indeterminada? Lo buscaremos inútilmente. Mejor dicho: el espíritu de la ley lo mismo que el texto resisten enérgicamente á la distinción que se quiere introducir. El art. 2,279 está fundado en interés del comercio, ¿es, por acaso, que el comercio no está interesado á quedar al abrigo de una reivindicación cuando se trata de cantidades ó de cosas que se consumen por el uso que hace el poseedor?

II. Del pago hecho por un incapaz.

505. El art. 1,238 exige dos condiciones para que el deudor pueda pagar válidamente: debe ser propietario de la cosa dada en pago y capaz de enajenar. Entonces es cuando el deudor será propietario, siendo incapaz de enajenar, el pago es nulo. En efecto, la ley dice que para pagar "válidamente" es preciso ser capaz de enajenar la cosa pagada. La nulidad resulta, por otra parte, de los principios

generales de derecho: los actos que un incapaz no tiene derecho de hacer son considerados nulos según su incapacidad.

506. La ley parece poner en la misma línea la condición de poder enajenar y la de ser propietario; sin embargo, hay una diferencia importante. Cuando el que paga no es propietario, puede invocarse la nulidad por el acreedor y por el deudor, mientras que, resultando la nulidad de la incapacidad, es esencialmente relativa, porque solo el incapaz puede alegarla. La ley pone este principio para las personas á quienes declara incapaces de obligarse: los menores, los sujetos á interdicción y las mujeres casadas pueden atacar sus obligaciones por causa de incapacidad; mas las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad del menor, del que está sujeto á interdicción ó de la mujer casada con quienes contratan (art. 1,225, 225). Es cierto que el que paga no se obliga á nada, sólo cumple una obligación. Mas si el art. 1,125 no es aplicable al pie de la letra, el espíritu de la ley no deja ninguna duda. El principio establecido por el art. 1,125 resulta de la naturaleza misma de la nulidad que la ley establece cuando una persona incapaz hace un acto que no tiene derecho de hacer; la nulidad es esencialmente relativa, establecida para proteger al incapaz, por consiguiente, él solo puede slegarla.

Falta saber cuáles son las personas incapaces de enajenar. Acabamos de recordar que el art. 1,124 declara incapaces de "contratar" á los menores, á los sujetos á interdicción y á las mujeres casadas. El que es incapaz de contratar, es, en general, incapaz de enajenar, puesto que las enajenaciones se hacen por vía de contrato. No obstante esto, no es cierto sino con una restricción, en lo que concierne á las mujeres casadas; es preciso consultar los contratos matrimoniales de los esposos, cuyos contratos

qué importa? Esto no impide que el pago sea nulo en interés del incapaz. La ley lo ampara con su protección, permitiéndole obrar en nulidad, y después le quita su protección por la única razón de que el acreedor ha consumido la cosa. Ha errado asemejando al deudor incapaz con el deudor que no es propietario; aun respecto de éste, la disposición del art. 1,238 difícilmente se justifica (núm. 501); y llega á ser inexplicable cuando se trata del deudor incapaz de enajenar.

510. El art. 1,238 supone que se trata de un pago traslativo de propiedad. Cuando el pago se hace en cumplimiento de un contrato que ya ha transferido la propiedad, tal como la venta, el deudor, aunque incapaz de enajenar, puede válidamente hacer la entrega de la cosa. Así, la mujer enajena un inmueble que le pertenece, con autorización de su marido, después hace la entrega sin haber sido autorizada; ¿podrá demandar la nulidad de este pago? Nó, no está en el caso del art. 1,238; ni se trata ya de transferir la propiedad de la cosa dada en pago, pues la propiedad está ya adquirida por el comprador, y solo falta hacerle la entrega; este es un hecho puramente material; la mujer no se perjudica prestándolo, y mejora, por el contrario, su condición, porque el comprador podría exigir la entrega y hacer reclamos que la mujer previene entregando la cosa.

Esto supone que la obligación que cumple la mujer es válida. Si el contrato que la mujer cumple fuese nulo, conservaría el derecho de demandar la nulidad á pesar del cumplimiento que le ha dado. Esto no es ya una cuestión de validez del pago, se trata de saber si la obligación es válida, y suponemos que es nula; la mujer, pagando, no puede renunciar al derecho que tiene de demandar la nulidad. Esto sería una confirmación, y el incapaz no puede confirmar mientras dura su incapacidad. (Art. 1228) Lo

que decimos de la mujer casada se aplica á todos los incapaces. (1)

Núm. 4. ¿A quién debe ó puede hacerse el pago?

511. El artículo 1220 dice que "el pago debe hacerse al acreedor ó á cualquiera que tenga poder de él ó que sea autorizado judicialmente ó por la ley, para recibir por él."

II. Del pago hecho al acreedor.

512. El pago debe hacerse al acreedor, dice el artículo 1239. Esta es la consecuencia natural de la estipulación que el acreedor ha hecho contratando. El deudor está obligado para con el acreedor á dar ó á hacer alguna cosa, y por tanto, está obligado á pagar lo que debe á aquel con quien se ha obligado. El acreedor tiene el derecho de exigir la prestación que es objeto del contrato, y el deudor está obligado á cumplirla.

513. El acreedor trasmite su derecho a sus herederos, y él debe, por consiguiente pagar á los herederos. Como el crédito se divide entre estos, en razón de su parte hereditaria, cada heredero llega á serlo solo en cuanto á la parte por la que es heredero, de donde se sigue que el deudor no puede pagar válidamente á cada uno de los herederos más que la porción que le perteneció en el crédito. Esto sucede desde la apertura de la sucesión aun antes de la partición, porque esta es la ley que divide los créditos, independientemente de todo convenio. Los herederos, dice el art. 1220, no pueden demandar la deuda sino por las partes de que son dueños como representantes del acreedor; y según el art. 724, los herederos son dueños de pleno

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 151, notas 14 y 15, pfo. 316 y los autores que citan. Hay que agregar á Demolombe, t. XXVII, página 115, núm. 127.

derecho de los bienes, derechos y acciones del difunto, y lo son desde el instante de la muerte del autor de la herencia. Este es el principio acostumbrado en el embargo: "El vivo representa al muerto, como su heredero más próximo."

No hacemos más que transcribir principios elementales escritos en la ley. Así pues, no sin extrañeza hemos leído en un repertorio que mientras la sucesión está indivisa, el deudor debe llamar á todos los herederos para hacerles el pago. Se cita en apoyo de esta extraña proposición á Pothier y á todos los autores modernos. Y se encuentra que Pothier así como los autores modernos dicen en términos absolutos que las deudas se dividen entre los herederos según su parte hereditaria, sin hablar de la indivisión y de la partición, sino para notar que el acta de partición puede dar á uno de los herederos del acreedor el poder de percibir el crédito entero. Se cita también como aplicable el pretendido principio, según el cual, el pago durante la indivisión, no podrá hacerse sino á todos los herederos, y una sentencia que decidió que el reembolso de un crédito inmueble, y especialmente de una renta vitalicia, debe para ser válido, hacerse á todos los herederos en tanto que la herencia esté en indiviso. (1) Basta leer la sentencia de la Corte de París para convencerse que está establecida, no sobre la división de los créditos ordinarios, sino sobre una renta vitalicia reputada inmueble, y esto sin decir que los inmuebles no se dividen de pleno derecho. Pero va también sin decir que los créditos se dividen de pleno derecho y antes de toda partición; ¿cómo los autores y los tribunales podrían decir lo contrario de lo que está escrito en los arts. 724 y 1,220? La verdad es que la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decir lo contrario de lo

1 Dalloz, palabra *Obligaciones* núm. 1,680. París, 21 Prarial, año X (*Ib.*)

que se les hace decir. (1) Hacemos esta nota en interés de nuestros jóvenes lectores que generalmente se sirven del repertorio que nuestro deber nos manda criticar. Que ellos no reconozcan otra autoridad que la de la ley y los principios que se desprenden.

514. Se entiende por acreedor, dice Pothier, no solamente la persona misma con quien ha contratado el deudor, sino todos aquellos que han sucedido en su crédito, aun á título particular. Aquel á quien el acreedor ha cedido su crédito, sea por venta, sea por donación, llega á ser el acreedor; pero no es poseedor del crédito respecto de los terceros, sino por el aviso que dá al deudor, de la cesión, ó por la aceptación que éste hace de la translación (art. 1,690.) Cuando estas formalidades están cumplidas, el deudor debe pagar al cessionario. Por el contrario, el antiguo acreedor cesa de serlo y el deudor no puede ya pagarle. (2) Trataremos los detalles y las dificultades de este punto en el título de la "Venta," que es el sitio de la materia.

515. El pago no siempre puede hacerse al acreedor; para que el pago sea válido se necesita que el acreedor sea capaz de recibirllo, pues hecho al acreedor incapaz, el pago es nulo (art. 1,241). ¿Cuáles son los incapaces? La ley no se explica sobre este punto, solo se ocupa de los incapaces bajo el punto de vista de las obligaciones que contraen: los incapaces de contratar son los menores, los sujetos á la interdicción y las mujeres casadas. Recibir un pago no es contratar, es extinguir la obligación, y como el incapaz recibe lo que se le debe, se enriquece y podría creerse que debe tener el derecho de mejorar su posición. La respuesta es fácil; la incapacidad de aquél á quien se hace un pago, podría tener por consecuencia la pérdida

1 Véase el tomo X de estos *Principios*, pág. 277, núm. 213.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 502.

del crédito, y así, no basta recibir lo que no se debe, se necesita también darle un buen empleo, si no la disipación de lo que recibimos anularía el beneficio del crédito. Hé ahí por qué la ley se muestra más severa para el pago hecho á un incapaz que para los otros actos de administración. Así, el menor emancipado tiene la administración y el goce de su fortuna, y, sin embargo, no puede recibir un capital mueble ni librarse de una carga sin la asistencia de su curador; el art. 482 dá la razón; el curador tiene el encargo de cuidar el empleo del capital recibido. El tutor tiene poderes más extensos, pero también el menor tiene una garantía real en la hipoteca legal que la ley le concede; cuando esta garantía es insuficiente, la ley limita el derecho que el tutor tiene de recibir los capitales debidos en su provecho (Ley Hip., arts. 56 y 57). Volveremos á ver los detalles y las dificultades en los títulos en que se trata de los incapaces. (1)

II. Del pago hecho al que tiene poder del acreedor para recibirlo.

516. El pago hecho á los que tienen poder del acreedor para recibir por él, se reputa hecho al acreedor mismo, y, por consiguiente, es tan válido como si hubiese sido hecho al acreedor. Esto es lo que dice Pothier, según una ley romana. (2) El Código Civil dice más: no solamente puede hacerse el pago al mandatario, sino que "debe" hacerse al que tiene poder del acreedor judicial ó de la ley (artículo 1,239). El mandato puede, pues, ser legal, judicial ó convencional.

517. ¿Quiénes son los autorizados por la ley para recibir por el acreedor? Cuando éste es incapaz, la ley vela

1 Duranton resume la materia (t. XII, pág. 53, núms. 36-43). Colmet de Sauterre, t. V, pág. 380, núm. 480 bis, I.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 506.

porque sus derechos sean ejercidos por un representante. Así, el tutor representa al menor y al sujeto á interdicción en todos los actos civiles (art. 450). Los que tienen la posesión representan al ausente (art. 134). En cuanto á la mujer casada, sus derechos, así como los del marido sobre los bienes de la mujer dependen de los pactos ó capitulaciones matrimoniales y del régimen bajo el cual se han casado los esposos. Trataremos esta materia en el título "Del Contrato de Matrimonio y en los títulos que dedica el Código á los incapaces. (1)

Hay incapaces de los que la ley no se ocupa. En los términos del art. 389, el padre es, durante el matrimonio, administrador de los bienes personales de sus hijos menores. ¿Cuáles son los poderes del administrador legal? En lo que se refiere al derecho de recibir lo que se debe al hijo menor no hay duda alguna: el padre tiene este derecho sin disputa alguna. Este es un derecho que pertenece al tutor, y, por tanto, también al padre administrador; en cuanto á las garantías que el pupilo tiene contra su tutor, la ley no ha creído deber concederlas al menor contra su padre. (2)

518. El poder puede ser concedido judicialmente. Hay mandatarios generales que el tribunal nombra en virtud de la ley; tal es el administrador que tiene el derecho de dar al ausente durante el primer periodo de la ausencia; (art. 112) y el administrador provisional que el art. 497 permite nombrar, cuando se pide la interdicción de una persona. Podría colocarse entre estos mandatarios á los que se dá la posesión, puesto que son y se les dá por un fallo. Pero es mas jurídico considerar su mandato como legal, puesto que es la ley la que designa á los herederos presuntos á quienes debe confiarse la administración de

1 Véase el resumen en Durantón, t. XII, pág. 86, núms. 54-59.

2 Tolosa, 25 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 4. 438). Véase el tomo IV de estos *Principios*, pág. 469, núm. 303.

los bienes después de la declaración de ausencia; los tribunales no podrían nombrar otros administradores.

¿Qué deberá decidirse si el tribunal confiase la administración á otro á que al heredero presunto? ¿Los deudores podrían pagar entre sus manos? Se ha juzgado que el deudor no debe pagar cuando conoce el vicio del fallo. Se objetó que el deudor estuvo obligado á pagar al que fué autorizado judicialmente para recibir por el ausente. La Corte respondió que es la ley la que designa los herederos á los cuales debe concederse la posesión; el tercero no debe, pues, pagar sino al heredero presunto designado para la posesión; cuando es un extraño el designado no puede decirse que esté autorizado por la ley para recibir por el ausente. (1) Otra es la cuestión de saber si el deudor "puede" pagar al que está en posesión, aunque no sea heredero presunto. Nos parece que este sería el caso de aplicar el artículo 1,240, en cuyos téminos, el pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito, es válido. El designado para la posesión de los bienes de un ausente, está en posesión del crédito, en el sentido de que un fallo lo autoriza á recibir lo que se debe al ausente.

519. El poder concedido judicialmente, es de ordinario, especial. Un acreedor practica un embargo, y obtiene por esto un fallo que ordena al tercero embargado á pagarle. Los acreedores embargantes no son propietarios del crédito, y, por tanto, no lo reciben como acreedores; el verdadero acreedor es el embargado, pues es en su nombre como ejerzen sus derechos los acreedores embargantes que obran; y en este sentido están autorizados por la ley y judicialmente para percibir lo que se debe á su deudor. Son, pues, mandatarios, puesto que reciben en nombre del embargado, y el pago aprovecha á éste, puesto que queda li-

1 Gand, 6 de Julio de 1833 y la requisitoria del procurador general Ganser (*Pasjerisia*, 1833, pág. 195).

berado hasta la concurrencia de la suma pagada á los sm. bargantes. Se dice que son mandatarios *in rem suam*; (1) esto es cierto, porque está en su interés que obren, pero son también mandatarios del embargado, puesto que esto se libra por el efecto del embargo.

520. El acreedor puede también dar poder de recibir por él: éste es el mandato convencional. ¿Bajo qué condición debe pagar el deudor al mandatario? Este, naturalmente, debe justificar su mandato. El mandato es un contrato no solemne, se perfecciona por el solo concurso del consentimiento de las partes contratantes, y el acta solo sirve de prueba. Pero esta es precisamente la prueba de que se trata. Si el mandatario contiene una procuración bajo firma privada, ¿estará obligado el deudor á reconocer este poder? Nô, porque el acta bajo firma privada, no hace fe alguna por sí misma, se necesita, pues, que el mandante reconozca su firma respecto del tercero deudor, ó que dé un poder por acta auténtica. Se ha juzgado en este sentido, que todo deudor que paga su deuda, tiene el derecho de exigir una prueba válida de su liberación; si paga á un mandatario, puede pedir que el carácter del mandatario sea justificado, por una minuta del mandato á la que siempre podrá recurrirse en caso necesario, ó por una acta del mandato que, en este caso, debe remitirse al deudor para que la prueba del mandato esté siempre en sus manos. (2)

521. Hay un caso en que la prueba del mandato resulta del contrato mismo en que es parte el deudor. Alguna vez, dice Pothier, en el contrato por el cual se obliga una persona á pagar á otra alguna cosa, hay un tercero designado en cuyas manos se conviene que el pago podrá ha-

1 Larombière, t. III, pág. 96, núm. 18 del art. 1,239 (Ed. B., tomo II, pág. 146).

2 Orléans, 10 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1861, 5, 301).

carse como en las del acreedor. Este tercero, por el contrato mismo, tiene personalidad para recibir por el acreedor; por consiguiente, el pago que se le hace es tan válido como si se hiciese al acreedor. Estos terceros designados á quienes el deudor podrá pagar, son llamados por los jurisconsultos romanos *adjecti solutionis gratia*; y este nombre se les ha conservado en el lenguaje de la escuela.

¿Cuál es el objeto de esta cláusula? Pothier responde que los terceros adjuntos son frecuentemente acreedores del acreedor que los designa. Yo os vendo una finca en 50,000 francos y se dice en el contrato que os pagareis esta suma en mi nombre, de un tercero que es mi acreedor por una suma igual. Alguna vez también el tercero adjunto es un simple mandatario y aun puede ser un donatario, y, en este caso, se aplica el art. 1,121, al cual nos remitimos.

Los terceros adjuntos, propiamente dichos, son simples mandatarios. Este mandato difiere del mandato ordinario dado por el acreedor solo. El mandante, dice el art. 2,004, puede revocar su poder cuando le parezca. ¿Sucede lo mismo con el mandato dado por el contrato á un tercero adjunto? Nó, en principio; el acreedor no puede revocarlo por su sola voluntad, porque no es así como se ha constituido; el poder es una cláusula del contrato y se ha dado por el concurso de consentimientos, y, por tanto, se necesita también el consentimiento de las dos partes para revocarlo. Pothier lo enseña así y concluye que el deudor podrá pagar al tercero designado, aun contra la voluntad del acreedor.

Los autores modernos parten de otro principio: dicen que el poder no puede revocarse sin el consentimiento de la parte en cuyo interés se ha dado; de suerte que si la designación se hubiese hecho en interés del acreedor, podría revocarla por su sola voluntad, en tanto que se necesitaría el concurso del deudor si la designación se hubiese he-

cho en su interés. Nos parece que el principio de Pothier es más jurídico. Debe aplicarse á las cláusulas de los contratos lo que el art. 1,134 dice de los contratos en general: no pueden revocarse sino por el consentimiento mutuo de las partes contratantes, quedando á salvo á las partes derogar la ley; y, por tanto, lo que se expone como regla es, en realidad, una excepción que la parte interesada debe estipular. (1)

522. En cuanto al mandato ordinario, se aplican los principios generales que rigen este contrato. El acreedor que dé poder para recibir, debe ser capaz de recibir. Si es un menor ó un sujeto á interdicción, no puede ejercer por el intermediario de un mandatario un derecho que no tiene, pues siendo incapaz de recibir, no puede dar poder para recibir por él. Debe, pues, decirse con Pothier, que el pago hecho á aquel á quien el menor ha dado poder para recibir, no es más válido que si hubiese sido hecho al menor. Por el contrario, el que tiene el derecho de recibir por el acreedor, en virtud de la ley, puede dar mandato para recibir en nombre del acreedor. Si éste es un menor ó una mujer casada, el pago hecho á quien tenga poder del tutor ó del marido, es válido.

No es necesario que el mandatario sea capaz; aunque éste fuese un menor, el pago es válido. La razón es, dice Pothier, que haciéndose el pago al que ha dado el poder, es la persona del mandante y no la del mandatario la que debe considerarse, y debe suponerse que el mandante eligió á un incapaz. El art. 1,990 consagra esta doctrina; dice que las mujeres y los menores emancipados, pueden ser designados para mandatarios; diremos en el título “Del Mandato,” que lo mismo sucede con los menores no

1 Pothier, núm. 525. Aubry y Rau, t. IV, pág. 154 y nota 16, párrafo 317. Compárese Durantón, t. XII, pág. 77, núm. 53, que trata bastante extensamente de los *adjeti*.

emancipados, porque hay el mismo motivo para decidir. (1)

523. En los términos del art. 1,987, el mandato puede ser especial para un negocio ó ciertos negocios solamente, ó general para todos los negocios del mandante. El articulo 1,988 agrega que el mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. ¿Un mandato semejante, dado por el acreedor, bastará para que el mandatario pueda recibir lo que se debe al acreedor? La afirmativa no es dudosa; porque recibir el pago de un crédito, es un acto de administración, y con frecuencia, hasta un acto de conservación. (2)

524. Para que el mandatario pueda recibir, es necesario que su mandato dure aun al tiempo del pago.

Si el acreedor dá poder para recibir por él durante cierto tiempo, el pago hecho al mandatario después de la expiración del tiempo, no es válido porque ya no hay mandato. El deudor no puede ignorar la terminación de los poderes, puesto que debe hacerse representar el mandante en el momento del pago, y, por tanto, él es quien será responsable de la nulidad del pago.

Si el acreedor revoca el mandato, el pago que haga el deudor, será igualmente nulo. Pero el deudor puede pagar válidamente mientras la revocación no le haya sido notificada; esta es la disposición del art. 2,005, sobre la cual volveremos á tratar en el título "Del Mandato." (3)

525. Otra cosa sería, dice Pothier, si el deudor hubiese pagado sobre un poder falso. El acreedor no puede impedir la falsedad, ni subsanar la existencia; el deudor, por el contrario, pide informarse de la verdad del poder, y, por tanto, si paga no quedará libre. Es posible, sin embargo,

1 Pothier, núms. 507, 508, 509. Durantón, t. XII, pág. 65.

2 Durantón, t. XII, pág. 66, núm. 47.

3 Pothier, núm. 510. Colmet de Santerre, t. V, pág. 327, número 178 bis, III.

que le haya sido imposible descubrir el fraude. ¿Será, no obstante, responsable del pago que hace, ó la pérdida caerá sobre el acreedor? Se decide que es contra el deudor contra quien se ha cometido el fraude, y, por tanto, es él quien lo sufre, y no puede con ningún título hacerlo recaer sobre el acreedor. ¿No es esto demasiado absoluto? El deudor podría ser obligado á pagar al portador de una falsa procuración; él no hace, pues, un acto voluntario; ¿puede ser responsable de lo que debe hacer, cuando no hay imprudencia alguna que reprocharle? Se ha juzgado en el sentido de que el erario no es responsable de los pagos que hace sobre piezas falsificadas. (1)

526. ¿Cuáles son los poderes del mandatario? La cuestión es de hecho, pues la solución depende de los términos del mandato. Se ha preguntado si el mandatario puede recibir antes del vencimiento. La Corte de Grenoble ha decidido la cuestión afirmativamente, y la solución no es dudosa desde que el mandato está concebido en términos generales. El deudor tiene el derecho de pagar antes del vencimiento, y, por tanto, el acreedor y consiguientemente su mandatario, está obligado á recibir. Esto decide la cuestión. En el caso, el pago anticipado fué muy perjudicial al acreedor; el mandatario cayó en quiebra antes del vencimiento, y de ahí el interés del debate, pero el deudor que tiene el derecho de pagar no responde de estas eventualidades. (2)

El mandato es de estricta interpretación. Es por aplicación de este principio por lo que el art. 1,988 dispone que

1 Pothier, núm. 510. Colmet de Santerre, t. V, pág. 327, número 178 *bis*, II. Compárese Aubry y Rau, que no declaran al deudor responsable sino en general (t. IV, pág. 154, nota 9, pfo. 317). París, 27 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, número 645).

2 Grenoble, 8 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 383, 8º).

el mandato concedido en términos generales solo comprende los actos de administración. Por la misma razón el mandato de administración debe limitarse al poder que dá al mandatario. Un notario es encargado de colocar los capitales de un cliente y de percibir los intereses. El deudor tuvo la imprudencia de reembolsar el capital en manos del notario. Se juzgó que un poder limitado á los intereses no pudo extenderse al capital. El deudor pretendió que el mandato para percibir los intereses suponía el mandato tácito para recibir el capital. Esto no fué admisible, pues hubo manifestación expresa de la voluntad del acreedor, y desde entonces no pudo tratarse de una voluntad tácita. (1) Insistimos sobre estos detalles porque la jurisprudencia prueba cuán imprudentes son los deudores; parecen creer que les basta pagar para estar libres. ¡Cuántas veces esta confianza absurda les ha obligado á pagar dos veces!

527. En el mismo caso, se sostuvo que el notario encargado de colocar los capitales, pudo ser considerado como gestor de negocios cuando recibió el reembolso. La Corte rechazó esta defensa; los hechos probaban hasta la evidencia que no pudo tratarse de un cuasicontrato que supone que el dueño ignora que un tercero gira sus intereses; y en el caso juzgado por la Corte de Colmar, la correspondencia entre el acreedor y el notario, atestiguó que el acreedor creyó arreglar él mismo sus negocios. Aun haciendo á un lado estas circunstancias, la gestión de negocios no se concibe en lo que se refiere al pago de lo que se debe al dueño. Es una misión de confianza la de recibir el pago de lo que se debe al acreedor, y por tanto, á él sólo toca elegir el hombre en quien deposita su confianza. Aun cuando el tercero que se presentase para recibir lo que se debe á un amigo ausente estuviese notoriamente investido de su

1 Colmar, 18 de Abril de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 72).

confianza, esto no bastaría para autorizar al deudor a pagar en sus manos. La ley es formal, se necesita un "poder" del acreedor, y gestión de negocios, supone la falta de poder. (1)

528. No debe confundirse la gestión de negocios con el mandato tácito. La gestión supone que en el momento en que el gestor demanda el pago de lo que se debe al acreedor, este ignora lo que sucede; hay, pues, falta de consentimiento, lo cual es de la esencia de los cuasicontatos. El mandato tácito, por el contrario, es un contrato; solamente que el consentimiento en lugar de ser expreso, es tácito, y se deduce de hechos consentidos por el acreedor. (2) No puede admitirse el mandato tácito sino cuando es cierto que tal es la voluntad del acreedor: los deudores no deben olvidar que no tienen el derecho de pagar, sino al acreedor ó a quien tenga poder del acreedor; en la duda deben abstenerse y exigir un mandato ó pagar al acreedor que es siempre lo más seguro. Volveremos sobre el mandato tácito al tratar de la gestión de negocios (art. 1,372). Por el momento no tenemos mas que una cosa que ver: ¿en qué casos hay un mandato tácito para recibir el pago?

529. Pothier enseña que el secretario tiene un mandato tácito para recibir el pago cuando es portador del título ejecutivo, y va de parte del acreedor para exigir el cumplimiento. (3) En estas circunstancias la cuestión no es dudosa. El secretario tiene mandato de ejecutar y de embargoar los bienes del deudor; este mandato es condicional, supone que el deudor no paga, y, por tanto, el ejecutor no debe proceder al embargo sino cuando el deudor no satisface inmediatamente su obligación; así, pues, el deudor de-

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 126, núm. 137.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 153, nota 5, pfo. 317.

3 Pothier, núm. 513. Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. IV, pág. 153, nota 6, pfo. 317). Gaud, 24 de Noviembre de 1837 (*Episcrisis*, 1837, 2, 248).

be tener el derecho de pagar en sus manos, que es el único medio de substraerse á los rigores de la ley. Esto, sin decir que para librarse el deudor debe hacer al ejecutor un pago que reuna las condiciones determinadas por la ley. La Corte de Casación ha juzgado que el deudor no queda libre cuando el ejecutor ha aceptado, en lugar de especies metálicas, un efecto de comercio. (1)

¿Sería válido el pago si se hiciese al ejecutor en el momento en que hace el requerimiento que debe preceder al embargo? Se admite la afirmativa y con razón, porque es lo que debe hacerse ante el requerimiento. El acreedor entiende que el deudor debe pagar en seguida si quiere evitar la ejecución, y, por tanto, el deudor debe tener el derecho de pagar al ministro ejecutor. Por la misma razón, el pago hecho al ejecutor en el intervalo que separa el requerimiento del embargo sería válido, porque el ejecutor está todavía encargado del título en el momento en que se hace el pago. Se admite que aun después del embargo, el deudor puede todavía pagar válidamente. La cuestión es dudosa. (2) Se ha juzgado que un pago hecho cuatro meses después del requerimiento y cuando el ejecutor no estuvo ya en posesión de las piezas, no fué válido; la Corte ha considerado el mandato tácito como proveniente de las piezas de que es portador el secretario. Hacemos constar los hechos porque estas son cuestiones de hecho y las decisiones, cualesquiera que sean, ofrecen siempre al deudor un consejo de prudencia. (3)

Con mayor razón no habría mandato para recibir si el acta que está en poder del secretario fuese extraña al pago. Se pone al secretario un pagaré bajo firma privada, pa-

1 Denegada casación, 3 de Agosto de 1840 (Dalloz, palabra *De-negación*, núm. 53).

2 Durantón, t. XII, p. 68, núm. 50.

3 Bruselas, 26 de Febrero de 1817 (*Passcrisia*, 1817, pág. 339).

ra designar al deudor; el acreedor no tiene otra intención que obtener un fallo; no puede, pues, pensar en hacer pagar al deudor. (1) Se ha juzgado en el sentido de que el deudor no puede pagar cuando el secretario le notifica el alzamiento del embargo y le exhorta simplemente á declarar lo que le impide pagar. (2)

530. ¿El patrono tiene mandato tácito para recibir? No, dice Pothier, solo tiene poder para intentar la acción y perseguirla para el efecto de obtener un fallo. Aun cuando el fallo fuese rendido, el patrono estaría siempre sin derecho; su misión es especial, es judicial y nada tiene de común con el pago. (3)

Sin embargo, se ha juzgado lo contrario. El tribunal se dejó engañar por un argumento sin valor alguno. En los términos del art. 1,283, la remisión voluntaria de la prueba del título, hace presumir la remisión de la deuda ó del pago. El primer juez concluyó que el patrono poseedor de la prueba, tuvo poder de librarr al deudor remitiéndole el título, y, por consiguiente, tuvo el derecho de recibir el pago. Esto fué olvidar la condición esencial bajo la cual la remisión del título libra al deudor: se necesita que la remisión sea hecha por el acreedor (art. 1,282), ó por quien tenga poder especial de él. Ciertamente, el mandato de perseguir al deudor, no supone el poder de librarrle haciéndole la remisión de la prueba. El fallo fué casado. (4)

531. ¿El notario tiene mandato tácito para recibir el pago en nombre de su cliente? En derecho, la cuestión no

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 153, nota 6, pfo. 317. En sentido contrario, Larombière, t. III, pág. 93, núm. 13 del art. 1239 (Ed. B., tomo II, pág. 155).

2 Bourges, 29 de Marzo de 1814 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 2,076).

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 513 y todos los autores.

4 Casación, 23 de Julio de 1828 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,709).

es dudosa, si ha dado lugar á numerosos juicios es por efecto de la imprudencia de los deudores. Se imaginan que el notario que vende tiene también el derecho de percibir el precio; en realidad, el notario no hace mas que prestar su ministerio para la venta, y el vendedor es el único que tiene carácter para recibir el precio, ó el mandatario á quien ha dado poder para recibir por él, (art. 1,239.) En cuanto al hecho, estos debates llegaron á ser cada día más frecuentes; cuando los notarios se convierten en banqueros, especuladores y agiotistas, abundan las quiebras; y el deudor que ha pagado irregularmente en las manos de un notario, obligado á pagar segunda vez á su vendedor, se ve reducido á presentarse en la quiebra como acreedor de aquel que ha sorprendido su confianza.

Es cierto que el notario, como tal, ningún mandato tácito tiene para recibir en nombre de su cliente. Un tribunal declaró válido el pago hecho por el comprador en manos del notario que hizo la venta, apoyándose en consideraciones de hecho que absolutamente suponían el poder de recibir; estos tendían á considerar el pago irregular siendo ratificado por los interesados. Pero la ratificación no fué probada ni pudo serlo por simples presunciones del hombre, no siendo aceptable la prueba testimonial. (1)

De ordinario, la escritura de venta dice que el pago se hará en el despacho del notario que ha procedido á la adjudicación. ¿Esta cláusula dá al notario el poder de recibir el precio? Los autores se dividen; la indicación del despacho solo se hace para designar el lugar en que debe hacerse el pago; otra es la cuestión de saber quién tiene el derecho de recibir el precio.

Esta cláusula, que es casi de estilo, es absolutamente extraña á la cuestión de saber quien tiene facultad para dis-

1 Casación, 17 de Agosto de 1831 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,713, II).

poner del precio; el art. 1,239 establece que es el acreedor ó el que tiene poder de recibir por él; indicando el lugar en que el pago debe hacerse, el vendedor no dá ningún poder concerniente á la persona á la cual el pago debe hacerse. Tiene de esto una prueba legal, porque el art. 1,239 dice á quien debe hacerse el pago para ser válido y el artículo 1,247 indica el lugar en que debe hacerse; estas dos disposiciones deben tener su cumplimiento y lo prueba el art. 1,258 diciendo que las ofertas de pago se hagan acumulativamente al acreedor ó al que tiene poder de recibir por él y en el lugar convenido para el pago. Esto es decisivo bajo el punto de vista legal (1) porque la intención de las partes está de acuerdo con la ley. ¿Que quieren indicando un lugar para el pago? ¿Creen conferir un mandato tácito de recibir? Con frecuencia las escrituras mismas prueban del todo que el pago debe hacerse al acreedor ó á su mandatario. (2) Todo lo que las partes quieren indicando el oficio del escribano como lugar del pago, es procurar, por razón de la diferencia de lugares, mayor facilidad al acreedor de recibir, y al deudor de entregar. (3)

Lo mismo será si el acreedor elige un domicilio. La Corte de Bruselas dice muy bien que el domicilio elegido como tal, es ficticio, y las simulaciones son por su esencia de estricta interpretación, y no producen mas que los efectos que la ley les atribuye. El art. 111 nos dice qué efectos produce la elección de domicilio. Los apéndices demandas y perseguiamientos relativos á la escritura que contiene la elección, pueden hacerse en el domicilio convenido y ante el juez de este domicilio. La elección de domicilio no concierne, pues, mas que al perseguiamiento de

1 Casación, 23 de Noviembre de 1830 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,893, I).

2 Bruselas, 28 de Julio de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 34).

3 Demolombe, t. XXVII, pág. 138, núm. 153. Larombière, t. III, pág. 91, núm. 10 del art. 1,239 (Ed. B., t. II, pág. 154).

los derechos judiciales. (1) Sin duda las partes al elegir domicilio, pueden dar al notario ó al defensor poder para recibir el pago; mas el derecho de recibir resulta, en este caso, no de la cláusula que elige domicilio en el oficio del notario ó del defensor, sino de la voluntad manifestada por las partes de que el pago se haga en manos del mandatario.

532. Se ha querido justificar el mandato tácito dado al escribano por el uso general que hay entre las partes de pagar por medio del notario que hizo la venta ó el préstamo. Una Corte había admitido este motivo y su decisión fué casada. La Corte de Casación dijo que el pretendido uso invocado por la sentencia no tiene ninguna base legal. (2) ¿Quiere decir esto que el uso ha derogado la ley? Se responderá que la falta de uso no deroga la ley, y que lo que es en teoría no existirá de hecho. ¿Se quiere decir únicamente que los contratos obligan á las consecuencias que el uso dá á la obligación, (art. 1,134) ó que, lo que es ambiguo se interpreta por lo que es de uso en el país en que el contrato se hace? (art. 1,159). Ninguna de estas disposiciones es aplicable al caso: solo se trata de saber si hay mandato tácito, es decir, contrato por concurso de voluntades tácitas. El uso no puede tener por efecto que se considere que consiento cuando no he consentido, porque esto sería un contrato presunto, y los contratos no pueden presumirse, ni existir sin consentimiento. La Corte de Poitiers dijo muy bien que ni en derecho, ni en razón, puede admitirse que los notarios tengan mandato de recibir sin que este les haya sido dado por la voluntad de las partes contratantes. (3)

533. La cuestión del mandato tácito se reduce á una di-

1 Bruselas, 18 de Diciembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 262). Lyón, 16 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 18).

2 Casación, 21 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 1,713, III).

3 Poitiers, 5 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 154).

ficultad de hecho: El acreedor ¿tiene entendido que dá poder al notario de recibir por él? Que este mandato puede existir no cabe duda. Citaremos un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Una escritura de préstamo, hecha ante notario, tenía la cláusula siguiente: "El pago de intereses anuales, así como el reembolso del capital prestado, debe hacerse en manos del prestador, de sus herederos ó de sus representantes que tienen poder." De hecho, el notario constantemente había obrado con respecto de los prestatarios como si tuviera poder ó mandato del prestamista que era una señorita. Siempre era á él á quien los prestatarios se dirigían para obtener la suma que necesitaban, y no á la señorita; él, quien les daba la suma y contaba los efectos. Despues del otorgamiento de la escritura, no era la señorita la que aparecía sino el pasante del notario que había estipulado por ella en su nombre; al notario, y jamás á la señorita, los prestatarios habían pagado los intereses, siendo el notario quien les había hecho la entrega y estos pagos habían sido reconocidos por la prestamista, puesto que los había otorgado en cuenta. La Corte concluyó que habiendo sido reconocido el notario por el acreedor como su mandatario, era preciso aplicarle la cláusula de la escritura que decía que el reembolso del capital debía hacerse en manos del acreedor ó de su apoderado. (1)

En el caso, no había cláusula que dijera que el pago se haría en el oficio del notario. Es cierto que esta cláusula no importa en derecho; para el notario, la autorización de recibir podía ser invocada en apoyo de los hechos y circunstancias de la causa, á fin de establecer que el notario tenía poder del acreedor para recibir. (2) Otras sentencias dicen que esta cláusula proporciona un principio de prue-

1 Gand, 13 de Abril de 1854 (*Passcrisia*, 1857, 2, 94).

2 Denegada casación, Sala Civil, 12 de Marzo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 129, V).

ba por escrito que permite admitir presunciones para probar la existencia de un mandato tácito. (1) Reservamos la cuestión de la prueba para el capítulo que es base de la materia: se trata de saber si se pueden aplicar á los contratos que parecen excluir la posibilidad de una prueba literal, los principios que rigen la prueba testimonial, cuyos principios suponen que después del contrato hubiera sido posible á las partes procurarse una prueba de sus convenios por escrito; gesto es posible cuando el consentimiento resulta de hecho y no de la voluntad declarada? En definitiva, el juez debe decidirse según los hechos que han precedido, acompañado ó seguido á la escritura; según estas circunstancias deberá admitir el mandato tácito (2) ó lo negará. (3)

534. ¿Cuál será el efecto del pago hecho al notario? Supongamos que éste quiebra, ¿ pierde el dinero el vendedor ó el comprador? Es preciso distinguir. Si el notario tiene poder de recibir, sea por un mandato expreso, sea por un mandato tácito, el deudor se libra válidamente haciendo el pago en sus manos. Este es el caso de aplicar el artículo 1,239. Se pretendió que el notario era el mandatario del comprador, lo cual no es admisible, porque el artículo 1,239 dice que el pago debe hacerse al que tiene poder del acreedor, y siendo el acreedor el que recibe, es quien tiene que dar mandato de recibir en su nombre. Aun cuando el mandato resulte de la escritura de venta á la cual el comprador concurre, no se puede decir que el notario sea su mandatario, porque el mandato se dá por la parte interesada, y, por consiguiente, por el que recibe el precio y no por el que lo paga. (4) Si el notario no tiene ningún

1 Metz, 23 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 220).

2 Douay, 29 de Noviembre de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 41).

3 Douay, 29 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 161). Lieja, 10 de Agosto de 1864 (*Paricrisia*, 1866, 2, 35).

4 Denegada casación, 26 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 305).

mandato y el deudor pone el dinero en sus manos, hace un pago irregular, del cual es responsable; si el notario no remite el dinero al acreedor, éste podrá exigir su pago, y el comprador deberá pagar por segunda vez; salvo que ejerza un recurso contra el notario, recurso risible cuando el notario está en quiebra.

535. Alguna vez los deudores pagan al pasante del notario: ¿será considerado el pago como hecho al notario? es cuestión de hecho, porque el pasante es generalmente el mandatario de su patrón en cuyo nombre recibe los fondos que se le remiten. Si, pues, el notario tiene mandato de recibir, el pago hecho á su pasante podrá validarse, lo cual será siempre una imprudencia porque rara vez hay mandato expreso, y el mandato tácito está sujeto á oposición. (1)

Si las partes dan mandato á los pasantes del notario, ¿quién es, en este caso el verdadero mandatario, el pasante ó su patrón? Se ha juzgado que el notario, porque es él quien inspira confianza á las partes, y si la escritura menciona á los pasantes, es para facilitar las operaciones de que está encargado el notario, haciendo intervenir á los pasantes en las escrituras que interesan los mandatos. La sentencia decidió que siendo en realidad el notario el único hombre de negocios de los herederos y con facultad de obrar para el cargo y empleo del dinero, en calidad de mandatario, sustituía á los mandatarios con título. (2)

536. Hay aun otro mandato tácito, igualmente peligroso para los que pagan. El poder que nos damos de contratar por nosotros mismos, como de vender ó de alquilar alguna cosa, ¿encierra el de recibir el precio de la venta ó del alquiler? Cuestión célebre, dice Pothier; y está por la nega-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 154, nota 8, pfo. 317. Denegada gac. 19 de Enero de 1807 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 1,712).

2 Gant. 2 de Marzo de 1855 (*Rasirrista*, 1855, 2, 176).

tiva. Esta es la aplicación del principio que los mandatos son de estricta interpretación. Por ejemplo, soy mandato de vender, claro es que hecha la venta el mandato está cumplido. Viene después el cumplimiento de la venta; este es un nuevo hecho jurídico para el cual será preciso un nuevo contrato. Pothier admite, sin embargo, que las circunstancias pueden hacer admitir un mandato tácito en favor del encargado de vender. (1) De esto vienen nuevas dificultades, como para el mandato tácito que se reivindica en favor de los notarios. No debe buscarse la solución en el mandato de vender, sino en los hechos y circunstancias de la causa. Los autores han errado, nos parece, al decidir en términos generales que hay o que no hay mandato; las distinciones que hacen son hechos que el juez podrá tener en consideración para admitir que haya mandato tácito. Dejemos á un lado las distinciones de Toullier que nadie acepta. (2) Los autores modernos distinguen entre las ventas inmuebles y las muebles: en las primeras no admiten que el mandato de vender implique el de tocar el precio, mientras que lo admiten fácilmente en los otros. (3) Esto es muy absoluto. En principio, es preciso atenerse á la doctrina de Pothier, que es la única jurídica: el hecho de dar mandato de vender no supone mandato de tocar el precio en las ventas muebles ni en las inmuebles. En este sentido está la jurisprudencia.

En un mandato dado para vender un inmueble, se dijo que solo una parte del precio sería pagada al mandatario, porque sería una imprudencia por parte del adjudicatario, poner todo su dinero en manos del notario encargado de vender, habiéndose juzgado que este no estaba librado. El

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 513.

2 Toullier, t. IV, 1, pág. 14, núm. 23. Compárese Durantón, t. 12, pág. 70, núm. 51 y Demolombe, t. XXII, pág. 134, núm. 149.

3 Demolombe, t. XXVII, pág. 135, núms. 150, 151. Larombière, t. III, pág. 89, núm. 8 (Ed. B.; t. II, pág. 153).

adquirente alegó que la restricción del mandato no estaba mencionada en la escritura de los cargos. La Corte de Casación respondió que es el deudor quien debe informarse y asegurarse de la capacidad y de la extensión de los poderes del mandatario. (1)

Es costumbre, al menos en Bélgica, pagar el precio de los vinos de Francia, al agente viajero que desempeña la comisión. Es lo mejor cuando los agentes viajeros tienen mandato de vender y de recibir el precio. Mas el primer mandato no supone el segundo. Así se juzgó para las ventas hechas en Francia, y la decisión es muy jurídica. (2)

En cuanto al mandato de alquiler, se ha acordado que no dá al mandatario el derecho de recibir el precio de los arrendamientos. Sin embargo, se admite que el que alquila, puede recibir la prima que el arrendador tiene costumbre de pagar, así como el anticipo que se paga en el momento en que el contrato se hace. Se puede decir que el que tiene mandato general de administrar ó de recibir, lo tiene para recibir las rentas de los arrendamientos. (3)

III. Del efecto de los pagos hechos al que no tiene facultad de recibir.

537. Los pagos hechos á los que no tienen carácter para recibir son tan frecuentes, que se han vuelto objeto de uno de esos adagios populares que Loysel ha colecciónado: "Quien debe á Lucas y paga á Francisco, paga dos veces."

La Corte de Casación ha aplicado más de una vez este adagio, aun á las instituciones públicas que debían tener

1 Casación, 21 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,713, III).

2 Juicio del 19 de Noviembre de 1868, del tribunal de Chateaubriant (Dalloz, 1869 3, 30).

3 Duranton, t. XII, pág. 75, núm. 51. Demolombe, t. XXVII, página 137, núm. 152.

más prudencia. Sucedió que la caja de consignaciones pagó á otro en lugar del acreedor, en circunstancias bastante singulares. Un avío encalló en 1809 delante de la rada de Sidero cerca de Candia, y el capitán no reclamó ni dió señales de vida. En 1820, el cónsul de Francia La Canée, hizo poner en la caja de consignaciones por cuenta del capitán, una suma de 3,925 francos, producida de la venta de las mercancías y aparejos. Quince años más tarde, un individuo se presentó como heredero del capitán, llevando una escritura de notoriedad otorgada por un notario de París y firmada por ocho testigos. La caja se resolvió á pagar al pretendido heredero, y éste obtuvo un libramiento de relación, dado por el presidente del tribunal del Sena, autorizándolo á exigir de la caja el pago, bajo pena de ser estrechada. La caja pagó, y en 1854, el capitán que no había muerto, reclamó el reembolso de la suma que la caja había pagado á un pretendido heredero. La Corte de París hizo derecho á su reclamo. Se probó que la escritura de notoriedad había sido obtenida con ayuda de falsas declaraciones y de maniobras dolosas empleadas para hacer creer el fallecimiento del capitán. En cuanto al libramiento de relación, la corte no había ordenado más que juicio verbal y sin perjudicar el derecho en el fondo. La caja había, pues, pagado á un individuo que no tenía ningún carácter para recibir, lo hizo á sus riesgos y debió pagar segunda vez. Providencia en casación. La caja invocó el art. 1,240 que valida el pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito. Es cierto que el pago hecho al supuesto heredero era válido. Mas, ¿había supuesto heredero cuando la muerte del capitán no estaba justificada regularmente? Es una cuestión de hecho que la Corte de París cortó, decidiendo que el pago no era válido porque no había sido hecho al acreedor. (1)

1 Denegada casación, 27 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 225).

Dos personas compraron juntas un inmueble y lo poseyeron unidas durante algunos años revendiéndolo después con ganancia. ¿Tenía una de ellas mandato de recibir la cantidad perteneciente á su covendedor? Se juzgó que el comprador que pagó todo el precio á uno de los vendedores no estaba librado con respecto al otro. Se alegó en favor del comprador que había sociedad inseparable entre los dos copropietarios, y que, por consiguiente, se debía aplicar el art. 1,859, en cuyos términos los asociados se consideran como con recíproco mandato de administrar uno por otro, cuyo poder implica el de recibir. La Corte de Casación respondió que para que hubiera sociedad era preciso que se hubiese establecido que el inmueble se compraba con la mira de verificar la venta, partiendo la utilidad que resultara. A falta de esta condición, no había entre los dos poseedores más que una comunidad que no permitía aplicar el art. 1859. El pago se había hecho á quien no tenía facultad de recibir, y, por consiguiente, el comprador debía pagar otra vez. (1)

538. El art. 1,239 dice que el pago hecho al que no tiene poder del acreedor para recibir, es válido si éste lo ratifica; en cuyo caso lo aprueba, porque la ratificación se considera como mandato. (2) El art. 1,241 prevee el caso en que el pago se hace al acreedor incapaz de recibirlo, y no dice que este pago sea validado por la ratificación. En efecto, no puede tratarse en este caso de la ratificación propiamente dicha, porque el pago hecho al incapaz está viciado por la incapacidad del que lo recibe, como lo sería por la incapacidad del que lo hace, y siendo el pago nulo, es preciso aplicar los principios que rigen la nulidad; esto se cubre por la confirmación, es decir, por la renuncia al

1 Casación, 22 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 323).

2 Pothier, núm. 528. Durantón, t. XII, pág. 52. Demolombe, tomo XXVII, pág. 145, núms. 169-171. Denegada casación, 22 Término, año IX (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,718).

derecho de demandar la nulidad: la confirmación de un acto viciado por la incapacidad, no puede hacerse sino cuando esta cesa, porque el menor se hace mayor por la disolución del matrimonio de la mujer casada y por el que está sujeto á interdicción cuando esta es levantada. La confirmación podrá hacerse también durante el tiempo de la incapacidad si los que tenían derecho de recibir por el incapaz aprueban el pago.

Así el pago hecho al que no es acreedor y que no tiene ninguna facultad de recibir por el acreedor, es válido por la ratificación, en cuanto al pago hecho al acreedor incapaz, se valida por la confirmación. La diferencia entre la ratificación y la confirmación, es grande. Cuando hay lugar á ratificación, no se puede decir que el pago sea nulo, sino que no existe porque el pago exige el concurso del acreedor, y se supone que no se le ha hecho ni tampoco á alguno que tenga su poder; para que este pago exista, es preciso un nuevo consentimiento y esto es lo que se llama ratificación, pues ésta no es más que una simple manifestación de voluntad. No es lo mismo la confirmación. El pago ha sido hecho al acreedor, y, por consiguiente, existe, mas es nulo según la incapacidad del que lo recibió. Este pago dá lugar á una acción en nulidad, la cual debe intentarse en diez años, y pasado este tiempo, el pago es confirmado tácitamente. Si el pago se hace al que no es acreedor ni mandatario de éste, no existe, y el acreedor no tiene necesidad de demandar la nulidad, porque no ha intervenido y no se le puede oponer; no hay, pues, lugar á la prescripción de diez años y el acreedor puede demandar el pago en el tiempo en que su derecho no prescribe, siendo la prescripción ordinaria, de treinta años.

Hay también una diferencia entre la ratificación y la confirmación en lo que concierne á la forma. Cuando la confirmación se prueba por escrito, la escritura debe ser

redactada en las formas prescriptas por el art. 1,338; faltando estas formalidades, la escritura es nula. El artículo 1,338 no se aplica á la ratificación, bien que, por una lamentable confusión, la ley dá también el nombre de confirmación á la ratificación. Volveremos á insistir sobre todos estos puntos al tratar de las escrituras confirmativas. Por lo pronto, solo hablaremos de la ratificación propiamente dicha.

539. ¿Cuándo hay ratificación? Cuando hay aprobación de lo que hemos hecho, mas sin mandato, pues esta es una simple manifestación de voluntad sometida á los principios generales que rigen el consentimiento. La ratificación puede ser expresa ó tacita; es expresa, cuando no exige ninguna forma; si se redacta una escritura para probarla, se aplican los principios generales de la prueba literal.

No hay ninguna duda sobre estos puntos, porque es la aplicación de los principios elementales del derecho. La jurisprudencia no tiene la precisión y la claridad que fueran de desear. Se lee en las sentencias que la ratificación debe ser expresa y formal, lo que parece decir que no puede ser tacita; sin embargo, las sentencias dicen también que la ratificación debe resultar de un hecho positivo ó de una estipulación clara y formal, (1) lo que implica que la ratificación puede ser expresa ó tacita, tal es la verdad de la doctrina. La Corte de Casación la consagrando diciendo que hay suficiente ratificación cuando el acreedor reconoce el pago hecho á tercero por cuenta suya, dejándole voluntariamente la suma recibida. (2)

540. El pago hecho al que no tiene poder del acreedor para recibir es válido también si el acreedor lo aprovecha (artículo

1. Lyón, 19 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 78). Bruselas, 13 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 219).

2. Denegada casación, 12 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 104). Compárese Bruselas, 3 de Junio de 1872 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 145).

lo 1,239). Este principio se aplica igualmente al pago que recibe el acreedor incapaz, pues según el art. 1,241, el pago hecho al acreedor incapaz de recibirllo, no es válido, á menos que el deudor pruebe que la cosa pagada fué en provecho del acreedor. Bajo este concepto, no hay ninguna diferencia entre el pago hecho al que no tiene poder del acreedor para recibirllo, y el pago hecho al acreedor incapaz, porque los arts. 1,239 y 1,241 se expresan en los mismos términos: el pago es válido, dice el art. 1,238 si el acreedor lo "aprovecha;" y es válido dice el art. 1,241, cuando la cosa pagada ha "vuelto á aprovechar al acreedor." El caso de pagar al que no tiene poder para recibir no se presenta seguido, lo mas general es que la cosa pagada sea disipada por el que la recibe sin poder; mientras que el caso de pagar al acreedor incapaz, como por ejemplo, á un menor, se presenta con mas frecuencia. En esta hipótesis vamos á colocarnos.

541. ¿Por qué es nulo el pago hecho al acreedor incapaz? Porque la ley cree que no le aprovecha, pues hará mal uso de él, disipando el dinero en locuras inútiles (número 515). El motivo por el cual la ley pronuncia la nulidad del pago, viene abajo cuando la cosa pagada se aprovecha.

¿Quién debe probar que el pago aprovecha al acreedor? El art. 1,247 dice que el deudor. En principio, el pago es nulo por solo el hecho de haber sido hecho á un incapaz, y para obtener la anulación basta con que el acreedor pruebe la incapacidad de recibirllo. Si el deudor opone al acreedor que el pago le ha aprovechado, debe probar el fundamento de su excepción. Este es el derecho común.

¿Debe probar el deudor, que el acreedor aprovechó el pago en el sentido de que el provecho subsiste aún en el momento de la demanda? Así lo dice Pothier. El deudor, dice, debe justificar que el acreedor aprovechó la suma

que recibió "y que el provecho subsiste aún en el momento de la demanda." El art. 1,241 ¿debe interpretarse en el mismo sentido? Creemos que el texto y el espíritu de la ley resisten tal interpretación. La ley dice en los artículos 1,239 y 1,241, que el pago es válido cuando "aprovecha ó ha vuelto á aprovechar al acreedor." ¿De dónde resulta este provecho? Del empleo que el acreedor hace del dinero que recibió, y es preciso, pues, ver este empleo porque si el provecho resulta desde el momento en que lo recibió, es válido. En efecto, si el pago se hiciese al acreedor capaz de recibírle, tendría un empleo útil lo mismo que un pago válido procura provecho al acreedor incapaz. ¿De qué podrá quejarse si su incapacidad no le dá un privilegio? Sería un verdadero privilegio el de poder demandar la nulidad del pago porque el empleo hecho del dinero pagado, útil en principio, no es provechoso después de la demanda, siendo la pérdida para el acreedor capaz. ¿Por qué será de otro modo tratándose del acreedor incapaz? ¿Se dirá que el deudor es responsable de haberle pagado? Sin duda, mas esta falta se repara si el incapaz hace del dinero que recibió, el mismo uso que hubiera hecho una persona capaz. (1)

542 La posición del deudor es, sin embargo, muy mala porque está á merced del acreedor; quien, por el empleo que haga de la cosa pagada, puede ponerle en la necesidad de pagar otra vez. De esto se concluye que el deudor tiene derecho de exigir que el pago sea confirmado ó que la cosa pagada le sea devuelta. (2) Esto nos parece inadmisible. Desde luego el espíritu de la ley no permite que el deudor capaz alegue la incapacidad del acreedor. En cuanto al

1 Pothier, núm. 504. Colmet de Santerre, t. V, págs. 331-334, número 180 bis, II 180 bis, V. Aubry y Rau, t. V, pág. 155, nota 18, pfo. 317.

2 Mourlón, t. II, pág. 600. Colmet de Santerre, t. V, pág. 333, número 108 bis, VI. Demolombe, t. XXVII, pág. 166, núm. 199.

deudor, el pago es válido, y si es nulo, es únicamente según la incapacidad del acreedor porque éste solo puede alegar una nulidad que solo fué establecida en su favor. ¿Qué es por otra parte confirmar? Es renunciar al derecho de demandar la nulidad de un acto, la renuncia, y por consiguiente la abdicación de un derecho. ¿Se concibe que el deudor estreche indirectamente al acreedor á renunciar el derecho que á él pertenece de obrar en nulidad? ¿Qué nos importa que la posición del deudor sea mala, si es él quien se ha puesto en esta posición? Sabía que el acreedor no podía recibir el pago y le pagó, debe sufrir las consecuencias de su imprudencia. El deudor tiene, por otra parte, un medio de evitar la acción en nulidad y de validar el pago; que procure que el acreedor haga un buen uso del dinero que le dió y el pago será válido quedando el deudor libre de todo temor.

IV. Del pago hecho al poseedor del crédito.

543. El art. 1,240 está concebido así: "El pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito es válido aunque el poseedor sea embargado por la consecuencia." ¿Qué se entiende por estar "en posesión del crédito"? Es la única vez que esta expresión se encuentra en el Código civil. Hay artículos en que es cuestión de posesión de cosas muebles; tal es el art. 2,279, que establece el principio de que tratándose de muebles, se necesita título para la posesión; mas esta disposición no tiene nada de común, ni en el fondo ni en la forma, con el art. 1,240. En el art. 2,279, es cuestión de muebles corporales, mientras que el art. 1,240 habla de créditos. El principio del art. 2,279 está fundado sobre el interés general que demanda la seguridad del comercio. El interés general está fuera de causa en el art. 1,240, que solo trata del interés del deudor que paga á otra persona

en lugar de su acreedor ó del apoderado de éste. La ley supone que no es el acreedor á quien paga, puesto que éste fué despojado del crédito después de haber recibido el pago; por otro lado, la ley exige para la validez de este pago que el deudor lo haya hecho de buena fe, de donde se sigue que el deudor debe haber tenido razón para creer que aquél á quien pagaba era el acreedor, aunque no lo fuese. Estar en posesión del crédito es lo mismo que tener la facultad del acreedor, ser reputado como acreedor por los que están interesados en saber que lo es, es decir, los terceros deudores.

La interpretación á que conduce el texto está también en armonía con la tradición y con los trabajos preparatorios. Los autores del Código tomaron de Pothier la disposición del art. 1,240. Se reputa alguna vez acreedor, dice él, aquél á quien hay razón para creer como tal, aunque este sea otra persona distinta del verdadero acreedor, y el pago hecho á este acreedor "putativo" es válido, como si se hubiera hecho al verdadero acreedor. Pothier dá como ejemplo los pagos hechos al que está en buena y legítima posesión de una sucesión por los deudores de ésta, aunque no le pertenezca, porque el verdadero heredero á quien pertenece, no tiene recurso contra los deudores y el poseedor de la sucesión será quien debe darle razón de lo que recibió. (1) El heredero aparente está en posesión del crédito en el sentido que hemos dado á estas palabras; heredero aparente es al mismo tiempo acreedor aparente, y está en posesión del crédito, puesto que posee en apariencia el carácter de acreedor.

En el mismo sentido explica el art. 1,240, el orador del Gobierno y el relator del Tribunado. La equidad exige, dice Bigot-Préameneu, que el pago sea válido cuando ha-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 503.

biendo sido hecho de buena fe por el deudor que está en posesión del crédito, este deudor es considerado justamente como al verdadero acreedor; tal sería un heredero que, siendo poseedor legítimo de la sucesión, recibiera el pago de las sumas debidas, y después fuera despojado por un heredero más próximo. (1) Jaubert dá la misma aplicación, pero toma mejor el verdadero motivo de esta disposición tan singular que permite al deudor pagar válidamente al que no es acreedor. "Los terceros, dice él, son siempre el objeto especial de la atención de la ley. Un individuo es *proprietario aparente* de un crédito, y el deudor le paga de buena fe; el que recibió es, por consiguiente, despojado de su título y la deuda queda extinguida." Jaubert dá el ejemplo del heredero aparente; no sería justo, dice, que el que paga sea obligado á pagar de nuevo. (2) Así, la justicia exige que el pago sea válido, y esta justicia es el derecho del deudor. Tiene derecho de pagar su deuda, ¿á quién? Al acreedor; mas si el verdadero acreedor no se presenta, deja su lugar á un supuesto acreedor, y el deudor debe tener derecho de pagar al que puede estrecharlo á pagar. Se podrá invocar la equidad en favor del verdadero acreedor, mas el derecho responde que hay que hacerle el reproche de haber dejado usurpar su título por una persona que, ante los terceros, pasará por el verdadero propietario. ¡Qué consecuencias sufridas por esta negligencia!

544. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que el pago sea válido? Es preciso, desde luego, que el pago se haga al que está en posesión del crédito. Acabamos de explicar lo que se entiende por esto; la Corte de Casación dice que, en el sentido del art. 1240, el poseedor del crédito es aquel que es propietario aparente, y que un deudor

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 118 (LoCré, t. VI, pág. 168).

2 Jaubert, relación núm. 12 (LoCré, t. VI, pág. 207).

vigilante debe considerarse como verdadero acreedor. (1) Se vé que la cuestión de saber quien es poseedor del crédito, se reduce á una cuestión de hecho.

Hay algo de cierto, y es que no basta poseer la escritura que prueba el crédito con título auténtico ó con firma privada, para estar en posesión del crédito, porque el título no es la prueba literal de la existencia de una obligación, solo hace conocer la persona en cuyo provecho se contrajo y á quien el deudor debe pagar, á menos que haya un propietario aparente del crédito, distinto del acreedor; y como la detención del título no dá ningún derecho aparente al crédito, el art. 2,279 dice, es cierto que tratándose de muebles, se necesita título para la posesión; mas esta disposición no se refiere á los muebles incorpóreos porque la detención del título en que consta un crédito, no dá ningún derecho ni aun al detentor aparente. (2) En materia comercial hay excepción en este principio, para los "créditos al portador;" la palabra misma indica que el derecho se ejerce por el detentor del crédito. No se puede decir que esto sea una excepción, porque el que detiene un pagaré al portador, es más que poseedor aparente, es propietario del crédito. Volveremos á tratar esta materia en el derecho comercial. (3)

545. Los herederos aparentes son los que están en posesión de los créditos hereditarios, siendo en ellos en quienes el legislador pensó sobre todo. Cuando una persona está en posesión de la heredad, ejerce por sí misma los derechos que pertenecen al heredero, y puede exigir el pago de lo que se debía al difunto, es decir, que el deudor puede

1 Denegada casación, 19 de Mayo de 1858 y la relación de Bayle-Mouillard (Dalloz, 1858, 1, 2*6).

2 Larombière, t. III, pág. 94, núms. 3 y 4 del art. 1,240 (Ed. B., t. II, pág. 158). Bontiges, 31 de Agosto de 1808 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,710).

3 Véase á Maire en el *Derecho Comercial*, t. IV, págs. 17 y siguientes, núms. 2,091-2,099.

del deudor es una de las condiciones requeridas para la validez del pago, como vamos á decirlo. Se juzgó que el deudor ignoraba el ajuste porque la carta partida que lo contenía no se le había presentado. (1) No nos agrada esta manera de justificar la buena fe, porque es esencialmente una cuestión de hecho y los hechos no se establecen por vía de presunción.

547. Los autores citan también el caso en que el crédito se haya cedido. Si la cesión es regular, el cessionario es propietario; mas si es nula y la nulidad se ha pronunciado, el cessionario no será propietario, sino que estará en posesión del crédito, teniendo derecho de obligar al deudor á pagar, y éste el de hacerlo en sus manos.

Esta aplicación del art. 1,240 presenta una dificultad bastante seria. Supongamos que la escritura de cesión, es falsa si el deudor paga al cessionario ¿es válido el pago? Se enseña que es nulo, porque el deudor es quien soporta la pérdida, siendo el primer perjudicado por la falsedad, y el acreedor podrá alegar que habría descubierto la falsedad, si le hubiera presentado la escritura. (2) Esto nos parece muy dudoso, porque si un legatario posee la heredad en virtud de un testamento falso, esto no impedirá que sea heredero aparente y poseedor de los créditos hereditarios. ¿Por qué no podría ser lo mismo con un cessionario? Es cierto que es propietario aparente y que el deudor debe considerarlo así; pero el pago hecho á un mandatario portador de un falso poder, es nulo, y se pretende que hay analogía entre el falso cessionario y el falso mandatario, lo cual no es exacto porque el falso cessionario está en posesión del crédito, mientras que un falso mandatario jamás

1 Denegada casación, 19 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 286). Véanse otras decisiones en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 1.735-1.737.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 329, núm. 179 bis, III. Aubry y Rau, t. IV, pág. 155, nota 15, pfo. 317.

es poseedor; se concibe que en el caso, el falso perjudica al que es directamente víctima, y en caso de cesión falsa, el deudor puede invocar un texto, y no vemos por qué motivo se le rehusará el beneficio del art. 1,240.

548. El art. 1,240 exige que el pago se haga de buena fe, porque si el deudor sabe que está viciada la posesión aparente del que pagó, el pago es nulo. Así, pues, está en el interés de los terceros deudores que la ley valide el pago hecho al que no es acreedor; y así como podrá ser obligado á pagar, debe tener también el derecho de obligar á recibir el pago. Esto en el supuesto de que ignore que el acreedor no tiene mas que un título aparente: mas si lo sabe no tiene derecho de pagar porque tampoco él podrá ser estrechado. La ley no exige la buena fe del acreedor aparente, no es en su favor que el art. 1,240 valida el pago, y su mala fe no impide que tenga derecho de estrechar al deudor á pagar, y si es de buena fe, no dejará de cumplir su deber restituyendo lo que recibió. (1)

V. ¿A quién debe pagar el deudor en caso de embargo?

549. El art. 4242 dice: "El pago hecho por el deudor á su acreedor, en perjuicio de un embargo ó de una oposición, no es válido con respecto á los acreedores embargados ó á los que se oponen; estos si pueden, según su derecho, estrecharle á pagar de nuevo, salvo, en el caso solamente, de su recurso contra el acreedor. Esta disposición ha dado lugar á numerosas dificultades; como la materia es de procedimientos, no pertenece á nuestro trabajo y nos limitaremos á la explicacióh del art. 4242 y á los principios que se le aplican. (2) Todo acreedor puede, en

1 Durantón, t. XII, pág. 103, núm. 66. Demolombe, t. XXVII, pág. 151, núm. 180.

2 Compárese Colmet de Santerre, t. V, págs. 335 y siguientes, número 181 *bis*, I 181 *bis*, II. Aubry y Rau, t. IV, pág. 156, nota 20, pfo. 318.

virtud de títulos auténticos ó privados, embargar en manos de un tercero, las sumas y efectos pertenecientes á su deudor, ú oponerse á su remisión, (C. de proc. art. 507) de aquí el nombre de embargo ó de oposición. Los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores (C. civil, art. 2,092, ley Hip., art. 7).

Las sumas y efectos que un tercero debe al deudor, forman parte de sus bienes y, por consiguiente, de la prenda de sus acreedores, de los derechos y los créditos, así como de los bienes corporales. El art. 1166 consagra una consecuencia de este principio disponiendo que los acreedores puedan ejercer todos los derechos y acciones de un deudor, lo que se hace ordinariamente por vía de embargo. (1) El que practica el embargo se llama *embargante* y su deudor, en cuyo nombre obra, puesto que es su derecho el que ofrece, es el *embargado*; en efecto, son los derechos del deudor los que el acreedor embarga. El tercero, que es deudor del deudor, y en cuyas manos se practica el embargo, es el *tercero embargado*. es *tercero*, porque no es el deudor del acreedor embargante, sino que es tercero en cuanto á la deuda para cuya seguridad se practica el embargo; es también *embargado*, puesto que el embargo le impide pagar á su acreedor, y en este sentido el embargo es una *oposición*.

550. ¿Cuál es el efecto del embargo? El art. 1242 responde que el tercero embargado no puede pagar á su acreedor, porque el embargo es en perjuicio de los acreedores embargantes. ¿Es decir que el pago es nulo? La ley no dice eso; dice solamente que si el tercero embargado paga á su acreedor, el pago no será válido con respecto á los acreedores que se oponen, lo que implica que el pago es válido con respecto al embargado, lo cual no es nada dudoso. El embargo no destruye la liga de obligación que existe en-

1 Orleans, 3 de Julio de 1847 (Dalloz, 1849, 4, 343).

tre el acreedor y el deudor; si, pues, el deudor paga lo que debe al embargado, se libra con respecto al acreedor, y el acreedor embargante no tiene ninguna acción contra el embargado, porque éste solo recibe lo que se le debía.

El art. 1,242 dice que los embargantes pueden, según su derecho, estrechar al tercero ambargado á pagar de nuevo. Los embargantes no tienen, pues, acción mas que contra el tercero embargado; si este paga perjudicándolos, debe reparar este perjuicio, pagando otra vez. El artículo 1,242 agrega: "según su derecho," lo cual quiere decir, desde luego, que el tercero embargado no debe pagar de nueva sino en caso de que el derecho de los embargantes esté establecido; si se juzga que el embargante no es acreedor del embargado, éste no deberá, ciertamente, hacer un nuevo pago, porque no se debe pagar nada al que no es acreedor. La expresión "según su derecho" tiene aún otro significativo: si hay varios embargantes, ¿cómo los indemnizará el tercero embargado? Si la suma embargada no basta para darles á todos, se distribuirá entre ellos, según el derecho común, es decir, de una manera proporcionada á sus créditos, "según su derecho." El tercero deudor, obligado á pagar dos veces, ¿tiene recurso contra su acreedor? Según el art. 1,242 lo tiene, porque es por culpa del deudor embargado por lo que el tercero tuvo que pagar dos veces, y si éste había puesto el dinero en sus manos, los acreedores satisfechos no tendrían mas acción contra el tercero embargado, debiendo responder éste de las consecuencias de su culpa ó de su dolo. Mas el recurso que la ley dá al tercero embargado contra el embargado, será ineficaz con mucha frecuencia, puesto que el embargado es insolvente de ordinario.

551. El pago que el tercero embargado hace á su acreedor, no es nulo sino cuando perjudica á los embargantes.

Es posible que no haya ningún perjuicio. Si la deuda por la cual el embargo se hace es de 6,000 francos, y el crédito embargado es de 12,000, habrá perjuicio para los embargantes, suponiendo que el tercero embargado pague al embargado una suma de 6,000 francos, es decir, el monto de la diferencia entre el crédito del embargante y la deuda del tercero embargado. No, siempre que no haya otros acreedores embargantes; en efecto, en esta hipótesis, el crédito basta para pagar completamente al embargante y no le resulta ningún perjuicio. Mas si un segundo acreedor practica un embargo por un crédito, supongamos de 6,000 francos, el pago de la misma cantidad hecho al embargado ocasionará un perjuicio al acreedor que hizo el primer embargo. El monto de los dos créditos para cuya seguridad se hace el embargo, es de 12,000 francos, no le queda al tercero embargado mas de una suma de 6,000 francos, y estos serán distribuidos entre los dos acreedores, tocando á cada uno 3,000 francos, mientras que si el tercero embargado no hubiera pagado al embargado los 12,000 francos que debía, serían suficientes para pagar á los dos acreedores. El primero sufrió, pues, un perjuicio de 3,000 francos que debe pagarle, según el art. 1,242, salvo su recurso contra el embargado. (1) El segundo acreedor, ¿tiene una acción contra el tercero embargado?

No hay que decir que cuando su oposición es anterior al pago hecho por el tercero embargado, tendrá una acción contra él porque se encuentra en la misma situación que el primer embargante: el tercero embargado le ha causado un perjuicio y debe la reparación. Pero si el segundo embargo es posterior al pago hecho por el embargado, el acreedor embargante no puede decir que el pago ha sido hecho en perjuicio; ha embargado un crédito extinguido en parte por un pago parcial, y respecto de él, el tercero

¹ Colmat de Santerre, t. V, pág. 337, núm. 181, bis IV.

embargado tuvo el derecho de pagar, puesto que no formuló oposición, y desde entonces no pudo ya embargar más que una suma de 6,000 francos, la mitad de la deuda; la otra mitad, respecto de él, está definitivamente extinguida.

Hemos supuesto que el primer acreedor embargante viene, por contribución, con el segundo, lo que implica que el solo hecho del embargo no le dá derecho alguno exclusivo sobre el crédito embargado. Esto no es dudoso mientras no hay fallo que condene al tercero embargado á pagar en manos del embargante. El embargo es practicado en virtud del derecho de garantía que dá la ley al acreedor sobre los bienes de su deudor. Este derecho no permite al acreedor apropiarse los bienes pertenecientes á su deudor, le permite solamente oponerse al pago que el tercero embargado quisiera ó debiera hacer á su acreedor. La oposición no le dá derecho alguno exclusivo sobre el crédito, pues derecho semejante estaria en contradicción con el principio de donde se deriva la oposición; es porque los bienes del deudor son la garantía de sus acreedores, por lo que cada uno de ellos puede embargar lo que un tercero debe á su deudor; el derecho del segundo acreedor embargante es absolutamente idéntico al derecho del primero, y es, por tanto, imposible que el primero tenga un derecho sobre la cosa embargada, con exclusión del segundo. El Código de Procedimientos lo dice cuando el embargo recae sobre efectos muebles; son vendidos, en este caso, y el precio se distribuye, dice el art. 579, conforme á las reglas que el Código señala en el título "De la Distribución por contribución." Es decir, que todos los acreedores tienen en los bienes embargados un derecho igual proporcionado al importe de su crédito. Lo que se dice de los efectos muebles, se aplica también á los créditos; salvo que en este caso, no hay lugar á vender; los acreedores

ejercen directamente su derecho sobre las sumas pagadas por el tercero embargado.

552. La jurisprudencia está en este sentido; (1) pero está muy dividida sobre la cuestión de saber hasta qué momento son admitidos los acreedores á formular oposición, cuando ya se ha practicado un primer embargo. Según la doctrina de la Corte de Casación de Francia, el fallo que rivilida el embargo y ordena al tercero embargo pagar al embargante, traslada el crédito embargado al acreedor embargante, bien entendido, después que el fallo ha adquirido la fuerza de la cosa juzgada. Hay sentencias de las Cortes de apelación en sentido contrario; esta última opinión ha sido consagrada por la Corte de Casación de Bélgica y seguida por nuestras Cortes de apelación. En nuestro concepto, esta es la opinión buena.

Hay que remontarse al principio que sirve de fundamento al embargo; este es el derecho de garantía que tienen los acreedores sobre los bienes de su deudor. Cuando estos bienes no están en poder del deudor, éste tiene una acción personal ó real para reclamarlos; los acreedores pueden ejercer la acción en su nombre, dice el art. 1,166. La ley no dice que los acreedores obran personalmente en su nombre, y no puede darles este derecho. En efecto, el derecho de garantía en virtud del cual obran los acreedores, no es un derecho de propiedad; sería absurdo pretenderlo, puesto que los acreedores no tienen acción sobre estos bienes, si no porque pertenecen á su deudor, y para que estos bienes llegasen á ser la propiedad de los acreedores, se necesitaría que los embargasen y que la distribución se hiciese entre ellos. El embargo en nada cambia esta manera de proceder; el art. 597 del Código de procedimientos lo prue-

1 Bourges, 3 de Febrero de 1836 (Dalloz, palabra *Embargo*, número 427). Gand, 4 de Diciembre de 1837 (*Rascrista*, 1837, 2, 259). Bruselas, 17 de Diciembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 150).

ba. ¿Por qué, pues, el fallo es el que rivalida el embargo? Este fallo declara que el acreedor ha tenido el derecho de embargar, que el embargo es regular, y que en consecuencia, podrá ejercer sus derechos sobre los bienes embargados. ¿Es esto con exclusión de los otros acreedores? No, el juez no tiene el derecho de atribuir á un solo acreedor un bien que es la garantía de todos; después del fallo, como antes, la cosa embargada está en el patrimonio del deudor, y por tanto, puede aun ser embargada por sus acreedores. ¿Cuándo cesa el derecho de embargo? Cuando la cosa sale del patrimonio del deudor; y esta no sale de su patrimonio sino por la distribución que se hace entre los acreedores. (1)

Esta doctrina está de acuerdo con los principios que rigen la acción de los acreedores embargantes. Ellos obran en virtud del art. 1,166; y el acreedor que ejerce un derecho de su deudor, no aprovecha solo el beneficio de su acción; la cosa embargada entra en la masa común para ser distribuida con los otros bienes del deudor á sus acreedores. Si no hay otros acreedores que se presenten, no hay que decir que no puede ser cuestión de un orden ni de una distribución. La suma embargada será entonces dada al acreedor embargante en virtud del fallo que ha ordenado esta entrega. Pero hasta el momento de la entrega, la cosa continúa perteneciendo al embargado, pues esta es bien del deudor sobre el que el acreedor ejerce su derecho. La consecuencia es que todo acreedor puede formular oposición hasta entonces, y desde que hay oposición, hay también lugar á distribución. Entonces solamente es

1 País, 30 de Junio de 1826, 11 de Noviembre de 1841 y 11 de Mayo de 1842 (Dalloz, palabra *Embargo*, n.ºm. 440). Rennes, 19 de Julio de 1820, muy bien motivada (Dalloz, *ibid.*). Casación de la Corte de Casación de Bélgica, 14 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 161). Bruselas, 27 de Junio de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 90). Lieja, 7 de Julio de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 37).

cuando la suma embargada se paga al acreedor embargante y deja de pertenecer al deudor, y en consecuencia, sus acreedores, si los hay, no pueden ya embargarla, porque el derecho de garantía del art. 2,092, no dà á los acreedores el derecho en seguida.

553. La jurisprudencia francesa y sobre todo, la de la Corte de Casación, decide que el fallo que revalida un embargo con la orden del tercero embargado de pagar en manos del embargante, obra en provecho de los acreedores que lo han obtenido, una "traslación judicial" de las sumas debidas y les hace propietarios exclusivos de la suma embargada. Se concluye, que los otros acreedores del deudor embargado, nada pueden ya reclamar, ni aun formular terciería en oposición al fallo en que ellos no han sido parte. (1) La Corte de Casación admite que la cosa embargada queda en el dominio del deudor embargado hasta que el fallo haya obtenido fuerza de cosa juzgada; pero a partir de este momento, el deudor embargado deja de ser propietario: la cosa embargada llega á ser propiedad del embargante, y de ahí, la consecuencia de que los otros acreedores no pueden ya embargarla. En una sentencia más reciente, la Corte hizo una reserva. Aun cuando el fallo tuviese la fuerza de la cosa juzgada, no puede anular derechos, anteriormente adquiridos, en otros acreedores, por su oposición, no teniendo por objeto el fallo, si no "reconocer el derecho del embargante," pero no establecer sobre los derechos respectivos de diversos acreedores. (2)

Esta reserva nos parece que destruye la jurisprudencia de la Corte en su base. Las primeras sentencias afirman que el fallo produce "atribución" y "translación" al em-

1 Denegada casación, 15 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 252).

2 Denegada casación, Sala Civil, 1º de Agosto de 1849. (Daloz, 1849, 1, 287). Casación, 13 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 478). Casación, 13 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 79).

bargante; (1) es decir, que el fallo es un acto translativo de propiedad, en tanto que la última sentencia no vé más que un "reconocimiento" de los derechos del embargante. La diferencia es grande entre las dos fórmulas; en nuestro concepto, sólo la última es exacta. Negamos que el fallo produzca translación del crédito. ¿Qué es lo que el juez está llamado á decidir? ¿Su misión es "atribuir" derechos y "transladarlos" de una parte á otra? No, ciertamente; el art. 711 dice que la propiedad se transfiere por el efecto de las obligaciones, y no dice que se transfiera por efecto de los fallos. Esto es más bien crear una palabra y un derecho nuevo, que hablar de la "translación judicial." Aun cuando la venta se haga judicialmente, no es la justicia quien vende, sino el embargado que, siendo propietario, translada la cosa al adjudicatario. Cuando se venden los bienes embargados de los deudores y se distribuye entre acreedores, ¿por el fallo se translada la propiedad? Es el embargado quien paga judicialmente; es cierto, mas ¿qué importa? Es siempre un pago y éste translada la propiedad. Menos aún, puede ser cuestión de un "transporte judicial," cuando el juez valida un embargo. Ni el texto de la ley ni los principios admiten esta interpretación. Según el art. 589 del Código de Procedimientos, el embargo es seguido de la distribución, es decir, del pago, y éste el que translada la propiedad cuyo pago no puede hacerse más que por el acreedor. El "transporte judicial" es una invención de la jurisprudencia y las cortes de apelación han vacilado en pronunciar la palabra admitiendo la cosa; una dice que resulta del fallo "una especie" de cesión ó subrogación judicial; otra dice que es "una especie" de transporte. (2) Es

1 Casación, 30 de Enero de 1842 (Dalloz, palabra *Embargo*, número 445, VI).

2 Lyon, 24 de Agosto de 1827. Rennes, 24 de Marzo de 1835 (Dalloz, en la palabra *Embargo*, núm. 445, II y IV). Hay una sentencia de la Corte Nanci, muy bien motivada, en favor de esta opinión (23

tas vacilaciones, este lenguaje vago que parece retroceder ante la doctrina que consagra, atestiguan contra esta doctrina. Llama la atención que la Corte de Casación afirme que el fallo produce el translado. Mas afirmar no es probar.

554. El art. 1,242 supone que el tercero embargado paga el embargo en perjuicio de los acreedores embargantes. La ley no prevee el caso en que el tercero pague al primer acreedor embargante, á pesar de las oposiciones que existen. ¿Está librado con respecto á éstos ó debe reparar el perjuicio que causó, pagándoles lo que hubieran obtenido en una distribución hecha del dinero embargado? Si los otros acreedores formularon su embargo antes del fallo que revalidó la oposición del primer embargante, la solución no es dudosa, ni aun en la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa. El fallo que pronunció la validez del embargo no podía perjudicar á los derechos de otros acreedores embargantes, porque los derechos de todos los que han embargado son iguales, debiendo tener una parte proporcional en la suma embargada. La cuestión se presentó ante la Corte de Casación y fué decidida en ese sentido. Pretendió el tercero embargado que tenía acción de repetición contra el acreedor que había recibido más de lo que se le debía. No se admitió esta pretensión porque el acreedor solo había recibido lo que se le debía, y si el tercero embargado estaba obligado á pagar á los otros, era él quien había causado perjuicio y el que comete una falta es responsable; así, el tercero embargado no podía hacer recaer sobre el acreedor pagado las consecuencias de una culpa que se le imputaba injustamente. (1) Nos queda alguna duda sobre esta parte de la sentencia: la repetición de lo que no se debía fué admitida á pesar de la buena fe del de Agosto de 1824, *ibid.*, núm. 445, I), mas los mejores razonamientos están contra el texto del art. 2,092.

1 Denegada casación, Sala Civil, 11 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 377).

que recibió lo que no se le debía, y, en el caso, el acreedor á quien se pagó íntegramente, recibió lo que con relación á otros acreedores no se le debía, no pudiendo demandar al tercero embargado mas que por la parte que le correspondía, pues lo que se le había pagado de más había sido indebidamente. Si fué por error, había lugar á la repetición.

Núm. 5. ¿Qué cosa debe pagar el deudor?

555. El art. 1,243 dice que el acreedor no puede ser estrechado á recibir otra cosa distinta de la que se le debe, y la razón es bien sencilla porque el deudor debe cumplir su obligación, tal cual la contrajo, pagando lo que debe. De esto se sigue que el deudor no puede ofrecer á su acreedor otra cosa, aún cuando el valor de ésta sea igual ó más grande. El art. 1,243 lo dice en términos formales. Una novela derogó el rigor de los principios permitiendo al deudor de una suma de dinero que no lo tuviera, ni tampoco muebles, obligar al acreedor á recibir en pago heredades cuya estimación fuera hecha, si no quería mejoría el acreedor, proporcionarle comprador. Esta novela dice Pothier, jamás se admitió en Francia, porque viola el derecho bajo pretexto de equidad. Inútilmente se opone que el acreedor no puede tener interés en rehusar una cosa de mayor valor, porque se responderá que no es cuestión de interés, pues los intereses respectivos fueron reglamentados en el contrato, que hizo ley desde que se formuló y que, por consiguiente, el deudor no puede dispensarse de observar dando por motivo que el acreedor no podría tener interés en exigir el cumplimiento. (1)

1 Pothier, núm. 530. Bigot-Préaueneu, Exposición de motivos núm. 121 (Lothr. t. VI, pág. 170). Jaubert, Relación núm. 14 (Lothr. t. VI, pág. 208).

556. Aunque los contratos forman la ley de las partes, les es permitido revocarlas y, por consiguiente, derogarlos por mutuo consentimiento. (art. 1,134) Se sigue de esto que el acreedor puede consentir en recibir otra cosa distinta de lo que se le debe y es precisamente lo que se llama dación en pago. Por ejemplo, os debo un caballo, y consentís en recibir 1,000 francos en lugar del caballo. La dación en pago se parece á una venta; diremos en el título "de la Venta," cuales son las diferencias. Alguna vez la dación en pago se parece á un cambio. Se presentó un caso ante la Corte de Casación. El deudor debía cierta cantidad de cebada dc Saumur, y el acreedor pidió una muestra que le fué enviada, mas no de Saumur sino de Sartha, recibiéndola el acreedor sin protestar. Más tarde reclamó el comprador porque los destinatarios ingleses rehusaron recibir la cebada, fundándose en el retardo que había tenido la expedición del cargamento. Por otra parte, la repulsa de los destinatarios no dispensaba al comprador de cumplir sus obligaciones, y si la Corte relevó este hecho, fué para marcar que todas las partes se habían conformado con la cebada entregada, que equivalía á la que se había estipulado. (1)

557. El art. 1,245 deduce una consecuencia del principio establecido por el art. 1243. Se supone que se trata de la deuda de un cuerpo cierto y determinado y que se deteriora al tiempo del pago. El deudor, dice el art. 1245, queda librado ¡remitiendo la cosa en el estado en que se hallaba al tiempo de la entrega. Cuando el deudor entrega la cosa debida, cumple con la obligación que le impone el art. 1243; lo cual supone que los deterioros no pueden imputársele, porque el deudor debe conservar la cosa con el mayor cuidado (art. 1137). Dice el art. 1245: "Con tal que los deterioros que sobrevengan no los haga él ni sean

1 Denegada casación, 31 de Julio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 236).

por su *culpa*.” Se ha creido que la ley derogaría el principio general de las faltas, agregando que el deudor respondía de su *hecho*, aunque este no constituya ninguna *culpa*. Esto sería una derogación inexplicable, puesto que el artículo 1245 diría entonces lo contrario de lo que dice el art. 1137 y lo contrario de lo que dice el art. 1302 que prevee la misma hipótesis; en los términos de este último artículo, el deudor queda librado cuando el cuerpo cierto y determinado que fué objeto de la obligación, se pierde sin su *culpa*. Así, pues, el deudor no responde de la perdida total cuando no tiene ninguna *culpa*, y se quiere que responda de la perdida parcial cuando no le es imputable! Los autores del Código han copiado á Pothier, cuyo lenguaje no siempre tiene la precisión que fuera de desear. Por lo demás se puede explicar la expresión: el *hecho* ó la *culpa*; la palabra *hecho* indica una culpa cometida por omisión, y la palabra *culpa* implica falta de cuidado, de diligencia. (1) Basta con la palabra *culpa* puesto que lo comprende todo. El deudor responde alguna vez de los deterioros aunque no haya culpa personal que reprocharle; desde luego, dice el artículo 1245, cuando la cosa se ha deteriorado por culpa de las personas de las cuales el deudor es responsable. Trataremos de esta responsabilidad en el título de los *Cuasidelitos*.

De eso que la ley dice que el deudor responsable de los deterioros ocasionados de los cuales es responsable, ¿debe concluirse, como lo fundan Delvincourt y Toullier, que no responde de los deterioros causados por tercero? Nós, pues aunque es cierto que Pothier lo dice, solo lo dice como regla general; es verdad que en general el hecho de un tercero se asimila á un caso fortuito; mas, debemos responder también de los casos fortuitos cuando provienen de

1 Pothier, núm. 544. Aubry y Rau, t. IV, pág. 157, nota 4, párrafo 318. En sentido contrario, Duranton, t. IV, pág. 151, núm. 95.

nos parece dudosa, en cuanto á los convenios hechos bajo el imperio de la ley de 1,870, que tuvo por objeto conjurar una crisis inminente, cuya ley es de interés general ó de orden público, en la acepción mas extensa de la palabra, por tanto, los particulares no pueden derogarla para sus convenios. (art. 6) La Corte de Casación juzgó que aún los convenios anteriores á la ley y hechos previendo las circunstancias que se realizaron, dejan de ser obligatorias durante el tiempo de la ley que obliga á los particulares á recibir billetes de banco como moneda. Esta decisión es muy jurídica porque el derecho social es de más importancia que el derecho individual; así, pues, los particulares jamás pueden oponer sus contratos á una ley de orden público. (1) Que esto no dice que es hacer retrotraer la ley nueva, es claro; puesto que deshace los convenios anteriores, la respuesta es simple y perentoria: está en esencia de las leyes de policía y de seguridad retrotraer porque no se concibe que el derecho del Estado pudiera ser obligado por un convenio de interés privado.

561. La remisión de pagarés á la orden ó de letras de cambio ¿es un pago real? No, es solo una promesa de pago; dedonde se sigue que si la obligación es nula, el deudor puede demandar la nulidad de los pagarés sin que se le pueda oponer el pago en el caso en que este impidiera la acción de repetición. Las letras de cambio son puestas y aceptadas á la orden del que las pone, quien las transmite por endoso.

Al vencimiento, el portador demandó el pago. El que firmó opuso que las letras de cambio se han creado para pagar una deuda de Bolsa consistiendo generalmente en diferencias, es decir, una deuda de juego. Esta defensa fué negada por la Corte de París; juzgó que la acción del sus-

1 Casación, 11 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 187). Aix, 23 de Noviembre de 1881 (Dalloz, 1872, 2, 51).

criptor tendía á la repetición de lo que se había pagado satisfaciendo una deuda cuya repetición no admite la ley de ninguna manera.

La Corte de Casación casó esta decisión. Si el art. 1,967 no permite al que pierde repetir lo que ha pagado, es cuando el pago ha sido real, y la remisión de pagarés á la orden y de letras de cambio no constituye mas de una promesa de pago más tarde. El portador no puede, al trasmitir sus efectos á un tercero, cambiar la naturaleza de la obligación, y el suscriptor conserva su derecho de oponer al tercero portador, cuando éste conoce la causa de la deuda y todas las excepciones que puede oponer al primitivo portador. Por consiguiente, si está obligado á pagar á un tercero portador de buena fe, tiene derecho de apelar en juicio el primitivo portador, y de demandar con respecto á éste la nulidad de los tratos suscriptos, probando que son sin causa ó fundados en una causa ilícita. (1) No será lo mismo si la obligación se ha contraído bajo forma civil y aceptada por el que pierde; la forma, civil ó comercial, no cambia nada los principios, así la deuda es siempre una deuda de juego y no se puede decir que el que pierde la haya pagado, pues de hecho y de derecho es aun deudor. El espíritu de la ley está de acuerdo con los textos. La Corte de Casación dice muy bien que reconocer la promesa de pagar, como un equivalente al pago, es ofrecer á los apetitos desordenados y al vicio de los jugadores un medio de eludir la prohibición de la ley. El perdidoso no puede, pues, despojarse del derecho de oponer la excepción de nulidad que resulta de la causa de su obligación; si el tercero cessionario es de buena fe y el suscriptor debe pagar, tendrá su recurso contra el primitivo acreedor. (2)

1 Casación, 12 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 180).

2 Denegada casación, Sala Civil, 4 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 413). Compárese denegada casación, 4 de Noviembre

Los mismos principios reciben su aplicación en las obligaciones suscritas, no importa la forma, por causa ilícita: tales son los pagarés suscritos en provecho de una concubina como precio de un concubinato; tal sería también una renta constituida en provecho de la concubina. ¿Es de restitución lo que se ha pagado? Sobre este punto hay controversia; por otra parte, ya hemos tratado la cuestión. Lo que es cierto es que la promesa de pagar no equivale al pago; por consiguiente, el que suscribe puede demandar la nulidad. (1)

562. El deudor no puede pagar con toda clase de monedas; debe hacerse el pago en monedas de oro ó de plata, con una restricción en cuanto á las piezas de 20 y de 50 céntimos, así como las de uno y dos francos, que tienen curso legal entre particulares como moneda pequeña, hasta completar la cantidad de 50 francos por cada pago solamente. En cuanto á las monedas de cobre y de bellón, no pueden emplearse en los pagos más que por los picos de la moneda de 5 francos, es decir, hasta completar 4 francos 95 céntimos. (2)

La ley belga del 21 de Julio de 1866, contiene la misma disposición para las piezas de plata de 2 francos, de 1 franco, de 50 y de 20 céntimos (art. 5). (3) En cuanto á las piezas de cobre de 5 y de 10 céntimos, han dejado de correr legalmente desde el 10 de Marzo de 1869 (ley del 6 de Marzo de 1869). Se han reemplazado por una moneda de níquel de 5, 10 y 20 céntimos. Según los términos de la

de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 441). Angers, 24 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 211).

1. Denegada casación, 2 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 57.) Grenoble, 30 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 164). Véase el t. 16 de estos *Principios*, pág. 226, n.º 146.

2 Ley del 14 de Julio de 1866, art. 5. Decreto del 18 de Agosto de 1810.

3 La ley de 1866 aprueba el convenio monetario celebrado entre la Bélgica, la Francia, la Italia y la Confederación suiza.

ley del 20 de Diciembre de 1860 (art. 8), ninguno está obligado á aceptar en pago más de 5 francos en moneda de níquel.

563. Los pagos deben hacerse con la moneda que corre en Bélgica; la moneda que no tiene curso legal, no es considerada como tal, y por consiguiente, no debe recibirse. Esto es evidente para las monedas antiguas que han perdido su valor, lo mismo que para las monedas extranjeras, á menos que sean recibidas en Bélgica en virtud de un tratado: tal es el convenio monetario celebrado en 1866, entre la Bélgica, la Francia, la Italia y la Suiza.

¿Pueden las partes contratantes estipular que el pago se haga con moneda extranjera no siendo corriente en Bélgica? Segundo el art. 143 del Código de Comercio, esta estipulación se admite en las letras de cambio y deben pagarse en la moneda indicada. Lo mismo será en los convenios civiles, porque hay el mismo motivo para decidirlo. Los convenios concernientes á la moneda con la cual el deudor debe pagar, se hace en el interés de las partes contratantes, y los convenios tienen lugar de ley para los que los hacen, á menos que sean contrarios al orden público; y no hay nada de contrario al orden público en estipular una moneda de la cual se puede tener necesidad. (1)

Si el acreedor consiente en recibir la moneda indígena en lugar de la moneda extranjera que estipuló, podrá tener en cuenta no solamente el valor corriente de la moneda extranjera que había estipulado en el convenio, sino el valor intrínseco de esta moneda convertida en plata en Bélgica. (2)

564. ¿A qué valor se arreglarían las monedas si ha-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 159, nota 9, pfo. 318.

2 Burdeos, 26 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,755).

bido aumento ó diminución en el curso legal? El artículo 1895 establece, con respecto á eso, el principio siguiente en materia de préstamo: "La obligación que resulta de un préstamo de dinero, no es más que la suma numérica anunciada en el contrato." Esta disposición, general por su naturaleza, debía haberse colocado en el título "De las obligaciones," porque todo el mundo sabe que debe aplicarse en toda clase de convenios. El principio formulado por el art. 1,895, viene de la naturaleza misma de la moneda; es un medio de cambio. Lo que las partes tienen en cuenta, es el valor que la ley dá á la moneda, porque este valor es el precio que representan las cosas y es la cantidad y no la clase de monedas lo que tienen en consideración.

De aquí la consecuencia establecida en la segunda línea del art. 1,895: "Si ha habido aumento ó disminución de las monedas antes de la época del pago, el deudor debe devolver la suma numérica prestada y no otra suma en moneda que empiece á correr en el momento del pago." Tomamos un ejemplo de los editores de *Zachariæ*. Si una ley reduce á 4 francos 95 céntimos el valor de la moneda de 5 francos, aquel que debiera pagar después de la nueva ley una suma de 1,000 francos ¿será librado pagando 200 monedas de 5 francos, como lo habría hecho en el momento del contrato? Nô, 200 piezas de 5 francos no representan más de 1,000 francos y estaba obligado á pagar 202 y 10 céntimos. Si se supone al contrario, que al valor de la moneda de 5 francos le aumentaron 5 céntimos, el deudor de una suma de 1,000 francos, según la antigua ley, ¿debía pagar también 200 monedas de 5 francos? Nô, se libraría pagando 198 monedas y un pico de 10 céntimos; lo que, según la nueva ley, compone la suma de 1,000 francos. (1)

1 Durantón, t. XXII, pág. 141, núm. 91. Aubry y Rau, t. IV, página 199, nota 11, pfo. 318.

565. ¿Las partes pueden derogar la regla de que los pagos de sumas de dinero deben hacerse según el valor nominal de las monedas en la época en que se hacen? No; porque esta regla, dice Pothier, es de derecho público, es decir, de interés general, y las partes contratantes no pueden derogar las leyes que se hacen en interés de la sociedad (art. 6). Se alega que el art. 143 del Código de Comercio, permite estipular que el pago se haga en una moneda que no tenga curso legal donde el deudor paga su deuda. La respuesta es fácil y parentoria. Estipulando que el pago se haga en moneda extranjera, las partes no derogan, ciertamente, la ley Belga, puesto que permite hacer esta estipulación. Otra cosa sería el convenio que diera a una moneda belga un valor diferente del que la ley le atribuye, porque semejante convenio, derogaría una ley de orden público, lo que decide la cuestión. (1)

Núm. 6. ¿Cómo debe hacerse el pago?

I. Principio general.

566. En los términos del art. 1,244, "de ninguna manera puede el deudor obligar al acreedor a recibir dividido el pago de una deuda, aunque sea divisible." El artículo 1,320 formula el mismo principio. "La obligación que es susceptible de división, debe cumplirse entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible." ¿Por qué no puede el deudor dividir un pago? A esta cuestión se responde ordinariamente que el acreedor tiene interés en recibir el pago íntegro. Mala respuesta, en nuestro concepto. Podría probarse que el acreedor no puede tener ningún interés en rehusar el pago dividido, aunque pudiera, sin

1 Esta es la opinión general, salvo el disentimiento de Duranton, t. XII, pág. 145, núm. 93. (Aubry y Rau, t. IV, pág. 159, nota 12, pfo. 318. Demolombe, t. XXVII, pág. 224, núm. 299).

embargo, rehusarlo respondiendo que estaba en su derecho hacerlo, y que el interés no le importaba. Se reclama en nombre de la equidad, calificando de dureza, al acreedor opniente que no permite á un deudor afligido pagar por partes. Bajo el punto de vista moral, esto puede ser cierto, mas bajo el punto de vista jurídico, no puede invocarse la equidad contra la ley, porque el juez sería más que el legislador. Toullier dice muy bien: "La justicia debe tener una venda en los ojos para no ver consideraciones personales que con frecuencia no hacen mas de inclinar la balanza de los magistrados, quienes deben juzgar las razones y no las personas, haciéndolo según las leyes, sin reformarlas."

Esto es lo de más importancia en el principio elemental que asienta el art. 1,244; la ley permite derogar algunas veces por consideraciones de humanidad; mas es conveniente una disposición expresa para dar esta facultad al juez. Cuando la ley no dice nada, jamás podrá el juez sujetar el derecho á la equidad.

Según esto, es fácil probar que el acreedor tiene interés en el pago íntegro, como el deudor puede tenerlo en que sea dividido; estas condiciones deben discutirse al hacer el contrato; pudiendo el deudor estipular la facultad de hacer el pago por partes, y si no lo hace, reconoce por esto mismo, el interés que el acreedor tiene en recibir el pago íntegro. Si tiene siempre más interés, dice Pothier, en recibir de una vez una fuerte suma para emprender negocios, que en recibir pequeñas partidas que se gastan sin sentir, á proporción que se reciben. Es más difícil colocar pequeñas cantidades que capitales fuertes. Hé aquí por regla general el interés de todos los acreedores, y cuando son comerciantes ó industriales, pueden tener mayor interés en el pago íntegro con el cual cuentan para hacer por su parte los pagos á que se han comprometido. Se compadece al deudor; pues en el mundo de los negocios no hay acre-

dor que no sea deudor y no hay más que un sólo medio de conciliar los intereses, sostener la ley de los contratos. El que se obliga á pagar 10,000 francos debe pagarlos íntegramente para no faltar á su obligación y para no alterar el contrato pagando por partidas. (1)

567. El principio de la indivisibilidad del pago, supone que no hay mas de una deuda, un acreedor y un deudor. Al tratar de las obligaciones indivisibles y divisibles, ya hemos dicho que la deuda se divide cuando el deudor muere dejando varios herederos, lo mismo que el crédito se divide entre los herederos del acreedor, y lo mismo sería si desde el principio hubiera varios deudores no solidarios ó varios acreedores no solidarios. (2) Insistiremos en lo que hemos dicho ya.

568. El principio de la indivisibilidad del pago supone una sola deuda. Si el deudor contrae varias deudas para con su acreedor, bien está que pague cada deuda separadamente, aun cuando todas puedan exigirle, y el acreedor no podrá rehusar el pago de una de esas deudas con pretexto de que el deudor le ofrece un pago parcial, porque el deudor paga íntegramente satisfaciendo completa una de sus deudas. Como se ha dicho, el art. 1,244 establece el principio de la indivisibilidad de la deuda y no de la indivisibilidad de todas las deudas.

Este principio se aplica á los intereses y retrasos, así como todos los pagos que se hacen por anualidades, como arrendamientos y alquileres. Es preciso distinguir si el deudor tiene que pagar intereses de un capital ó si tiene que pagar anualidades. En el primer caso, los intereses son accesorios al capital y la deuda principal y la accesoria no forman mas que una sola deuda. De esto se sigue

1 Pothier, núm. 534. Toullier, t. IV, 1, pág. 73, núm. 70. Colmet de Santerre, t. V, pág. 344, núms. 183 y 183 bis. I.

2 Durantón, t. XII, pág. 128, núm. 84.

que el deudor no puede limitarse á ofrecer la suma principal, y que el acreedor no está obligado á recibirla, si no se le pagan al mismo tiempo todos los intereses que se le deben. Por la aplicación de este principio es por lo que el deudor que hace ofertas reales á su acreedor debe ofrecerle la totalidad de la suma exigible, los retrasos y los intereses que se le deben, y si ha tenido demandas, las costas liquidadas y una suma para las no liquidadas (art. 1,258, núm. 3). (1)

Cuando solo los intereses son exigibles, cada anualidad forma una deuda aparte. El deudor de varios retrasos de anualidades puede obligar al acreedor á recibir el pago de una anualidad, aunque no le ofrezca al mismo tiempo el pago de las otras. Y lo mismo es con los alquileres y arrendamientos; cada término vencido forma una deuda aparte, y el acreedor no puede rehusar un término que el deudor le ofrece, por la razón que no le ofrece todo lo vencido: cada uno de estos vencimientos constituye una deuda aparte. Pothier agrega que el acreedor no puede ser obligado á recibir las últimas anualidades antes que las precedentes y da como razón para decidirlo lo que Dumoulin dice: un pago hecho así, trastornaría las cuentas del acreedor. Esta razón no ha aparecido muy poderosa. Existe otra que es de una gravedad incontestable, y es que los intereses y alquileres prescriben á los cinco años; (art. 2,270) por consiguiente importa mucho al acreedor que sean satisfechas primero las deudas mas antiguas. La ley misma lo decide así: cuando el deudor de varias deudas hace un pago parcial sin que se haya hecho descuento por el deudor ni por el acreedor, la ley dice que el descuento se haga sobre la deuda mas antigua si todas son de igual naturaleza. Se dirá que el deudor es libre de hacer el descuento sobre la mas antigua; pero mas adelante demostraremos

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 539-534.

que no puede hacer lo que sea perjudicial al acreedor, por consiguiente no puede hacer un pago que comprometa sus derechos. (1)

569. El principio de la indivisibilidad del pago tiene excepciones en caso de compensación. Las dos deudas se extinguen de pleno derecho hasta completar sus cuotas respectivas; así pues, cuando la cuota difiere, el que permanece acreedor recibe un pago dividido, y pagándole por parte la compensación, no puede demandar el pago mas que de lo que le falta. En realidad esto no es un perjuicio hecho al derecho del acreedor, porque puede reclamar como acreedor lo que se le debe y deberá inmediatamente volver como deuda, la compensación hecha solo por evitar tradiciones inútiles.

Si el deudor de varias deudas hace un pago parcial, sin declarar cual deuda quiere satisfacer y si la entrega no contiene ningún descuento, la ley lo hace según las distinciones que explicaremos: lo hace proporcionalmente, dice el artículo 1,256, á todas las cosas iguales. El acreedor no tiene porque quejarse; recibe, es verdad, un pago parcial, mas puede rehusarlo ó imputarlo como quiera, puesto que es el acreedor quien dictó la imputación cuando el deudor no lo hace.

Hay una tercera excepción en materia de fianza. Cuando varias personas fían á un mismo deudor, gozan del beneficio de división. Esto no quiere decir que la deuda se divida entre ellas de pleno derecho, porque el art. 2,025 dice que cada una está obligada á toda la deuda; el acreedor puede demandar á cada uno de los cofiadores por la deuda entera, mas sobre esta demanda el fiador puede oponer el beneficio de división. Diremos al tratar de la "Fianza," cuáles son los efectos de esta división de la deuda (art. 2,026).

Se puede decir que las partes contratantes pueden derrogar el principio de la indivisibilidad del pago, cuyo principio no se establece mas que en interés del acreedor, y, por consiguiente, puede renunciarlo. ¿Cómo se dividirá, en este caso, el pago? Esto depende del convenio de las partes y en caso de duda el juez lo interpretará en interés del deudor, este es el derecho común (art. 1,162); mas no es el juez, en este caso, quien autoriza la división del pago; es un derecho para el deudor y no un término de gracia.

De otra manera es cuando el juez, usando del derecho que le dá el art. 1,244, concede plazos al deudor, atendiendo á su posición. Este es el plazo de gracia, última excepción al principio de la indivisibilidad del pago y la trataremos aparte.

II. Del plazo de gracia.

570. El término de gracia es una excepción al rigor de los principios: por ejemplo, el acreedor tiene derecho á un pago íntegro y el juez lo divide. En la antigua legislación la excepción amenazaba volverse regla, en el sentido de que el acreedor no podía jamás contar con el cumplimiento del contrato. La ley concedía letras de "estado" á las personas empleadas ó consideradas como tales en el servicio del "Estado;" estas letras contenían un sobreseimiento á toda demanda. Toullier dice que se acordaban con mucha frecuencia al crédito y á la intriga. Se entregaban también en nombre del rey, "letras de plazo." Se dirigían á los jueces permitiéndoles conceder al deudor un plazo razonable, que no podía exceder de cinco años. Si hemos de creer á Toullier, estas letras, siendo dadas ordinariamente á negociantes que, bajo la egida del sobreseimiento, insultaban á los desgraciados acreedores por un bajo insolente, obligándoles á tratar condiciones ruinosas.

Estaba prohibido á los jueces conceder ningún término ni plazo para pagar sino era en consecuencia de estas letras; no obstante, la orden de 1669 les permitía, cuando eran condenados á pagar alguna suma, suspender el cumplimiento de la condenación durante "tres meses" á lo más. Esta es una tercera especie del plazo de gracia. Los deudores tenían, por consiguiente, buenos medios para sustraerse á los perseguidos legítimos de sus acreedores. (1)

El antiguo régimen que los antiguos querían resucitar y que era el régimen de los abusos, fué destruido en 1,789. El rey no intervenía más que en las relaciones de interés privado para favorecer al deudor á expensas del acreedor. Sin embargo, los autores del Código Civil sostuvieron el plazo de gracia; el art. 1,244, permite al juez conceder plazos moderados al deudor, en atención á su posición, y usando de este poder con gran prudencia. (2) Importa precisar los motivos por los cuales el legislador autoriza á los jueces á derogar la ley del contrato. Después de haber establecido el principio de la indivisibilidad del pago, el orador del Gobierno agrega: "Si el deudor se encuentra, no obstante, en tales circunstancias que, por motivos de *humanidad*, y aun puede ser que en interés del acreedor, los jueces están convencidos de que, sin ocasionar perjuicio al acreedor, hacen un acto de *humanidad* concediendo plazos moderados para el pago, la ley los autoriza; mas recordándoles el respeto que deben á los contratos y advirtiéndoles que no hagan uso de este poder sino con la mayor prudencia." El relator del Tribunal expone con gran fuerza los motivos que pueden alegarse contra el pla-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 404, núms. 653 y 654.

2 Hay aún, en Bélgica una legislación especial sobre las prórrogas. Véase la *Dissertación* sobre las prórrogas de M. Alberto Callier, págs. 46 y siguientes y la ley de 18 de Abril de 1854, título IV.

zo de gracia. "Los convenios tienen lugar de ley para los que lo hacen. ¿Cómo, pues, podrán los jueces subsistir la ley por su voluntad? ¿No saben que el menor retardo puede causar los mayores males á un acreedor? Y el retardo ¿no puede poner al mismo acreedor en la imposibilidad de cumplir sus compromisos?" Es preciso que haya motivos muy graves para que el juez se interponga entre el acreedor y el deudor. Jaubert los expone con menos fuerza: "¿No es cierto que un deudor de buena fe, puede encontrarse en tales circunstancias que el retardo no pueda imputársele como crimen, y que sería una dureza excesiva del acreedor no concederle plazo? Un deudor no tiene mas que inmuebles, y notoriamente hace los mayores esfuerzos para venderlos: ¿debe sufrir todas las calamidades inherentes á la expropiación forzada en caso sobre todo que el acreedor no tenga ninguna necesidad? ¿La justicia no es también la equidad natural? ¿La *humanidad* no tiene sus derechos?" Jaubert termina diciendo que en la antigua jurisprudencia, los jueces estaban autorizados para conceder alguna cosa á la equidad. ¿"Habríamos podido cambiar en este punto la legislación de nuestro Código en que el pueblo francés quiere encontrar á cada paso la equidad al lado de la justicia?" El orador del Tribunal se expresa en el mismo sentido, invocando siempre la "humanidad" para justificar la derogación que la ley permite al juez dar al contrato. (1)

571. Hemos insistido en los únicos motivos que justifican el plazo de gracia; deciden de antemano una cuestión capital que se presenta en esta materia. Se pregunta si las partes pueden convenir en que el deudor no demande el término de gracia. La cuestión es muy controvertida, y no

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 122 (Loeré, tomo VI, pág. 169). Jauver, relación núm. 16 (Loeré, pág. 298). Mouricault, discursos, núm. 37 (Loeré, pág. 251)

vacilamos en decir que semejante convenio sería nulo. El art. 6 dispone que los particulares no pueden derogar sus convenios en las leyes que conciernen al orden público. ¿Cuáles son estas leyes? Ya hemos respondido por otra parte que se entiende por leyes de orden público, las que reglamentan el estado y la capacidad de los hombres, y en sentido más extenso, las leyes que conciernen al interés general. (1) El art. 1,244 ¿es de interés general, ó de orden público? No puede negarse en presencia de las declaraciones hechas por los autores del Código Civil: la *humanidad*, ¿no es de interés general? Inútilmente se diría que se trata del interés del deudor. Sin duda, mas se olvida que el acreedor no solo tiene interés sino derecho. Y bien, la ley sacrifica este derecho, ¿es en interés del deudor? ¿tiene un interés privado? Esto sería injustificable, porque el legislador debe respetar los derechos, y jamás sacrificarlos á un interés privado. Mas hay otra clase de interés, por mejor decir, otro derecho, el derecho de la humanidad. Este derecho es general y está sobre el derecho del acreedor permitiendo escuchar el interés del deudor.

Se opone la discusión que ha tenido lugar en el Consejo de Estado. Cambacérés pregunta si el art. 1,244 autoriza al juez á pronunciar la división del pago, aun cuando haya una estipulación contraria; á su modo de ver, es dar mucho poder á los tribunales. Regnaud abunda en esta opinión, mas la ley dá amplitud á los tribunales para modificar los convenios, menos si existe crédito. Bigot-Preameneu, orador de la sección legislativa, responde que la sección no tuvo intención de dar esta extensión al poder de los tribunados. (2) Es, pues, cierto dice Toullier, que la intención de los redactores del Código y del Consejo de

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, pág. 81, núms. 47-49.

2 Sesión del 18 de Brumario, año XII, núm. 46 (Looré, t. VI, página 91).

Estado no fué de autorizar al juez á dar un plazo al deudor haciendo á un lado la estipulación contraria que forma la ley del contrato. (1) La discusión que acabamos de analizar no tiene la importancia que se le dá. Es una simple opinión del relator de la sección legislativa; el Consejo de Estado no envió voto, solo admitió la disposición propuesta; ¿mas en qué sentido la aplica? Se ignora. Si semejante conversación pasara en nuestros salones, ciertamente no ligaría á los tribunales; y menos aún los liga tratándose de algunas palabras cambiadas en el Consejo de Estado; porque no es éste quien hace la ley, únicamente la prepara interviniendo el Tribunado y votándola después el Cuerpo legislativo. Mas en las disposiciones pronunciadas ante el Cuerpo legislativo, no hay mas interpretación que la que Bigot-Prémeneu dió al proyecto del Código Civil. A nuestro modo de ver, no basta con una opinión emitida por el consejo, porque se trataba de derogar el artículo 6, que contiene una disposición fundamental, y una excepción demanda un texto. Esto nos parece decisivo. (2) Los motivos dados por la opinión contraria, afirman la nuestra. Si la ley, dicen, hubiera querido proscribir los convenios contrarios al art. 1,244, se hubiera expresado sobre este punto, en muchos otros casos. Respondemos que la ley habló ~~asentando~~ la regla general escrita en el art. 6; no puede decirse que la ley es muda y que en su silencio debe respetarse el principio de la libertad de los convenios. La verdadera dificultad está en la interpretación del art. 6. El excelente autor que combatimos, dice que las consideraciones de humanidad que se hacen valer para justificar el plazo de gracia no se ligan demasiado estrictamente á las reglas generales y fundamentales en las cuales descansa la socie-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 408, númer. 658. Aubry y Rau, t. IV, página 164, nota 26, pfo. 319.

2 Demolombe, t. XXV, pág. 557, númer. 592, después Delvincourt y Marcadé.

dad para que se pueda ver en el art. 1,244 una disposición de orden público (1) Habría, pues, dos grados en el orden público, uno que vicia los convenios y otro que no los vicia: ¿y cómo podría ser esto cuando un orden público es suficiente para producir la nulidad? En definitiva, es abandonar al sentimiento individual de cada uno, la cuestión de saber si una disposición es ó no de orden público. Así, en el lugar del principio tenemos la más absoluta arbitrariedad. Tal es, en realidad, la práctica judicial. Una corte afirma que el art. 1,244 es de orden público (2) y otra que no lo es (3) sin agregar una palabra para motivar sus decisiones. Esto prueba que aunque se dice, se necesita un principio, una definición cualquiera de lo que se entiende por orden público, si no se discute y se decide sin motivo para hacerlo.

572. El art. 1,244 dice que los jueces pueden, en atención á la posición del deudor, conceder plazos moderados para el pago. ¿Qué es lo que la ley entiende por "posición del deudor?" En el consejo de Estado, Treilhard, miembro y á menudo orador de la sección legislativa, explica en qué espíritu debe aplicarse la disposición. Se ha supuesto, dice él, un deudor, que probando por el cuadro de su situación que es insolvente, pide un corto plazo para una parte del pago. En este caso, el juez lo condenará por la totalidad, mas graduando los términos del pago. Jauvert se expresa en el mismo sentido que el Tribunal: supone un deudor insolvente pero que no puede vender sus inmuebles. (4) En este caso los mismos acreedores tie-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 350, núm. 183 *bis*, IX. Compárese Larombiére, t. III, pág. 147, núm. 28 del art. 1,244 (Ed. B., t. II, pág. 176).

2 Colmar, 29 de Julio de 1850 (Daloz, 1852, 2, 239).

3 Burdeos, 29 de Abril de 1840 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,773, II).

4 Consejo de Estado 18 de Brumario, año XII, núm. 46 (Loeré, t. VI, pág. 01). Jauvert, Relación núm. 16 (Loeré, t. VI, pág. 208),

nen interés en que se conceda un plazo al deudor, puesto que la venta no se hace, podrá ser de tal manera desventajosa, que no sea suficiente el precio para pagarles. ¿Es preciso hacer una regla de interpretación para estas explicaciones? (1) Esto sería entender la ley en un sentido muy restrictivo: si realmente los acreedores tienen interés en conceder un plazo, ellos lo darán, sin que haya necesidad de que el juez intervenga. Si el juez es llamado a conceder un plazo, es porque hay dificultad de intereses, en cuyo caso el juez ejerce un poder absoluto. Cambacérès pregunta al consejo de Estado si la Corte de Casación puede revisar la decisión de los jueces. La negativa es tan evidente, que no comprendemos cómo se ha movido esta cuestión. La Corte de Casación de Francia, decidió que el poder del juez se deja puramente a su conciencia. La Corte concluye que el silencio del juez sobre conclusiones por las cuales se pide plazo de gracia, prueba bastante que no se creyó encontrar en la causa motivos para conceder semejante plazo, de donde se saca la consecuencia que el fallo no es nulo por falta de motivos. (2) La Corte de Casación de Bélgica decidió lo mismo. (3)

Citaremos, no como regla que deba interpretarse, sino como ejemplo, un caso que la Corte de Colmar juzgó. Había acreedores interesados en que se concediese un plazo de gracia a los deudores, y otros más exigentes y que no exponían nada porque eran los primeros que estaban inscriptos, demandaron la expropiación; y siendo generalmente despreciados los inmuebles, estaban en primer lugar en el común de los bienes que debían haberse vendido; más un incendio consumió casi todo el lugar al grado de no encon-

1 Aubry y Rau lo hacen (t. IV, pág. 163, nota 21, pfo. 319). Comparese Demolombe, t. XXV, pág. 568, núm. 599.

2 Denegada casación, 7 de Junio de 1869 (Dalloz, 1860, 1, 21).

3 Denegada casación, 24 de Diciembre de 1857 (*Pasicrisia*, 1358, 1, 58).

trarse compradores. ¿Qué resultó? La ruina cierta de los deudores y la pérdida de los créditos para los acreedores posteriores á los que demandaba. Este es el caso de conceder una prórroga que no perjudicaba á nadie, permitiendo á los deudores satisfacer á los más exigentes de sus acreedores y dando á los otros la esperanza de ver mejorada su posición cuando los inmuebles volvieran á tener su valor. (1) Este es el caso previsto por el consejo de Estado.

573. Se ha preguntado si el juez debía tener en cuenta la posición del acreedor. Según el texto nó; la ley se limita á decir que los términos deben ser moderados. ¿Podrá el juez rehusar el término de gracia porque éste arruine al acreedor? El acreedor tiene derecho al pago y el deudor está obligado á pagar; si uno y otro están en mala posición, debe tener en cuenta el derecho del acreedor; porque nunca los tribunales deben arruinar al acreedor por consideración al deudor. Es cierto que estas son hipótesis extremas; en hecho se trata de un perjuicio mas ó menos grande que resulta al deudor ó al acreedor: el juez debe conciliar los intereses y no sacrificar á uno ni á otro. En este sentido se expresan el orador del Gobierno y el relator del Tribunado (núm. 570) y la jurisprudencia está conforme. Antes de conceder al deudor un plazo, dice la Corte de Burdeos, es preciso considerar si la posición del acreedor lo permite. La Corte juzga que la posición del acreedor no permite usar, en favor del deudor, de la facultad que el art. 1,244 solo dá á los jueces (2) La Corte de Bruselas dice, que para conceder un plazo, es preciso limitarlo conciliando el interés del deudor con el del acreedor. (3)

574. El legislador ha procurado moderar el poder ab-

1 Colmar, 29 de Julio de 1850. (Daloz, 1852, 2, 238).

2 Burdeos, 30 de Agosto de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,874).

3 Bruselas, 16 de Noviembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 295).

soluto que ha tenido necesidad de conceder al juez; el artículo 1,244 debe usar de este poder con una gran reserva, no concediendo mas que plazos moderados. Estas son recomendaciones que se dejan á la conciencia del magistrado. Si el juez se deja llevar por una indulgencia, en vista de la miseria del deudor, la Corte de Apelación moderará lo que hava de excesivo en las decisiones dictadas por la compasión. Un Tribunal de 1.^a Instancia concedió un plazo de diez años al deudor, lo que equivale á hacer un nuevo contrato. Era en el año de 1816 y la invasión de la Europa armada determinó la caída del Imperio: estas circunstancias extraordinarias alteraron profundamente el crédito, proporcionando á la justicia poder inclinarse en favor del deudor. Estas son las expresiones de la Corte de Colmar; mas agrega que es evidente que concediendo los jueces diez años de plazo, traspasaron los límites que les concede la ley. (1)

En este mismo caso se pretendió que el Tribunal de 1.^a Instancia había violado el art. 1,244 concediendo varios plazos al deudor; y la Corte parece ser de esta opinión, puesto que dice que es necesario no derogar la indivisibilidad de la obligación al conceder plazos. La cuestión es saber si el juez debe sostener la obligación de pagar el total de la deuda, á menos de dar un plazo mas ó menos largo al deudor para satisfacer, ó si se puede, dividir el pago por términos. Nos parece que el texto y el espíritu de la ley deciden la dificultad en favor del deudor. El artículo 1,244 comienza por asentar el principio de la indivisibilidad del pago: aunque la deuda sea divisible, y siendo el pago indivisible entre el acreedor y el deudor, éste no puede pagar su deuda en varios abonos cuando el contrato no lo autoriza.

1 Colmar, 18 de Agosto de 1816 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,769).

Pues bien, hay en la segunda parte una excepción á esta regla, cuya excepción está indicada por la palabra "sin embargo," y si la regla es la indivisibilidad del pago, la excepción debe consagrarse la divisibilidad. El texto dice: los jueces pueden conceder los plazos moderados para el pago. Como es cuestión de un solo deudor, la palabra "plazos," empleada en plural, marca que el juez puede dar varios términos, es decir, dividir el pago. Tal es, también, el espíritu de la ley. ¿Qué quiere el legislador? Conceder al deudor un favor que le permita satisfacer á su acreedor, facilitándole el pago; y el medio de facilitarlo, es dando al deudor la facultad de pagar por términos, pues encontrándose en una situación difícil, obligarle á guardar sus economías para formar el capital de la deuda, es exponerlo á cada instante á gastarlo, es decir, ponerlo en la imposibilidad de librarse. La ley está hecha para el deudor y es preciso interpretarla en su favor. Esta es la opinión general, excepto la de Durantón. Se ha refutado lo que él dice, mas creemos inútil repetirlo, y volveremos á citar á Marcadé. (1)

576. El Código de Procedimientos limita el poder del juez disponiendo que, en ciertos casos, el deudor no pueda obtener un plazo ni gozar del que se le había concedido. En los términos del art. 124, el juez no puede conceder un plazo de gracia al deudor cuando sus bienes se han vendido por pedimento de otros acreedores; porque la venta forzada de los bienes del deudor es una prueba, casi siempre de insolvencia, y el beneficio del plazo no puede concederse al deudor insolvente; este beneficio solo se concede al deudor que solo se encuentra en una dificultad momentánea, aunque sea en sus negocios; de suerte que el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 101, nota 7. pfo. 319. En sentido contrario, Durantón, t. XII, pág. 133, núm. 88. Compárese Marcadé, tomo IV, pág. 529, núm. 1 del art. 1,244.

deudor, mediante algunas economías, pueda satisfacer á sus acreedores. Mas hay acreedores que expropian al deudor, y el juez no puede concederles plazo sin comprometer los derechos del acreedor que se verá en la imposibilidad de demandar un pago, cuando otros acreedores demandarían al deudor.

El deudor quebrado no puede obtener plazo de gracia, y pierde el que se le había otorgado; la razón es que en caso de quiebra, no hay esperanza de que el deudor pueda reponerse, y si, por excepción la suspensión de pagos no proviene mas que de una dificultad momentánea, el deudor podrá obtener una prórroga. Hagamos á un lado la materia de las prórrogas que solo concierne á los comerciantes. ¿Es preciso extender á la insolvencia lo que el artículo 124 dice de la quiebra? Bajo el punto de vista de los principios, la afirmativa no es nada dudosa, puesto que la insolvencia es el estado de ruina, mientras que el quebrado puede ser que no esté insolvente; hay, pues, un argumento *á fortiori* para rehusar al deudor civil que está insolvente, un favor que la ley rehusa ó retira al deudor comerciante que suspende sus pagos. Un tribunal de primera instancia concedió un plazo de gracia al deudor en interés bien marcado de los mismos acreedores, puesto que había todas las probabilidades de que los bienes aumentarían de valor. La decisión fué equitativa, mas contraria á la ley: fué reformada en apelación por el motivo de que el deudor arruinado no podía obtener plazo, ni gozar del que se le había otorgado, reconociendo él mismo su insolvencia. (1)

El Código de Procedimientos excluye también del beneficio del art. 1,244 al deudor contumaz. ¿Qué debe entenderse por esto, una persona es rebelde cuando se subtrae por la fuga á los perseguidos de la justicia crimi-

1 Poitier, 17 de Junio de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22).

nal? Puesto que la palabra técnica tiene un sentido legal, es preciso entenderla con este significado (Cód. de Instr., art. 465 y siguientes). (1) Cuando se pone preso al deudor queda igualmente privado del beneficio de la ley; el artículo 124 no dice si es por deudas ó infracción penal por lo que el deudor está en prisión. Puesto que la ley no distingue, no hay lugar de hacerlo. (2) En fin, el art. 124 dice que el deudor no puede obtener un plazo ni gozar del que se le había concedido, si ha disminuido las seguridades que había dado á su acreedor por el contrato: estas son las expresiones del art. 1,188; volveremos á las explicaciones que hemos dado tratando del término convencional.

Se enseña que es preciso entender esta disposición al deudor que deja pasar, sin pagar, uno de los términos que el juez le concedió. (3) Hay, es cierto, un motivo de analogía; mas, ¿esto es suficiente para las prescripciones? En nuestro concepto, no. Toullier dice, que el fallo que contra la ley del contrato divide el pago en varios términos, comprende la condición implícita si el deudor paga en cada término. Si esa es la intención del juez, es preciso que la manifieste: no conocemos otra condición implícita más que la establecida por la ley. Así, pues, es preciso atenerse al principio de que las prescripciones son de estricto derecho.

577. El Código del Comercio deroga el art. 1,244 en lo que concierne á las letras de cambio y á los pagarés á la orden; los arts. 157 y 158 prohíben al juez conceder plazo

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 164, nota 23, pfo. 319. En sentido contrario, Larombiere, t. III, pág. 152, núm. 34 del art. 1,244 (Ed. B., t. II, pág. 177), que considera como contumaz al deudor civil que se oculta.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 164, nota 24. En sentido contrario, Larombiere, t. III, pág. 152, núm. 34 (Ed. B., t. II, pág. 177).

3 Toullier, t. III, 2, pág. 418, núm. 671. Aubry y Rau, t. IV, pág. 164, nota 25. En sentido contrario, Larombiere, t. III, pág. 178, número 35 (Ed. B., t. II, pág. 178).

para el pago de un efecto negociable. Se ha juzgado que esta excepción debe aplicarse al caso en que un funcionario público firma un pagaré á la orden, pues no puede demandar que el juez divida la deuda, en el sentido de que el acreedor no pueda embargar su sueldo mas que por fracciones. (1) La excepción establecida para las letras de cambio y pagarés á orden, no se aplica á otras obligaciones comerciales. (2) El derecho común de las excepciones debe ser de estricta interpretación. Se concibe que los pagarés destinados á circular y pagaderos en día fijo, deben pagarse porque el interés del comercio lo exige. Mas cuando la obligación se limita al acreedor y al deudor, el interés del comercio no tiene nada que ver; estos créditos no difieren nada de los créditos civiles, y, por consiguiente, deben sujetarse á la misma regla.

578. El art. 1,244, ¿se aplica á los casos en que la deuda es justificada por una ejecutoria, es decir, revestida de la fórmula que ordena en nombre del rey, á todos los empleados públicos ayudar al cumplimiento forzado de la escritura? Es una cuestión muy controvertida, (3) que si se pudiera decidirla en teoría, la solución sería muy fácil. La disposición que permite al juez conceder plazos al deudor, se funda en el motivo de humanidad, y, por consiguiente, es absolutamente independiente de la forma de las escrituras que justifican el crédito. ¿Qué importa que el deudor haya subscripto una escritura legalizada? ¿Esto impide que pueda implorar la humanidad, cuando el acreedor le persigue? En pura teoría, ni aun un fallo sería obstáculo. Mas es preciso ver si las leyes admiten esta teoría.

1 Burdeos, 24 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 6).

2 Massé, *Derecho comercial*, t. IV, pág. 54, núms. 2,143, 2,144.

3 Véanse, en sentido contrario, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 165, nota 29 del pfo. 319, y por Demolombe, t. XXV, pág. 560, núm. 593, y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, núm. 1,778.

En cuanto á fallos, hemos visto una disposición formal en el Código de procedimientos. El art. 122 dice: "En los casos en que los tribunales puedan conceder plazos para el cumplimiento de sus obligaciones, lo harán por el fallo mismo que determine la oposición anunciando los motivos del plazo." ¿Cuál es el sentido de esta disposición, y en qué deroga el art. 1244? La ley supone que el acreedor persigue á su deudor judicialmente, y que este es condenado, ¿podrá pedir un plazo para el pago que hará en cumplimiento del fallo? Nó; el art. 122 dice que si hay lugar de conceder plazo, el juez debe otorgarlo en el fallo mismo por el cual condenó al deudor á pagar. Una vez dado el fallo, sin que el Tribunal haya concedido el plazo, no tiene derecho de suspender el cumplimiento; cuya decisión se funda en los principios que rigen la práctica judicial. Cuando el juez ha dado su sentencia, queda agotado su poder, ya no puede reformar ni modificar el fallo que dió. La ley determina los medios por los cuales puede ser reformada una decisión judicial: es la oposición ó la apelación, y fuera de esto el fallo es dado á las partes fijando sus derechos y sus obligaciones. ¿Se dirá que el deudor puede dirigirse á otro juez? Nó, porque la ley fija desde luego la competencia, y aun cuando el deudor pueda citar al acreedor ante otro juez, éste no tiene el derecho de reformar la decisión del primero, lo cual no se puede hacer mas que por vía de apelación. Comprendida así la disposición del art. 122, está fundada en razón. Cuando el juez condena al deudor sin haberle concedido plazo, se debe creer que la posición del deudor no es para garantizas la concesión de un plazo; pues no habría dejado de pedirlo él si su posición le permitiera invocar el art. 1244. Se dirá que su posición puede cambiar y que se debe suponer que de hecho ha cambiado, puesto que el deudor solicita un plazo. A esto se responderá que es difícil que

llegue el caso, puesto que el cumplimiento está en el fallo y para casos tan raros no se necesita derogar un principio fundamental de procedimientos (1)

El sentido que damos al art. 122 está consagrado por la jurisprudencia. Se lee en una sentencia de la corte de Colmar que evidentemente esta disposición tiene el fin de evitar procedimientos que se frustran rehusando al deudor el derecho de demandar plazos después de un fallo contradictorio provenido de la oposición. La Corte concluye que el fenecimiento de una orden por el proceso verbal del juez, no es obstáculo para que el adjudicatario obtenga un plazo para el pago de su precio; en efecto, este proceso verbal no es una decisión judicial de una cuestión entre acreedor y deudor: es cierto que el deudor no puede pedir un término, porque el juez encargado del arreglo no tiene ningún poder para concederlo, porque no está ni en el texto ni en el espíritu del art. 122 (2). Otra es la cuestión de saber si los jueces pueden conceder un plazo al deudor cuando las demandas han comenzado ya en virtud de escrituras auténticas que no son fallos.

579. ¿Qué debe decirse si el deudor es perseguido en virtud de una escritura autorizada por notario? ¿Puede demandar un plazo? El art. 1,244 parece decidir la cuestión en su favor, puesto que dá al juez un poder general sin distinguir si la deuda está justificada por escritura auténtica ó por escritura con firma privada. Mas el Código contiene aun otra disposición sobre la materia aquella del art. 2,212, que está concebida así: "Si el deudor justifica de una manera auténtica, que la renta neta y libre de sus inmuebles durante un año basta para el pago de la deuda en capital, intereses y costas, y si ofrece al acreedor la de-

1 Mourlón, t. II, pág. 606. Colmet de Santerre, t. V, pág. 347, núm. 183 bis, VI. Lerombière, t. III, pág. 148, núm. 29 del articulo 1,244 (Ed. B., t. II, pág. 176).

2 Colmar, 26 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 56).

legación, puede suspenderse la demanda por los jueces, pudiéndose entablar de nuevo si *hay alguna oposición ó obstáculo para el pago*” La ley supone que el acreedor persigue y que el deudor demanda la suspensión. ¿Cuáles son estos perseguidos? Es la expropiación forzada de los inmuebles del deudor. En efecto, el art. 2,212, está colocado bajo la rúbrica del título y del capítulo que trataba de la expropiación forzada. ¿En virtud de qué escritura puede ser expropiado el deudor? El art. 2,213 responde: “La venta forzada de los inmuebles no puede ser demandada sino en virtud de un *título auténtico y ejecutivo*.” “¿Cuáles son estos títulos? No hay mas que las escrituras autorizadas y los fallos. Así pues, en el art. 2,212 no puede ser cuestión mas que de demandas hechas en virtud de un fallo ó una escritura autorizada. Por consiguiente, el artículo se aplica en caso en que el acreedor demande contra su deudor valiéndose de una escritura autorizada; porque estas demandas tienden á la expropiación del deudor si no paga su deuda. Si tal es el sentido del artículo 2,212, es preciso decir que modifica el art. 1,244, porque la ley en este artículo, dá al juez el derecho de conceder plazos al deudor sin ninguna condición, solo que deben ser moderados; mientras que el art. 2,212 pone una condición muy severa y que pocos deudores podrán cumplir. La consecuencia es grave, pues el deudor no puede obtener plazo de gracia desde que la deuda está justificada por escritura auténtica y ejecutoria; de donde resulta que la disposición del art. 1,244 es de rara aplicación, aunque parece dar al juez un poder general é ilimitado.

No creemos que tal sea el sentido del art. 2,212, porque de ninguna manera puede admitirse que en un mismo Código una disposición abogue la otra, y es á esto á lo que conduce la interpretación que se dá al art. 2,212. Si el acreedor tiene una escritura autorizada el art. 1,244 se ha-

ce inaplicable, y si no la tiene, obtendrá un fallo, en cuyo caso también el art. 122 del Código de procedimientos se opondrá á la aplicación del art. 1,244. Nosotros decimos que el art. 2,212 entendido de esa manera, deroga el artículo 1,244, no podemos decir que lo abroga. A nuestro modo de ver el art. 1,244 permanece aplicable aun cuando el acreedor tenga una escritura autorizada y aunque entable demandas, si estas no son de expropiación forzada de los inmuebles del deudor. Que el art. 1,244 establezca una regla general, no es nada controvertible porque el artículo 2,212 no puede ser, pues, más de una excepción. ¿Cuáles son los límites de excepción? Ya hemos respondido ántes diciendo que, según el art. 2,213, las demandas de expropiación pueden tener lugar en virtud de una escritura autorizada ó bien por un fallo. Así, pues, el deudor expropiado en virtud de una escritura auténtica y ejecutoria cualquiera, no puede invocar el art. 1,244, y no le queda más que el recurso del art. 2,212. Esto quiere decir que el procedimiento de expropiación no tolera el plazo de gracia, lo que se concibe porque este procedimiento es excepcional y está sometido á reglas que le son propias; la ley fija y escalona todos los plazos sucesivos de las formalidades que hay que cumplir. La suspensión no se comprende más que en el caso en que no hay lugar de continuar la expropiación, y tales es el caso previsto por el artículo 2,212; teniendo el acreedor una garantía completa en la delegación que le es hecha de las rentas de un año no hay razón de ejecutar al deudor. Esta advertencia nos pone en la vía del motivo por el cual, en caso de expropiación, el deudor no goza mas del beneficio del art. 1,242, mas que bajo la condición rigurosa del art. 2,212. Solo los deudores insolventes se dejan expropiar, y en caso de insolvencia, el juez no puede conceder plazo al deudor.

580. La explicación que hemos dado del art. 2,212 está

lejos de ser admitida generalmente. Es cierto que restringe singularmente el art. 1,244 porque basta que el acreedor expropie al deudor para que éste no pueda invocar el beneficio del art. 1,244. Se ha tratado de restringir la excepción del art. 2,212 en los límites más estrechos. Unos dicen que el art. 2,212 deroga, no el art. 1,244, sino el artículo 122 del Código de Procedimientos, es decir, que el deudor que, por regla general, no puede obtener un plazo cuando es perseguido en virtud de un fallo, puede pedir la suspensión de las demandas de expropiación forzada, hechas en virtud de un fallo, si se encuentra en el caso previsto por el art. 2,212. (1)

Esta explicación es inadmisible: ¿cómo se pretende que el Código Civil haya derogado de antemano el Código de Procedimientos? Esto sería derogar una ley futura.

Colmet de Santerre que admite esta primera explicación, la generaliza diciendo que el art. 1,212 es aplicable en todas las hipótesis donde por excepción del art. 1,244 no puede ser invocado por el deudor; así este se encuentra en uno de esos casos previstos por el art. 124 del Código de Procedimientos, no pudiendo demandar el término de gracia; no obstante, puede invocar el art. 2,212, cuya disposición no concede un favor al deudor, porque no puede alegar más que dando al acreedor una garantía completa para seguridad de su crédito. (2)

Respondemos lo mismo que antes, que no concebimos que los autores del Código Civil hayan formulado el artículo 2,212 en vista de excepciones que no existen en dicho Código y que solo han sido consagradas por el Código de Procedimientos. Para que el art. 2,212 tenga algún sen-

1. Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 608.

2. Colmet de Santerre, t. V, pág. 348, núm. 183 bis, VII.

tido, debe ponerse en relación con el art. 1,244, el cual lleva una excepción.

581. Hay una doctrina más radical que se apoya en el art. 122 del Código de Procedimientos y que infiere que el juez no puede conceder plazo cuando hay una escritura autorizada. Se interpreta el art. 122 en el sentido de que no permite al juez conceder plazo sino cuando hay oposición entre el acreedor y el deudor; y, cuando el acreedor tiene una escritura auténtica, no hay motivo de oposición, porque el acreedor ejecuta al deudor y esta ejecución no puede ser detenida por la concesión de un plazo. (1) Ya hemos respondido antes á la objeción, exponiendo el fin del art. 122 (núm. 578). Es preciso agregar que la interpretación que se dá al Código de Procedimientos, está en oposición con el Código Civil. El art. 1,244 prevee el caso en que el acreedor persigue al deudor, lo que supone la existencia de una escritura auténtica; por consiguiente, esta escritura no impide que el deudor pueda pedir aún un plazo, (2) con tal que no sean demandas de expropiación forzada, porque en este caso le es aplicable el art. 2,212. Cualquiera otra demanda no impide al juez conceder plazo al deudor.

Se insiste en invocar un principio constitucional, la división de poderes. Es el Jefe del Poder Ejecutivo quien declarará ejecutiva la escritura; el poder judicial no puede suspender una ejecución ordenada por el Poder Ejecutivo. La Corte de Pau dá una respuesta perentoria á la objeción, diciendo que existe un poder que corresponde al rey y á los tribunales, el poder legislativo; cuando el legislador ha

1. Toullier, t. III, 2, pág. 409, núm. 660. Compárese Pau, 26 de Noviembre de 1807, y Bruselas, 14 de Noviembre de 1811 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,777). Casación, 14 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 87).

2. Burdeos, 28 de Febrero de 1814 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,778, II).

pronunciado, dá al juez el derecho de detener las demandas, aunque estas se hagan en virtud de una escritura auténtica. (1)

El Tribunal que concede un plazo por un primer fallo ¿puede conceder otro por un fallo posterior? Si el primer plazo fué concedido para el cumplimiento de un fallo, al negativa no es nada dudosa; por ejemplo, cuando el juez condena á una de las partes á daños y perjuicios y le concede un plazo para el pago, ¿puede, por un segundo fallo, darle un nuevo plazo? Nô, y este es el caso de aplicar el art. 122: el juez debe ordenar por el fallo dado sobre la oposición, y desde entonces, ha terminado su misión, no pudiendo dar un segundo fallo sobre la misma causa, porque esto sería infringir la autoridad de la cosa juzgada. El acreedor tiene derecho al cumplimiento de la condenación después de haberse vencido el plazo fijado por el juez, quien no puede alterar este derecho. (2) ¿Es lo mismo si el juez no ha tenido que decidir la oposición, no habiendo intervenido más que para determinar sobre una demanda de plazo? No lo creemos, porque es cierto siempre que el juez se ha encargado de una oposición concerniente al plazo, y él la decidió concluyendo entonces su misión. Pedirle un segundo plazo es demandar que dé un segundo fallo en el mismo asunto; atendiendo á la demanda, el juez modificaría su primera decisión alterando el fallo dado. (3)

582. ¿Cuál es el efecto del plazo de gracia? El art. 1,244 dice que el juez puede, otorgando plazos moderados para el pago, suspender la ejecución de las demandas. Así, el acreedor no puede perseguir ni obrar contra su deudor, ni

1 Pau, 12 de Junio de 1822 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,776, II).

2 Nancy, 3 de Junio de 1871 (Dalloz, 1872, 5 347).

3 Toullier, t. III, 2, pág. 409, núm. 661. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,774.

embargar sus bienes, y si ha comenzado las demandas en el momento en que el plazo se concede, debe suspenderlas hasta que el plazo espire. Entonces puede continuarlas porque el plazo de gracia no las anula, sino que únicamente las suspende, que es lo que dice el art. 1,244. "Todas las cosas quedan en el mismo estado." „Por qué la ley suspende solamente los actos de persecución hechos al acreedor? Porque no puede anularlos, puesto que el acreedor tiene derecho de hacerlos y la ley, lejos de anular las demandas hechas legítimamente, las mantiene y les dá la sanción de la autoridad pública; lo cual está en el interés mismo del deudor, porque si el acreedor comenzara de nuevo sus demandas, ocasionaría nuevas costas que serían cargadas al deudor. (1)

583. El art. 1,291 dice que el término de gracia, á diferencia del término de derecho, no es un obstáculo á la compensación; si el deudor no puede ser demandado y obligado á pagar, no es porque no pueda exigírsela la deuda, sino porque no está del momento en estado de pagar; mas si él se vuelve acreedor de su acreedor, nada más fácil para él que pagarle por vía de compensación. Así, pues, el término de gracia no puede impedir la compensación.

584. Según el art. 185 del Código de Procedimientos, el acreedor puede procurar que su derecho se conserve, porque los actos de conservación no son actos de persecución, y el acreedor ejerce su derecho, á menos que no pueda perseguir al deudor. Se pregunta si el embargo es un acto de persecución ó de conservación. Se puede decir que es uno y otro, mas basta con que tenga el carácter de persecución para que el acreedor no pueda hacerlo. El espíritu de la ley no deja ninguna duda sobre esto: quiere conceder al deudor un favor por consideraciones de humanidad, esperando que pueda restablecer sus

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 347, núm. 183 bis, V.

negocios descompuestos momentáneamente, para lo cual es preciso dejarle personalmente el arreglo de ellos, y el embargo se lo impediría ocasionándole una nueva dificultad, lo cual sería, en verdad, un mal medio de poner fin á la aficción del deudor. (1)

Núm. 7. ¿Cuándo debe hacerse el pago?

585. El contrato es el que decide esta cuestión. Si concede un término al deudor, el pago se emplaza y el deudor no puede ser obligado á pagar sino cuando este término se venga, y aun entonces puede obtener, si hay lugar, un término de gracia.

Si el convenio no concede el término, el acreedor puede exigir el cumplimiento en seguida. Cuando el deudor no paga, este retardo puede hacerse una demora en el caso y bajo las condiciones determinadas por la ley. Insistiremos en las explicaciones dadas sobre el término de la demora.

586. Si el convenio es condicional, el acreedor no tiene acción, puesto que la condición suspende todos los efectos de la obligación. No solamente no puede ser perseguido el deudor si paga, sino que podrá repetir. Volveremos á tratar de lo que se ha dicho sobre la condición.

Núm. 8. ¿Dónde debe hacerse el pago?

587. "El pago debe hacerse en el lugar designado por el convenio" (art. 1,247). ¿Se necesita una designación expresa? Se aplican los principios generales que rigen los convenios, pudiendo ser expresos ó tácitos. Los convenios expresos se encuentran con mucha frecuencia en los arrendamientos que estipulan que el pago se hará en el domicilio del acreedor. Puede haber, también, convenio tácito

1 Véase en sentido diverso, á Demolombe y á los autores que cita (t. XXV, pág. 569, núm. 603).

Se puede ver en un ejemplo, tomado de la antigua jurisprudencia. (1) Traladaremos un caso que se presentó bajo el imperio del Código civil. En este caso el pago debía hacerse en el domicilio del deudor según las reglas establecidas por el artículo 1247. Mas, en una letra que acompañaba la factura, el vendedor manifestaba el deseo de recibir el precio en Liege; el comprador se limitó á reclamar la calidad de las mercancías, y léjos de oponerse al deseo del acreedor de que los fondos se remitiesen á Liege, le dirigió los pagarés. Esta conducta del comprador, dice la Corte de Liege, probaba, ó que había un convenio anterior relativo al pago, ó que accedía al deseo del vendedor. Había, pues, convenio expreso ó tácito indicando el lugar del pago y derogando el art. 1247. Es cierto que difícilmente se admiten las derogaciones al derecho común, mas se trataba de una materia comercial y, dijo la sentencia, los convenios entre comerciantes se establecen más fácilmente que las transacciones civiles. (2)

588. En las pólizas de seguridad se aconstumbra estipular que la prima se pague en el domicilio del agente ó en la casa de la compañía, y hay de ordinario una cláusula de rigor en la cual los asegurados no se fijan, más que la compañía no deja de invocar cuando hay un siniestro, es que no debe indemnización por los siniestros ocurridos durante el tiempo en que el asegurado se retarda en pagar la prima. Tal es el derecho rigoroso; mas de hecho las compañías derogan en cuanto á que la prima se pague en casa de los asegurados. Estos, contando con este uso, no piensan cumplir la obligación que la póliza les impone, y no van a pagar á la casa de los agentes, sino que esperan á que estos se presenten en las suyas. Se declaró un incendio durante el tiempo en que el asegurado retardó le-

1 Toullier, t. IV. 1, pág. 84. núm. 93.

2 Lieja, 26 de Febrero de 1839 (*Pastericia*, 1839, pág. 36).

galmente el pago de la prima, rehusando la compañía indemnizarle. Se juzgó, y con razón, que la costumbre de la compañía había obligado el convenio y que no se podía decir que el asegurado había retardado el pago de su prima cuando sucedió el siniestro, puesto que los agentes de la compañía habían ido siempre á recibir el pago á la casa del asegurado, lo cual le hacía creer que sería lo mismo, mientras la compañía no manifestase la voluntad de atenerse al contrato, al pie de la letra, y que el asegurado recibió la advertencia de hacerlo así, después del siniestro. (1) La conducta de las compañías es torcida y los tribunales hacen muy bien enseñándoles que los contratos deben cumplirse de buena fe.

589. Se estipula que el pago se hará en la casa del acreedor; posteriormente este cambia de domicilio: ¿debe el deudor pagar en el nuevo domicilio, siéndole esto más oneroso? Pothier prevee esta dificultad y la decide en favor del deudor: el cambio de domicilio á un lugar á que no está habituado el deudor, puede serle perjudicial, y el acreedor no puede agravar la condición del deudor; sería preciso, pues, que eligiera un domicilio cerca del nuevo domicilio del agente, ó que éste indemnizara al deudor del perjuicio que le ocasiona el cambio de domicilio. La decisión de Pothier es la que se sigue por los autores modernos y está fundada en derecho y en equidad. (2)

590. Si no se ha designado el lugar por el convenio y se trata de un cuerpo cierto y determinado, el pago debe hacerse en el lugar donde está, al tiempo de la obligación, la cosa que fué objeto. ¿Por qué en este lugar mejor que en el domicilio de una de las partes? Porque dice el orador del Gobierno, se presume que esa es la intención de las

1 París, 27 de Enero de 1887 (Dalloz, en la palabra *Seguridades de arrestos*, n.º 182).

2 Pothier, n.º 549, *Domicolomb*, t. XXVII, pág. 235, n.º 278.

partes contratantes. Pothier, de quien se ha tomado esta disposición, dá un ejemplo que hará comprender el pensamiento del legislador. Yo vendo á un comerciante de vinos una cosecha, con la condición de que ha de ir á recibirla en la granja y de hacerla cargar por su cuenta en las carretas; mi obligación se limita á entregarle el vino en el lugar en que se hizo la venta. Esto supone que se trata de cosas materiales cuyo transporte ocasiona gastos, siendo al acreedor quien debe transportarlos donde quiere tenerlos y no el deudor. No se puede, pues, tomar la disposición del art. 1,247 en un sentido muy absoluto: es una interpretación que el legislador dá de la voluntad de las partes contratantes; mas si su voluntad es contraria, pueden probar que esta es su verdadera intención; su voluntad, dice Bigot-Préameneu, es ley para el lugar del pago como para lo demás. Esta es la opinión de los autores. (1)

591. El art. 1,247 agrega: "Fuera de estos casos, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor." Así puede decirse que si el convenio no dice nada, el pago debe hacerse en general en el domicilio del deudor, porque los casos en que el pago tiene por objeto un cuerpo cierto y de terminado, son poco frecuentes; generalmente se trata de una suma de dinero. ¿Por qué se hace el pago en el domicilio del deudor? Importa justificar el motivo; deduciremos en el instante las consecuencias. Se lee en el discurso del orador del Gobierno: "Si el objeto de la deuda es indeterminado, el deudor puede invocar la regla, según la cual, en el silencio del contrato ó en la duda que hace nacer, debe interpretarse de la manera menos onerosa para él" (artículo 1,162). Jaubert, el relator del Tribunal, se expresa en el mismo sentido. "Cuando no hay convenio, es el

1 Bigot-Préameneu, *Exposición de motivos*, núm. 125 (Locrè, tomo VI, pág. 169). Pothier, núm. 548. Colmet de Santerre, t. V, página 352, núm. 186 bis. Demolombe, t. XXVII, pág. 237, núms. 276-278.

deudor á quien la ley favorece y con razón. Siempre que las partes no se aplican y que es preciso interpretar, la interpretación debe hacerse en favor del deudor más bien que del acreedor, fundándose en que todo es favorable para el descargo y que el acreedor tiene la culpa de no haber arreglado las condiciones con más claridad." (1) Así, la regla del art. 1,247 no resulta de la voluntad de las partes contratantes, sino que el legislador es quien lo quiere así, favoreciendo al deudor contra el acreedor.

Las partes son libres de querer lo contrario; mas es preciso que lo digan porque si guardan silencio la interpretación se hace en favor del deudor.

592. La regla es, pues, que el acreedor debe ir á buscar la cosa á la casa del deudor, y no que el deudor la lleve á la casa del acreedor, porque la deuda no es "trasladable." ¿Qué debe decidirse si, después del contrato, el deudor ha cambiado de domicilio? ¿Es en este nuevo domicilio ó en el antiguo donde el pago debe hacerse? La cuestión es controvertida. Creemos que es en el nuevo domicilio del deudor donde el pago debe hacerse. Esta es la opinión de Pothier, lo que es de gran peso en una materia en que los autores del Código lo han tomado de guía paso á paso. El texto del art. 1,247 deja la cuestión dudosa; se puede decir que el domicilio en que debe hacerse el pago es aquel en que vive el deudor cuando la cosa debe pagarse, cuyo domicilio deben saber las partes. Esta interpretación no está en *harmonía* con el *espíritu* de la ley; porque el domicilio en la segunda parte del art. 1,247, no está designado por la voluntad de las partes; la ley es la que lo designa cuando no consta en el contrato, y no se debe considerar lo que las partes hubieron pensado, es preciso consultar la inten-

¹ Exposición de motivos, núm. 125 (Loctré t. VI, pág. 169). Jaubert, Relación núm. 17 (Loctré, t. VI, pág. 209).

ción del legislador; si este ha querido que en la duda, se designe el del deudor, esto es decisivo.

Se alega que esta decisión está en contradicción con la opinión que hemos emitido sobre una cuestión análoga, la de saber si el deudor debe pagar en el nuevo domicilio del acreedor, cuando el contrato dice que se haga así. (Número 589.) La contradicción no es mas que aparente. Cuando el pago se hace en el domicilio del acreedor, es en virtud del convenio, y para interpretar éste, es preciso consultar la intención de las partes contratantes. Al contrario, el pago se hace en el domicilio del deudor en virtud de la ley y es la intención del legislador la que decidirá; desde el momento en que hay duda, la ley se pronuncia por el deudor; en consecuencia, creemos que el deudor no debe indemnizar al acreedor del perjuicio que le resulte por el cambio de domicilio del deudor; porque, obligarlo a pagar una indemnización, sería bajo otra forma obligarlo a hacer el pago en su antiguo domicilio; lo que sería oponerse a la ley que le permite implícitamente cambiar de domicilio. (1)

593. Cuando el deudor que tiene derecho de pagar en su domicilio, hace pagos por una obligación sucesiva, en el domicilio del acreedor, ¿renuncia por esto al derecho que tiene de la ley? Se ha juzgado que este pago no implica renuncia. (2) Debe considerarse este decreto como una decisión de especie y no como una decisión de principio. Sin duda nadie piensa renunciar un derecho que le pertenece; mas los que pueden disponer de sus derechos pueden renunciar y la renuncia puede ser expresa ó tácita; y puesto que se admite para el acreedor, (núm. 588), ¿por qué no admitirla para el deudor? Naturalmente es el

1 Demolombe, t. XXVII, pág. 239, núms. 269-270. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 162, nota 15, pfo. 319. En sentido contrario, Durantón, t. XII, pág. 158, núm. 101. Compárese Larombière, t. III, pág. 168, núm. 8 (Ed. B, t. II, pág. 184).

2 Burdeos, 17 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 167).

acreedor quien tiene que probar que el deudor renunció el derecho que la ley le dá, y esta prueba será muy difícil si se pretende que hay renuncia tácita.

594. Cuando el deudor y el acreedor viven en distintos puntos y el deudor envía la suma que debe, sea por el correo, por los comisionistas, ó por el ferrocarril, resulta una cuestión de responsabilidad. Si los valores enviados se pierden, ¿quién responde del robo? Hagamos á un lado la responsabilidad de las administraciones que se encargan del envío de valores, porque está reglamentada por leyes especiales, y tratemos la cuestión entre el deudor y el acreedor. Se decidió contra el deudor en el caso siguiente, en que éste envió al acreedor sobre su demanda una suma de 12,050 francos, por el ferrocarril del Norte, á la orilla de Ham contaduría restante; el acreedor se presentó á la contaduría sacando un bulto que decía contener 12,050 francos, sin anotación, comprobación ni precaución alguna. Al volver á su casa, notó que el saco no contenía mas que pedazos de papel blanco, demandando inmediatamente un verdadero pago. El Tribunal de comercio condenó al deudor á pagar otra vez y declaró á la compañía responsable del robo. En apelación, la Corte de París sostuvo la condenación del deudor y descargó á la compañía porque el comisionista no había tomado todas las precauciones acostumbradas en los envíos de dinero. En casación la Corte confirmó la decisión, probando de hecho que la pérdida de los valores expedidos era por la imprudencia del deudor; lo que es decisivo. (1)

595. En los términos del art. 1,248, los gastos del pago son por cuenta del deudor, cuyos gastos consisten en lo que cuesta la entrega de la cosa. Volveremos al título "De la Venta," que es la base de la materia. El art. 1,247 habla, sobre todo, de los gastos de finiquito. ¿Por qué todos

1 Denegada casación, 3 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 318).

los gastos se cargan al deudor? Porque es de principio que los gastos se hagan por aquel en cuyo interés se hacen, como los gastos de finiquito, timbres y honorarios del notario. En cuanto á los gastos de entrega, el deudor, que está obligado á hacerla, debe pagar los gastos que ocasiona.

596. En Francia, la caja de consignaciones pretende que los antiguos decretos y usos, le dán el derecho de exigir carta de pago autorizada á los gastos del acreedor. La Corte de Casación negó estas pretensiones. El decreto de 23 de Diciembre de 1,611, que la caja invoca, no dice lo que se le hace decir, y en cuanto al uso, dice la Corte, no es fuerza de ley. Hay una respuesta más simple quedar y es que el antiguo derecho está abolido y que la materia del pago y de los gastos á que este dá lugar, están reglamentados por el Código, (1) y un uso nuevo no puede derogar la ley.

§ II.—EFECTO DEL PAGO.

597. La ley no dice cual es el efecto del pago ni tiene necesidad de decirlo; porque todo el mundo sabe que es una extinción de las obligaciones, y la más natural de todas puesto que consiste en el cumplimiento de la obligación, y cuando se cumple ya no hay deuda. Más, aunque el principio sea simple, no sucede lo mismo con las consecuencias que trae.

Un primer punto ha dado lugar á dificultad. ¿Puede el deudor exigir que el acreedor le remita el título en que consta el crédito? La Corte de Casación admitió este derecho que no es dudoso: el deudor, dice, puede reclamar á su acreedor, en cambio de la suma pagada, el título, cualquiera que sea, en que consta el crédito; porque el acreedor no tiene, en general, ningún interés en guardarlo, mien-

1 Ley del 30 Ventoso, año XII, art 7 (t. I de estos *Principios*, página 31, núm. 25).

tras que el deudor sí está muy interesado en poseerlo, puesto que puede perder la carta de pago¹, lo que permitiría al acreedor abusar reclamando el pago otra vez. Decimos que en general el acreedor tampoco está interesado; puede sin embargo estarlo en conservar un título en que constan las obligaciones que él tiene con respecto al deudor; tal sería el caso en que el deudor hubiera sido condenado á los gastos sobre una acción de rendición de cuenta; el título es de descargo tanto para el acreedor como para el deudor, puesto que libra al acreedor de una nueva demanda, y siendo el interés igual, no puede el deudor exigir que el acreedor se desprenda de un título que puede necesitar. (1)

Es preciso que el interés del acreedor sea jurídico, es decir, un interés pecuniario, porque un interés moral no basta para contrabalancear el interés bastante positivo del deudor. Las partes revisten algunas veces sus pasiones con el nombre de interés moral. Por ejemplo, una persona fué condenada, por una carta injuriosa, á los gastos de todos los daños y perjuicios, cuyos gastos se tasaron en 70 francos 15 céntimos. El demandante dió mandato á la parte condenada, de pagar dichos gastos; éste respondió por ofertas reales, por el demandante con cargo de remitir al demandado la sumaria del fallo. Rehusó después remitirla y fué demandado para hacer efectivas las ofertas, con 2,000 francos de daños y perjuicios, más 10 francos por cada dia de retardo en la remisión de la sumaria. El debate fué llevado en apelación, y la Corte juzgó que el deudor puede, pagando, exigir el título; si se admite una excepción á esta regla, es cuando el acreedor justifica que tiene un interés poderoso en conservar el título; mas en el caso no era tal la situación del acreedor; para el interés

1 Denegada casación, Sala Civil, 7 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, I, 119). Aubry y Rau, t. IV, pág. 166, nota 6, pfo. 320.

moral, bastante insignificante que invocaba, no había necesidad de la sumaria del fallo, y bien podía suplirse por una copia. (1)

598. El principio de que puede el deudor, pagando, reclamar el título, tiene excepción para el deudor que es el que paga, en virtud de una transacción, una parte de lo que debe, habiéndosele hecho remisión de la otra parte, en este caso no hay, en realidad, ningún interés en los títulos, porque la transacción establece el monto de su deuda, y la carta de pago prueba que la pagó. ¿Se dirá que el título tiene por objeto poner al deudor al abrigo de una nueva acción contra la cual no podrá desedenderse si pierde el título? El acreedor puede responder á esta objeción, consintiendo en inscribir, en presencia del deudor, una mención del pago sobre el título, además de la carta de pago. Esta oferta desinteresará completamente al deudor, y sin pretensiones al título; dice bien la Corte de París, no tiene, en realidad, más objeto que aparentar un pago íntegro de su deuda á un pago que, aunque descargante, no es más que parcial, y solo el pago íntegro autoriza la remisión del título. Queda una deuda natural ó á cargo del deudor quebrado, y cuando la haya satisfecho podrá reclamar la restitución de la escritura. (2)

599. El pago extingue la deuda cuando es íntegro. ¿Qué sucederá si el deudor que tiene varias deudas hace un pago parcial? Es preciso descontar ese pago sobre una de las deudas. ¿Y quién hará el descuento, el deudor ó el acreedor? El Código marca sobre el descuento reglas que vamos á exponer.

El pago puede hacerse con subrogación. ¿En qué casos hay subrogación, y cuáles son sus efectos? Expondremos

1 Angers, 12 de Abril de 1866 (Daloz, 1866, 2, 111).

2 París, 2 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1866, 5, 341). Fallo del Tribunal de Comercio del Sena, 27 de Febrero de 1865 (Daloz, 1868, 3, 56).

los principios que rigen esta difícil materia después de haber tratado del descuento.

ARTICULO 2.

Del desuento de los pagos.

§ 1. —*CUANDO HAY LUGAR A DESCUENTO?*

600. Hay lugar á descuento cuando el deudor de **varias** deudas hace un pago parcial en el sentido de que no basta para satisfacer todo lo que debe. (art. 1153) La condición esencial para que haya lugar á descuento, es que existan **varias** deudas á cargo del deudor que hace un pago parcial. Si no hay mas que una deuda no se puede descontar; porque el pago parcial, si el acreedor consiente en recibarlo, producirá una extinción parcial de la deuda, lo cual es una deducción y no un descuento. Es difícil decidir algunas veces si hay una sola deuda ó si son varias, lo que sucede cuando una deuda tiene varios dueños. Si las diversas deudas proceden de una misma causa, no habrá mas que una sola deuda, aunque los diversos elementos de ésta estén sujetos á diferentes reglas. Tal es la obligación del vendedor procedente de la evicción. Según el art. 1630, esta deuda se compone, primero de la restitución del precio, segundo de la de los frutos viniendo al caso, tercero de las cortes y cuarto de los daños y perjuicios así como de los gastos del contrato.

En un caso juzgado por la Corte de Grenoble, el vendedor pretendía que esos diversos elementos de su obligación constituyan otras tantas deudas diferentes; demandando, en consecuencia, que se le aplicaran las reglas que el artículo 1,256 establece sobre el descuento legal, es decir, que los pagos parciales hechos por él fuesen descontados sobre el precio productivo de intereses en virtud de la ley, (ar-

título 1,652) mientras que los daños y perjuicios no podían producir intereses más que por una demanda judicial. La dificultad de la solución dependía de saber si había varias deudas diferentes, ó si los diversos elementos de la deuda provenían de la evicción formando una misma deuda. En este último sentido se decidió la cuestión por la Corte de Grenoble. Es cierto que las diversas obligaciones enumeradas por el art. 1633 reconocen una misma causa, la garantía de que el vendedor es responsable en caso de evicción: poco importa que la ley detalle los diversos dueños de que se compone esta deuda, y poco importa también, que estos se hayan regido por diferentes principios, no es por esto menos cierto, que el comprador no tiene mas que un solo crédito contra el vendedor; éste debe trasladarle la propiedad, si no es responsable de las reparaciones determinadas por el art. 1,633, que todos tienen lugar á la obligación principal y única del vendedor. Se sigue, que siendo una sola la deuda del vendedor el acreedor podrá rehusar un pago parcial, y si lo acepta puede no hacerlo mas que bajo la condición de rebajar lo que recibió de lo que se le debía por daños y perjuicios, costas, gastos ó restitución de frutos, de manera que no siéndole restituido el precio, continuará causando intereses. Esto no es un descuento, porque si se tratase de eso, el vendedor, que es deudor, tendría el derecho de sugerir el descuento, y lejos de esto, el comprador, que es el acreedor, podría rehuarse á recibir el pago parcial que el vendedor le ofrece. Se trata, pues, de un acreedor que consiente en recibir un pago parcial con la condición de deducirlo, como entiende, de tal ó cual elemento que compone su crédito. (1)

601. No basta con que haya varias deudas, es preciso también que sean de cosas materiales y de la misma clase, porque cuando las deudas tienen por objeto cuerpos

1 Grenoble, 22 de Marzo de 1849. (Dalloz, 1852, 2, 120).

ciertos, no puede ser cuestión de un pago parcial que se descuenta una de la otra, de estas deudas. El descuento sería también imposible cuando las deudas tuvieran por objeto cosas materiales, si fuera de distintas especies; pudiéndose decir que no es posible descontar un pago de trigo sobre una deuda de vino, porque el deudor no puede pagar una cosa que no dabe. (1)

602. El acreedor puede rehusar un pago parcial cuando se trata de varias deudas, ó bien cuando se trata de una sola. Este derecho del acreedor restringe singularmente la aplicación de las reglas que la ley establece sobre el derecho de descuento. La primera de estas reglas dá al deudor el derecho de dictar el descuento (art. 1253). Es decir, que si yo doy 1000 francos á Pedro por venta y 500 francos como préstamo, ¿puedo descontar esta suma sobre la deuda de 1000 francos? Nó, porque esto sería ofrecer un pago parcial, y no puedo obligar al acreedor á recibir en parte el pago de lo que le debo; (art. 1255) por consiguiente, el acreedor puede rehusar mi oferta y, si acepta, puede poner por condición hacerse él mismo un descuento. (2)

§ II. DEL DESCUENTO HECHO POR EL DEUDOR.

603. "El deudor de varias deudas tiene el derecho de declarar, cuando paga, cuál deuda quiere satisfacer." (artículo 1244) ¿Por qué es, en principio, el deudor quien debe dictar el descuento? Porque el descuento supone que las deudas son de cosas materiales, es decir, de cosas indeterminadas y la propiedad de esas cosas no se traslada si no al tiempo del pago, pues siendo el deudor propietario de las cosas que dá al acreedor para librarse, puede po-

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 390, núm. 190 bis III.

2 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 390, núm. 190, bis, II.

ner la condición que le parezca para la enagenación de lo que le pertenece, y tiene derecho de decir que paga bajo condición de que el pago sirva para extinguir tal ó cual deuda. (1)

604. Este motivo, que se dá para justificar la regla fundamental del descuento, es muy absoluto. Conduciría á la consecuencia de que el deudor puede hacer, siempre, descuento como quiere, si fuera cierto que el deudor tiene este derecho; mas el art. 1,254 prueba lo contrario. Cuando se dice que el deudor debe dictar las condiciones del pago que hace, se olvida que el pago no es un hecho unilateral, porque el deudor hace ofertas, y el acreedor tiene derecho de aceptarlas ó de rehuzarlas; por consiguiente, se necesita el consentimiento del acreedor para que haya pago; es decir, que no se debe considerar únicamente el derecho y los intereses del deudor al hacer el pago, sino que también deben tenerse en cuenta el derecho y los intereses del acreedor. Después de todo, el deudor cumple una obligación pagando, y esta obligación es un derecho para el acreedor.

Cuando el deudor no puede cumplir su obligación como quiere, está obligado y debe respetar el derecho del acreedor. No se puede tomar al pie de la letra la disposición del art. 1,253, porque el derecho que dá al deudor no es absoluto, sino que está limitado por el derecho del acreedor. El orador del Gobierno hace esa apreciación. La ley romana dice: *Possunno certam legem dicere ei quod solvimus.* Esta expresión *certam legem* indica que el deudor no debe, usando de su derecho, causar un perjuicio á su acreedor. La ley aplica el principio en el caso previsto por el art. 1,254. Yo tengo una deuda que produce intereses ó rentas, y hago un pago insuficiente para satisfacer el capital y los intereses: ¿puedo descontar este pago par-

¹ Durantón, t. XII, pág. 314, núm. 190.

cial sobre el capital, de preferencia á los daños y perjuicios? Nô, dice el art. 1,254. El deudor no puede, sin consentimiento del acreedor, descontar, de preferencia sobre el capital, el pago que hace. ¿Por quê? Porque con esto perjudicaría al acreedor, dice Bigot-Preameneu; porque el acreedor ha debido contar con que los intereses ó rentas le serán pagados ántes que se le pueda devolver el capital. Hay una razón más decisiva; cuando el pago es insuficiente para reembolzar el capital, el acreedor tiene derecho de rehusarlo, puesto que no puede ser obligado á recibir un pago parcial. El interés del deudor de pagar una parte del capital no puede ponerse sobre el derecho del acreedor de recibir el reembolso entero de su crédito. Aun en el caso en que el deudor quisiera pagar el capital entero, más sin comprender en el pago los intereses ó las rentas vencidas, el acreedor podría exigir que el descuento se hiciese, desde luego, sobre estos intereses ó rentas. Es lo que dice el fin del art. 1,254. "El pago hecho sobre el capital é intereses se descuenta, desde luego, sobre los intereses." En esta hipótesis, el interés del deudor está en competencia con el del acreedor; porque el deudor está interesado en pagar el capital para que los intereses dejen de correr; mientras que el acreedor, por el contrario, tiene interés, ante todo, en que el deudor pague los intereses, porque estos prescriben á los cinco años, (art. 2,277) y está interesado también en que la deuda capital subsista para gozar de los intereses y rentas que produce, atendiendo á que se le dificulte, tal vez, colocar de nuevo su capital. La ley favorece al acreedor contra el deudor.

Tal fué la intención de las partes contratantes; el deudor se obligó á pagar los intereses y rentas á proporción y á medida de su vencimiento, cuya obligación comenzó á cumplir antes de reembolsar el capital. Debe uno cumplir sus obligaciones antes de ejercer sus derechos, el acreedor

podrá forzar al deudor á pagar los intereses porque el derecho es para él y el deudor no puede anteponer á este su propia conveniencia. (1)

605. De esto se sigue que no se debe considerar el artículo 1,254 como una disposición excepcional. Si hubiera excepción, se podría restringirla al caso preciso previsto por la ley; mientras que se puede aplicar por analogía si el límite que tiene al derecho del deudor resulta de la naturaleza misma del descuento. El descuento es un pago y este jamás debe perjudicar al acreedor. Más lejos veremos una aplicación de este principio. Hay aplicaciones que no son dudosas. El deudor quiere descontar el pago sobre una deuda á término, ¿Podrá hacerlo? Sí, siempre que el término se haya estipulado en su interés, y es libre de renunciar, por consiguiente, si la deuda se hace exigible, lo que decide la cuestión. Mas si el término se estipuló en interés del acreedor, el deudor no puede descontar el pago que hace sobre la deuda, porque es un derecho para el acreedor no recibir el pago sino al vencimiento, y el deudor no puede privarlo de este derecho. Con mas razón, el deudor no puede descontar el pago sobre una deuda condicional, porque el acreedor no puede ser responsable de recibir lo que no se le debe, y la deuda condicional no existe en el sentido de que no produce ningún efecto en tanto que la condición está en suspenso; porque el acreedor no puede exigir el pago, ni el deudor puede obligar al acreedor á recibarlo. (2)

606. Pothier dice que la regla por la cual debe hacerse el descuento sobre los intereses, antes que sobre el principal, no tiene lugar para los intereses debidos por un deudor, como pena de su demora, el día de la demanda judi-

1 Bigot_Preamenue, Exposición de motivos, núm. 131. (Loiré, t. VI, pág. 171).

2 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 390, núm. 198, bis, II.

cial. Estos intereses, dice, se adjudican como daños y perjuicios y forman una deuda distinta de la principal. ¿Debe seguirse esta opinión bajo el imperio del Código civil y decidir que el deudor puede descontar el pago que hizo sobre los intereses moratorios, ó sobre el capital, según le plazca? Si estuviera ligado por los términos del art. 1,254 podría responderse que esta disposición no es aplicable á los intereses moratorios. En efecto, la ley habla de una deuda que "tiene interés," es decir, de una deuda por la cual los intereses se deben en virtud de un convenio ó de una ley y no se puede decir de una deuda que no produce interés en virtud de la ley, ni por un contrato, que tenga interés. Mas en nuestra opinión, el texto del art. 1,254 no es decisivo, es preciso desviarlo para consultar el espíritu de la ley. El principio es que el deudor no puede hacer un descuento si perjudica á los derechos del acreedor.

Falta saber si el acreedor tiene derecho de recibir los intereses moratorios antes del capital. Son estas dos deudas, diferentes, como dice Pothier, y no vemos en qué podrá estar interesado el acreedor en recibir los intereses antes del capital. El art. 2,277 no se aplica á los intereses moratorios, quedando en el derecho común que permite al deudor dictar el descuento. (1)

607. Para que el descuento se haga sobre los intereses como lo dice el art. 1,254, es preciso que sean exigibles. Esto es evidente, porque descontar es pagar, y, ni la ley ni el acreedor pueden exigir que el deudor pague lo que no debe. ¿Se necesita que los intereses se liquiden? Sobre este punto hay controversia. Nos parece que la cuestión debe decidirse en el mismo sentido y por el mismo motivo. Sin duda al acreedor puede demandar al deudor por inte-

1 Pothier, núm. 571, Durantón, t. XII, pág. 317, núm. 192. Marcadé, t. IV, pág. 552, art. 1,254, núm. III. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 166, nota 4, pfo. 320, y los autores citados.

reses que no sean liquidados, mas es cierto también que el deudor no puede ser obligado á pagar hasta el momento en que su deuda sea saneada. Si no puede ser obligado á pagar, la consecuencia es que no puede nada más ser obligado á descontar. (1)

608. ¿Es aplicable el art. 1,254 cuando existen varias deudas que producen los mismos intereses? ¿El descuento deberá hacerse indistintamente sobre el interés de todas estas deudas? Un acreedor de una contribución por una suma total compuesta de varios créditos, tomó un dividendo en la distribución cerrada por medio de un reglamento amistoso. ¿El pago parcial debe descontarse sobre los intereses de todos los créditos? La cuestión se presentó ante la Corte de Casación en un caso en que el deudor tenía mucho interés en hacer el descuento sobre el capital de una de las deudas: era este un precio de venta, y el vendedor demandaba la resolución por falta de pago del precio. En estas circunstancias fué que la cuestión de descuento se promovió. Si el pago debía descontarse sobre los intereses en virtud del art. 1,254, el precio se debía aún, y el vendedor podía obrar en resolución. Si, al contrario, el deudor podía hacer el descuento sobre el capital del crédito autorizado de una acción resolutoria, el precio estaba pagado y la resolución se hacía imposible. El Tribunal de 1.^ª Instancia aplicó el artículo descontando el pago sobre los intereses de todas las deudas; en apelación se juzgó que el art. 1,254 no era aplicable, porque supone la existencia de una sola deuda compuesta de un capital y de intereses, y en el caso había varias deudas.

Se trataba, pues, de saber si el art. 1,254 era de estricta interpretación, ó si el principio no es más que de una apli-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 166, nota 6. pfo. 320. Larombière, tomo III, pág. 426, núm. 3, del art. 1,254. (Ed. B., t. II, pág. 277) En sentido contrario, Massé *Derecho comercial*, t. IV, pág. 76, número 2,472.

cación general. Ya hemos respondido antes (núm. 605) á esta cuestión que fué decidida en el mismo sentido por la Corte de Casación. Parte del principio que el ejercicio del derecho del descuento, deja la por la ley al deudor, jamás puede perjudicar al acreedor. Se concluye que el acreedor no puede ser obligado á recibir su capital antes que el deudor haya pagado intereses ó rentas juzgadas de necesidad para su subsistencia. Poco importa que el art. 1,254 suponga un solo crédito provenido de intereses, porque esta disposición no es más que la aplicación al caso más ordinario de un principio absoluto; generalmente rige todos los casos análogos. (1)

609. ¿Es aplicable el art. 1,254 en caso de quiebra? Según el art. 4,445 del Código de Comercio, el fisco que declara la quiebra, detiene, con respecto á la masa, el curso de los intereses de todo crédito no garantizado por un privilegio, por una fianza ó por una hipoteca; el mismo artículo dispone que los intereses de los créditos garantizados no pueden reclamarse mas que sobre las sumas que provienen de los bienes hipotecados al privilegio, á la fianza ó á la hipoteca. Se supone que un crédito hipotecario no se paga íntegramente en capital y en intereses sobre el precio del inmueble gravado. ¿Por qué el pago parcial hecho al acreedor debe descontarse conforme al art. 1,254, primero sobre los intereses y después sobre el capital?

Es necesario distinguir los intereses vencidos antes de la quiebra y los que recaen después de la declaración de la quiebra. Cuando se trata de intereses corridos después de la quiebra, el art. 445 del Código de Comercio deroga nuestro art. 1,254. En efecto, según el Código de Comercio, no pueden reclamarse mas que sobre las sumas que provienen de los bienes hipotecados al privilegio, á la fianza ó á la hipoteca; es decir, que los intereses que han co-

1 Casación, 25 de Noviembre de 1862, (Dalloz, 1863, 1, 19).

rido después de la declaración de quiebra, no pueden participar directa ni indirectamente de la distribución hecha á la masa de los acreedores de la quiebra.

Si el precio de dichos bienes se emplea en pagar, en primer lugar, los intereses de los créditos privilegiados ó hipotecarios corridos después de la declaración de la quiebra, como lo dice el art. 1,254, y el resto del precio es insuficiente para satisfacer el capital, ¿qué resulta? El acreedor vendrá á concurso por el alcance de ese capital con la masa de acreedores, de créditos privados; de suerte que esta masa soporta indirectamente los intereses, porque si le han descontado los intereses sobre el precio de los inmuebles hipotecados y el acreedor vendrá á la masa por una suma igual al monto de dichos intereses; y, poco importa á la masa que los intereses de los créditos hipotecarios sean tocados directamente en su perjuicio, ó que lo sean indirectamente bajo forma de capital, siempre será violado el art. 445. Para que este artículo sea observado, es preciso que se le descuento el precio de los bienes hipotecados á la garantía de los créditos hipotecarios ó privilegiados, desde luego el pago del capital de los créditos y accesoriamente hasta completar lo que faltó del precio de dichos bienes, según el pago del capital, al pago de los intereses vencidos después de la declaración de la quiebra. Por consiguiente, el art. 1,254 no es aplicable en esta primera hipótesis.

En cuanto á los intereses vencidos antes de la declaración de la quiebra, el art. 1,254 es aplicable; el descuento se hará, desde luego, sobre los intereses, por mejor decir, sobre los intereses conservados por la inscripción hipotecaria y después sobre el capital. El acreedor será admitido á la masa de los acreedores de vales privados por la suma de su capital que no ha sido pagada. Se dirá que es hacer soportar á estos acreedores los intereses vencidos

antes de la declaración de la quiebra? Es cierto que el crédito por el cual el acreedor es agregado á la masa de acreedores, será aumentado con la suma empleada en el pago de los intereses de la masa de acreedores. Mas estos no pueden quejarse de responder indirectamente de los intereses, por la sencilla razón de que el acreedor puede ser incluido en la contribución de la masa de acreedores por todo lo que se le debía al declararse la quiebra, intereses y capital; y si los acreedores deben soportar los intereses vencidos en ese momento, poco importa que los soporten directamente por un reclamo de intereses, ó indirectamente por un descuento de los intereses sobre el producto de los bienes hipotecados. (1)

610. ¿Puede el acreedor renunciar al beneficio del artículo 1,254? Esto no es dudoso, porque las reglas sobre el descuento son de puro interés privado, y son libres las partes contratantes de derogarlo. Pothier lo dice. Si el deudor que debe capital e intereses declara, pagando una suma de dinero, que paga sobre el capital, el acreedor puede aceptar ó rehusar este descuento; si lo acepta, hay concurso de consentimiento, y la deuda se extingue parcialmente en cuanto al capital y al acreedor no puede oponer el descuento que quiso recibir. (2) La renuncia del acreedor puede ser expresa ó tácita: este es el derecho común. Se ha juzgado que si el acreedor practica un embargo expresando solamente que es hecho por el capital, el pago será descontado desde luego sobre el capital. (3)

1 Lyon, 30 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 227), y denegada casación, 17 de Noviembre de 1862, (Dalloz, 1863, 1305 y la nota del recopilador).

2 Pothier, núm. 565, Durautón, t. XII, pág. 318, núm. 192.

3 Burdeos, 21 de Marzo de 1828, (Dalloz, en la palabra *Efectos de comercio*, núm. 802, 1).

§ III.—DEL DESCUENTO HECHO POR EL ACREDOR.

611. Pothier dice que si el deudor cuando paga, no hace descuento, el acreedor á quien se le debe por diferentes causas, puede hacerlo por la letra que le dá. El art. 1,255 consagra implícitamente este derecho.

Pothier pone dos condiciones. Es preciso, desde luego, que el descuento se haya hecho en el momento. El artículo 1,255 no reproduce esta condición; mas resulta de la naturaleza misma del pago. Descontar es pagar; así, pues, el descuento debe hacerse al tiempo del pago, sea por el deudor ó por el acreedor; mas se supone que no lo hacen, y es el caso de aplicar el art. 1,256, es decir, que cuando las partes guardan silencio, son sometidas á las reglas que la ley establece sobre el descuento. El descuento legal produce sus efectos de pleno derecho, y las deudas se extinguén según las prescripciones de la ley, no pudiendo el acreedor revivirlas por un descuento diferente. (1)

612. Pothier agrega otra condición y es que el descuento hecho por el acreedor sea equitativo, lo cual es muy jurídico. El pago exige el concurso del consentimiento de las partes interesadas, del acreedor que recibe lo que se le debe y del deudor que se libra. Lo mismo es cuando el pago se hace por descuento; hé aquí por qué el descuento propuesto por el deudor no debe perjudicar al acreedor (núm. 604). Por la misma razón, el descuento hecho por el acreedor no debe perjudicar al acreedor; en este sentido es en el que debe ser equitativa. Mas esto es muy bago; un principio formulado así hará nacer dificultades dando al juez un poder absoluto para decidirlas, inconvenientes que el legislador ha querido evitar arreglando el derecho en el Código. Cuando el deudor de distintas deudas

1 Pothier, núm. 566. Larombière, t. III, pág. 423. núm. 2 del artículo 1,255 (Ed. B., t. II, pág. 278).

no declara cual quiere satisfacer y el acreedor, en la letra, descuenta lo que recibió sobre una de las deudas especialmente, es el deudor quien tiene que ver si quiere aceptar el descuento ó rehusarlo. Si consiente en el descuento del acreedor, la deuda sobre la cual se hizo, se extingue hasta completar la suma pagada, y el deudor aprueba aceptando la letra, y ya no puede, dice el art. 1,255, demandar el descuento sobre una deuda diferente. La ley agrega una restricción: "A menos que no haya habido *dolo* ó *sorpresa* de parte del acreedor." No exige la ley, propiamente dicho, que no haya habido dolo, se limita á la "sorpresa;" mas poniendo la sorpresa en la misma línea que el dolo, no dice implícitamente que la sorpresa debe tener carácter doloso. Habría dolo, propiamente dicho, si el acreedor intrigara para engañar al deudor sobre el interés que podría tener en hacer un descuento ántes que otro, y habría sorpresa si el acreedor, aprovechando la ignorancia del deudor, abusara de ella para hacerle aceptar un descuento que le fuera perjudicial, lo cual no basta, según el derecho común, para demandar la anulación del autor del dolo, solo es suficiente para atacar el descuento. Hé aquí un ejemplo dado por Pothier. Un labrador, dice, debía á un apoderado 300 libras por un pedazo de tierra y 600 libras por honorarios. El deudor le llevó á su acreedor 400 libras, recibiendo del apoderado un recibo de esta suma, en que manifestaba que eran por cuenta de los honorarios que se le debían; este descuento fué una sorpresa dada á un deudor ignorante: éste tenía interés en pagar el precio del terreno que causaba interés, de preferencia á los honorarios que no le tenían. El acreedor abusó de la ignorancia del deudor para hacerle aceptar un descuento que le perjudicaba: como hubo sorpresa, el deudor podía demandar un nuevo descuento. (1)

1 Colmet de Santorre, t. V, pág. 391, n.º 200 bis, Pothier, número 566.

613. Cuando el descuento se hace por conformidad de voluntades es inalterable. Es decir, que hay pago definitivo, y por consiguiente extinción total ó parcial de la deuda sobre la cual se descontó el pago. Cuando se extingue la deuda se extinguen también la fianza, los privilegios y las hipotecas. ¿Podrán el acreedor y el deudor, modificando el descuento, pedir de nuevo la fianza ó la hipoteca? No, ciertamente, porque el tercero adquiere derecho por el efecto del pago, cuyo derecho no puede relevarse. Una deuda extinguida puede existir de nuevo si tal es la voluntad de las partes; mas no pueden resucitarla en perjuicio de terceros. (1) Para mayor razón, es así cuando el descuento se hace contradictoriamente con terceros interesados. Hay también convenio, y éste tiene lugar de ley para las partes contratantes, porque se convino entre el acreedor, el deudor y el fiador que los pagos hechos por el deudor se aplicarán desde luego á la parte fiada de la deuda, porque si el acreedor y el deudor pretenden descontar el pago sobre una parte de la deuda extinguida con respecto del fiador, violan el convenio, y por consiguiente el descuento es nulo. (2)

§ IV.—DEL DESCUENTO LEGAL.

614. El art. 1,256 contiene reglas sobre el descuento que se hace en virtud de la ley. ¿Cuándo hay lugar al descuento legal? El legislador no interviene en materia de contratos sino cuando las partes guardan silencio, y que por lo demás, su intervención es necesaria. Para que la ley haga el descuento, es preciso suponer que las partes no lo hicieron. Es lo que dice el art. 1,256: "Cuando la letra no

1 Durantón, t. XII, pág. 325, núm. 197. Aubry y Rau, t. IV, página 167, nota 10, pfo. 320.

2 Caen, 17 de Abril de 1869 (Dalloz 1871, 2, 184).

lleva ningún descuento." La ley supone que cuando las partes hacen el descuento, sea el acreedor, ó bien el deudor, lo mencionan en la letra, y se puede decir que debe haber descuento convencional aunque la letra no lo manifieste. ¿Por qué el legislador hace el descuento en defecto de las partes? Porque se debe saber cual es la deuda que se extingue y cual la que subsiste aún: y las partes tienen interés, y por regla general, hay terceros interesados, fianzas y acreedores hipotecarios. El principio de que la ley no hace descuento sino en el caso en que las partes no lo hagan, es consagrado por la jurisprudencia. (1)

En derecho no hay ninguna duda, puesto que el artículo 1,256 lo dice; mas de hecho es difícil algunas veces saber si algunas partes han querido hacer el descuento. Cuando la letra declara que la deuda cuyo pago es descontado, es preciso atenerse á la voluntad manifestada claramente por las partes; poco importa que estas no hayan hecho el descuento, como la ley lo hubiera hecho en su lugar, porque su voluntad es ley y no hay que discutir cual es su interés, cuando ellas mismas decidieron. La letra decía que el pago se haría sobre la suma mayor pagable el.....una época bastante lejana; el deudor tenía otras deudas para una de las cuales había un fallo que le concedía un plazo, cuyo plazo debía espirar á los dos días del pago que hizo á su acreedor; ciertamente debía haber descontado el pago sobre esta última deuda, porque el descuento que había hecho tenía todo el aspecto de una sorpresa; mas, de hecho, no la había, puesto que este descuento consentido por las partes, debía ser sostenido de preferencia, al que el legislador hizo por el silencio de las partes. (2) La letra de la cual habla el art. 1,252 no sirve más

1 Denegada casación, 21 de Diciembre de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2027, I).

2 Aix, 16 de Enero de 1806. (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,027, II).

que de prueba; nunca se exige para la validez del descuento. Antes de la expiración del término fijado para el cumplimiento de una obligación firmada bajo la fianza de un tercero, el deudor centrae, sin la intervención de este tercero, nuevas obligaciones para con el mismo acreedor con estipulación formal de que estas obligaciones serán cumplidas sin plazo; se ha juzgado que los pagos hechos en cumplimiento de esta cláusula, deben ser descontados sobre la última obligación. En el caso, el fiador pretendía que el descuento debía hacerse de preferencia sobre la deuda fiada, porque es un deber de honor para el deudor librar la fianza. Sin duda, el descuento se habría hecho en virtud de la ley si las deudas no hubieran estado divididas; mas lo estaban y había obligación con descuento convencional, y este descuento se prefiere al de la ley. (1)

615. El art. 1,253 marca las reglas por las cuales debe hacerse el descuento cuando las partes no lo hacen. ¿De qué principio dimanan estas reglas? Se dice generalmente que la ley hace el descuento en interés del deudor, lo que parece lógico, puesto que, por regla general, el descuento se hace por el deudor. Mas este último principio está lejos de ser tan absoluto que se le crea, porque no es cierto que el deudor dicte el descuento (núm 604), pues no puede hacerlo en perjuicio del acreedor, y, por su lado, éste no puede descontarlo en perjuicio del deudor (núm. 612). Esto decide la cuestión del descuento legal. Si las partes deben tener en cuenta sus respectivos intereses, con mayor razón evitará la ley que se sacrifique el interés de una de las partes en provecho de la otra, porque trata de conciliar los derechos del acreedor y los del deudor, pues son igualmente legítimos. En este espíritu formuló la ley las

1 Sentencia del 10 de Julio de 1830, de la Corte de la Martinica, y denegada casación, 21 de Diciembre de 1831. (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,027, I.) Compárese Denegada casación, 27 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 13).

reglas del art. 1,256 y en este sentido deben interpretarse. (1)

616. El descuento se hace, desde luego, sobre la deuda vencida, aun cuando sea menos onerosa que las que no se han vencido (art. 1,256). Esto se hace en interés del deudor, dicen, y en efecto está interesado en pagar, ante todo, la deuda que puede ocasionarle persegimiento, y lo que debe evitar, ante todo, son los persegimientos que hacen perder el crédito. ¿Es decir que la ley no considera el interés del acreedor? Este ha debido contar con que el deudor pagará, en primer lugar, la deuda que debe vencerte primero, y, por consiguiente, debe exigir el pago. La primera regla tiende a favorecer, tanto el interés del acreedor como el del deudor. (2)

617. "Si todas las deudas se vencen, el pago debe ser descontado sobre la deuda que el deudor tiene más interés en satisfacer." Aquí la ley hace el descuento en interés del deudor; por mejor decir, es su derecho, desde que no abandona el derecho del acreedor. La ley hace, pues, lo que el deudor haría, si usando de su derecho, hubiera dictado el descuento (art. 1,253). El acreedor no puede quejarse porque se supone que el descuento no abandona sus derechos. (3) El art. 1,256 dice que el descuento se hace sobre la deuda más onerosa cuando todas se han vencido, y sería lo mismo y por idéntica razón en el caso en que ninguna se hubiera vencido.

Falta saber cuál es la deuda que el deudor tiene más interés en satisfacer ó como lo dice el art. 1,256, cuál deuda es la más onerosa. La ley no lo dice ni es posible decirlo, porque es cuestión de hecho puesto que todo depende de

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 198 bis I. Mouricault, *Discursos*, núm. 37 (Looré, t. VI, pág. 251).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 392, núm. 201 bis I.

3 Toullier, t. IV, I pág. 170, núm. 130.

las circunstancias de la causa. (1) Todos los autores dan ejemplos de deudas más ó menos onerosas. (2) Nosotros preferimos tomar las aplicaciones de la jurisprudencia.

618. El pago se descuenta sobre una deuda hipotecaria, ántes que sobre una deuda quirográfica, porque las hipotecas que gravan los bienes del deudor perjudican su crédito, y por consiguiente, le importa extinguir la deuda garantizada por una hipoteca ó un privilegio, lo que producirá la extinción de esos derechos y el desglose de las inscripciones hipotecarias. (3) Se abrió un crédito á dos esposos bajo la garantía solidaria é hipotecaria de la mujer, es decir, que ésta subrogó al acreedor á la hipoteca legal que tenía sobre los bienes de su marido. El marido hizo pagos al banquero durante todo el tiempo de su crédito. Se juzgó que esos pagos debían descontarse sobre la deuda hipotecaria; más la Corte dijo que el deudor tenía más interés en satisfacer esta deuda, sobre todo, por conveniencia de sus hijos menores, (4) lo que prueba que el interés depende de las circunstancias.

619. Se colocan generalmente las deudas por las cuales el deudor ha dado fianza, entre las onerosas que tiene interés en satisfacer, dándose por razón que satisface dos deudas por un solo pago, su deuda principal y la accesoria del fiador. (5) Es preciso agregar que este es un deber de honor para el deudor porque libra al fiador de las demandas del acreedor, y es también un interés pecuniario para él, porque si el fiador es demandado, no dejará de oponer al acreedor el beneficio de la cuestión. La Corte de Orleans

1 Denegada casación, 28 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 316).

2 Toullier, t. IV, 1. pág. 170, núm. 179. Durantón, t. XII, pag. 237, núm. 199. Aubry y Rau, t. IV, pág. 167, nota 11, pfo. 320.

3 París, 26 de Noviembre de 1833 Dalloz en la palabra *Privilegio é Hipotecas* núm. 325.

4 Angers, 27 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 86) y Denegada casación, 28 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 349).

5 Pothier, núm. 567, Durantón, t. XII, pág. 237, núm. 199.

agrega que librando á los fiadores, el deudor renueva su crédito, porque la mejor de las especulaciones es cumplir con un deber. (1) ¿Qué debe decidirse si solo una parte de la deuda tiene fiador? Supongamos que se hace un pago parcial: ¿el descuento se hace sobre la parte fiada ó sobre la que no lo está? Se puede creer que los motivos para decidir quedan siempre iguales; porque, ¿no es un deber para el deudor librar á su fiador? ¿No tiene en ello un deber de honor y de crédito? La Corte de Caen lo juzgó así. (2)

Se alega que es, sin duda, muy cómodo para el fiador eludir, por un descuento, las obligaciones que contrajo; mas ¿en qué consistirá la equidad? Se la toma para el fiador precisamente á fin de que en fianza parcial, garantice en el total de la deuda, la parte que hasta completarse no sería pagada. El descuento desliga al fiador de sus obligaciones en perjuicio del acreedor. Esta última consideración, á nuestro modo de ver, es decisiva, porque el descuento legal no debe perjudicar al acreedor ni debe quitarle una garantía con la cual contaba, porque esto sería perjudicar sus derechos, lo cual está en oposición con el principio del descuento legal (núm. 615). (3) Esto es lo que la Corte de Casación decidió. Está en la naturaleza de la fianza, dice, que el fiador se comprometa para con el acreedor á satisfacer la obligación si el deudor no lo hace por sí mismo; de donde se sigue que si la fianza no garantiza mas que una parte de la deuda, los pagos hechos por el deudor deben descontarse desde luego, sobre la parte de la deuda no satisfecha. (4) El argumento deja que deseas,

1 Orleans, 3 de Abril de 1851. (Dalloz, 1851, 2, 66) Denegada casación, 19 de Agosto de 1834. (Dalloz, en la palabra *De la fianza*, número 43).

2 Caen, 16 de Julio de 1851 (Dalloz, 1854, 5, 98).

3 Troplong, *de la fianza*, núm. 2047. En sentido contrario, Larombière, t. III, art. 1,256, núm. 6. (Ed. B., t. II, pág. 282).

4 Casación, 12 de Enero de 1857, (Dalloz, 1857, 1, 278).

pudiéndose preguntar por qué la Corte no aplica la fianza parcial al principio del descuento que todo el mundo aplica al descuento íntegro. La respuesta es fácil y perentoria, es que el acreedor tiene interés en que en la fianza parcial, el descuento se haga sobre la parte de la deuda que no tiene fianza, y es este interés el verdadero motivo de decidir. Mas este interés está fuera de causa cuando la fianza es íntegra, en el sentido, al menos, de que haciéndose el descuento sobre la deuda que tiene fianza, el acreedor recibe lo que se le debe. Si hay otros créditos sin fianza contra el mismo deudor, no puede valerse de la fianza para exigir que el descuento se haga sobre las deudas que no la tienen, porque este descuento sería contrario al interés del deudor y la ley establece que se haga en su interés.

620. Si el que paga es al mismo tiempo deudor principal y fiador ¿el descuento se hará sobre la deuda que él tiene, de preferencia á la que debe como fiador? Sí, dice Pothier; porque como fiador, no es responsable más que accesoriamente, y puede esperar á que la deuda sea satisfecha por el deudor principal; y si es demandado, gozará del beneficio de discusión; mientras que, como deudor principal, puede ser demandado y ejecutado inmediatamente. La Corte de Burdeos consagró este principio haciendo una restricción. En el caso, el fiador se obligó personalmente, con el deudor principal, al pago de la deuda; y así el pago hecho por el fiador desempeñaba dos obligaciones á la vez: la obligación de hacer honor á su firma como deudor, y la de cumplir su trato con el deudor principal. (1) Se vé que no hay principio absoluto en esta materia y que el interés es esencialmente una cuestión de hecho que varía según las circunstancias; por consiguiente, las cortes deben tener siempre en consideración las circunstancias de la causa.

1 Burdeos, 21 de Febrero de 1861 (Daloz, 1862, 2, 507).

621. Supongamos que el que paga es deudor de dos deudas, y que una está sometida á la prescripción de treinta años y la otra á una corta prescripción. ¿Se hará el descuento sobre la deuda cuya prescripción es más larga porque es la que el deudor tiene más interés en extinguir, ó sobre lo que tiene prescripción de poco tiempo. Se ha juzgado que la duración más ó menos larga de la prescripción, no es una modificación agravante de la deuda, porque no se debe considerar como un interés legítimo la prescripción, pues el deudor especularía, no pagando su deuda, con la seguridad de verla extinguida por la prescripción, lo cual sería un cálculo de mala fe que la ley no puede reconocer, y menos aún favorecer. (1)

622. "Si las deudas son de igual naturaleza, dice el artículo 1,256, el descuento debe hacerse sobre la más antigua." ¿Qué se entiende por deuda más antigua, y por qué se hace el descuento sobre ella? No están de acuerdo en esto los autores: según unos, la deuda más antigua es la que se contrajó primero, y según otros, es la que se vence primero. El motivo de decidir difiere, naturalmente, en una y en otra hipótesis. Es cierto que ateniéndose al sentido vulgar de las palabras, la deuda más antigua es la que se contrae primero, y si se vencen al mismo tiempo, es preciso, sin duda alguna, descontar el pago sobre la más antigua; porque el acreedor tiene derecho de recibir el pago de la deuda primera, puesto que así debe haberlo considerado, teniendo interés en que el deudor satisfaga una deuda que la prescripción amenaza extinguir antes que las más recientes; es cierto que bajo este concepto, el deudor tiene un interés contrario; mas es un interés injusto como acabamos de decirlo, (núm. 621); porque esto sería una especulación deshonrosa. Así, pues, cuando todas las deudas son iguales, la más antigua tiene una causa legítima

1 Colmar, 9 de Junio de 1870 (Daloz, 1871, 2, 63)

para el descuento en interés del acreedor, sin que el deudor pueda oponerle un interés contrario. Mas si la deuda que se contrajo primero debe vencerse más tarde, creemos que sobre esta debe recaer el primer descuento que se haga. Este caso no está previsto en la segunda parte, sino más bien en la primera, al menos en lo que concierne al espíritu de la ley. Según la primera parte, el descuento debe hacerse, ante todo, sobre la deuda vencida, y ya hemos dado la razón: (núm. 616) debe hacerse de preferencia sobre la deuda que se vence primero, prefiriendo á la deuda más antigua, porque debe vencerse más tarde. (1)

623. La última regla es esta: "Siendo todas las cosas iguales, el descuento se hace proporcionadamente." El acreedor recibirá, pues, un pago parcial de todos sus créditos, y aunque esto es contrario á su derecho (art. 1,244), no podrá quejarse, porque de él depende hacer el descuento cuando el deudor no lo dicta. Solamente en el silencio de las dos partes es cuando la ley reglamenta el descuento, y debe hacerlo, puesto que es preciso que se sepa cuáles deudas se extinguén y cuándo son todas las cosas iguales, es decir, que no hay ninguna razón para descontar el pago sobre una deuda antes que sobre la otra, no quedando más que un modo de descuento posible, que es el descuento proporcional.

624. Las partes interesadas, ¿pueden derogar las reglas establecidas por el art. 1,256? Para que la cuestión pueda presentarse, es preciso suponer que ni el deudor ni el acreedor han hecho el descuento de una manera formal, porque si lo hubieran hecho no habría lugar al descuento legal, pues la ley solo lo hace cuando las partes no lo hacen. Si en la letra no consta ningún descuento, es porque no ha in-

1. En sentido diverso, Larembière, t. III, pág. 435, núm. 13 del artículo 1,256 (Ed. B., t. II, pág. 283); Mourlón, t. II, pág. 622, Colmet de Santerre, t. V, pág. 393, núm. 201 bis IV.

tervenido ningún contrato, de donde se puede inferir la intención de las partes contratantes, siendo el caso de recurrir á las reglas del art. 1,256. Se pregunta si estas reglas son absolutas. Ya hemos advertido que una de estas reglas, la más usual, la que hace el descuento según el interés del deudor, está sometida á la apreciación del juez, y depende, en realidad, de su poder absoluto (núms. 617 y siguientes). Debemos ir más lejos y decir que el juez debe siempre considerar las circunstancias de la causa para sacar en consecuencia la voluntad del deudor, así como la del acreedor, porque tan interesado está en el pago uno, como el otro; en consecuencia, puede el juez decidir que ha estado en la intención del deudor ó del acreedor, que el descuento se hiciera sobre una deuda distinta de aquella sobre la cual debería hacerse según el art. 1,256. Pothier hizo ya la observación. El descuento se hace desde luego sobre la deuda vencida, de preferencia á lo que no lo está; hé aquí nuestra primera regla de descuento legal. Sin embargo, dice Pothier, si la deuda cuyo término no está vencido, debe vencerse en pocos días, y que es apremiante por captura (ú otra pena), creo que debe alegarse para el descuento sobre otra deuda cualquiera, cuyo término esté vencido, porque está en el interés del deudor satisfacer cuanto antes una deuda por la cual estará expuesto en pocos días á ser apremiado, aunque no se haya vencido, que en satisfacer deudas por las que no podrá ser preso. Tal es, ciertamente, el espíritu de la ley: las reglas que establece están tomadas de Pothier y fundadas sobre la presunta intención de las partes contratantes, cuya intención es preciso tener siempre en cuenta al aplicarlas. (1)

625. La aplicación del art. 1,256 dá lugar á dificultades bastante graves que tienden al derecho más bien que

1. Pothiér, núm. 567, corolario VI. Aubry y Bau. t. IV, pág. 168, y nota 13, pfo. 320.

á las circunstancias del hecho. Supongamos que el acreedor de una sociedad disuelta, continúa en relaciones con la nueva sociedad que se formó y que está encargada de pagar las deudas de la otra. Los pagos hechos por la nueva ¿deben descontarse sobre la deuda de esta última sociedad ó sobre la de la sociedad disuelta? Hay sobre esta cuestión sentencias que parecen contradictorias. La Corte de Grenoble juzgó que si las operaciones comenzadas con la antigua sociedad y continuadas con la nueva, fueron reglamentadas conforme á lo que se había practicado siempre, por estados de situación en forma de cuenta corriente en la que figuraban, en primer lugar, el antiguo crédito y después los pagos de fondos hechos á la nueva sociedad, se debía concluir, en cuanto á los pagos hechos por esta sociedad, que las partes adoptaron un sistema de descuento, cuyo efecto era el de extinguir, desde luego, la deuda de la antigua sociedad que era la más antigua. En derecho, la Corte juzgó que siendo el art. 1,256 aplicable al caso, la nueva sociedad era deudora de la deuda de la precedente, lo mismo que de las suyas propias. (1)

Este último punto es dudoso y nos parece que la cuestión está mal planteada, porque el acreedor que contrae sucesivamente, primero con una sociedad y luego con la que la reemplaza, tiene dos deudores diferentes, porque para que el primer deudor, de la antigua sociedad, fuera reemplazado por un nuevo deudor, se necesitaba que la nueva sociedad hiciera una innovación (art. 1,271 2.º) y la innovación para la sustitución de un nuevo deudor, requiere que el acreedor consienta, cuyo consentimiento, dice el art. 1,273, no solo debe presumirse, sino que tiene que resultar claramente de la escritura. Así, pues, no basta con que la nueva sociedad consienta en pagar

1 Grenoble, 21 de Junio de 1841. (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2044.

la deuda de la antigua para que haya innovación, sino que es preciso que el acreedor consienta en renunciar su antiguo crédito para reemplazarlo por uno nuevo, contra otro deudor, descargando al primero. Si no hay innovación, el acreedor tendrá dos deudores: la antigua y la nueva sociedad, y no pueden aplicarse las reglas del descuento, porque estas suponen que un solo deudor tiene varias deudas.

La Corte de Casación lo juzgó así casando la sentencia de la Corte de apelación que había hecho el descuento según las reglas del art. 1,256, como si la nueva sociedad hubiera quedado en todo en lugar de la otra, porque la Corte admitía que hubiese un nuevo deudor, y por tanto innovación; para decidirlo así invocó simples probabilidades y presunciones de hecho, lo cual es desconocer la disposición formal del art. 2,273, porque la innovación no solo se presume, sino que es preciso fundarla sobre seguridad. La Corte de Rouen, á la que fué elevado el negocio, estableció netamente los principios, deduciendo las consecuencias en lo que concierne al descuento. En principio no se puede tratar de descuento cuando hay dos deudores, una sociedad de liquidación y otra nueva sociedad. (1)

626. Se presentó una cuestión análoga en una sociedad en liquidación. El liquidador continuó la explotación de una fábrica, como medida de conservación, para que los acreedores no la perdieran; hizo compras de carbón de piedra porque la compañía no lo proporcionaba á la sociedad disuelta. Se pregunta si había lugar de aplicar las reglas del descuento á los pagos hechos por el liquidador. Se decidió por la negativa, y nos parece que así debía ser. Había dos deudores diferentes: la antigua sociedad disuelta y la masa de los acreedores, por consiguiente el liquidador

1 Casación, 5 de Enero de 1835, y Rouen, 10^o de Junio de 1835. (Dalloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,452, III.

dor era el mandatario, lo cual basta para que no haya descuento, puesto que este supone un solo deudor con varias deudas. (1)

627. ¿Tienen alguna excepción las reglas del descuento? El art. 1,848, en el título "De la Sociedad," prevee un caso de descuento regido por principios especiales; volveremos á tratar sobre esto explicando el título que es base de la materia.

628. La Corte de Casación decidió que el descuento establecido por el art. 1,256, no es aplicable á la compensación, aunque esta sea también un pago hecho por la ley. En el caso, una persona le debía varias sumas á otra de la cual era deudor. La compensación se obraba de pleno derecho con el vencimiento, con aquellas de las deudas que, en ese momento, quedaba igualmente vencida; no se puede decir que el crédito que sirve para pagar una de las deudas del deudor, debería compensarse con una deuda vencida posteriormente, cuya deuda tenía el deudor gran interés en satisfacer, porque consistía en el precio de una venta de inmuebles hecha con cláusula de resolución de pleno derecho para el caso en que el precio no se pagara en un plazo determinado. (2) Es cierto que en esas circunstancias no podía ser descuento. La compensación se obraba de pleno derecho; así, pues, desde el instante en que el deudor de varias deudas se hace acreedor de su acreedor, el crédito extingue la deuda que, desde este momento, queda vencida; cuando otra deuda se vence, no hay más que un crédito, puesto que queda extinguida de pleno derecho por la compensación; por consiguiente, no se puede tratar ya de compensación ni de descuento.

Es decir que jamás hay lugar á descuento cuando el

1 Dijón, 17 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 94).

2 Denegada casación, 2 de Mayo de 1860. (Daloz, 1861, 1, 104, & la nota del recopilador).

pago se hace por vía de compensación? La Corte de Casación no dice esto, y si el caso se presentara, debería recurrirse á las reglas sobre el descuento para decidir cuál de tantas deudas quedaba extinguida por la compensación. Si, en el caso, todas las deudas fueran exigibles, y, por tanto, compensables, debiera decidirse cuál de estas deudas quedaba extinguida por la compensación, y siendo ésta un pago que hace la ley, el juez debía haber decidido conforme al art. 1,256, cuál de las diversas deudas quedaba extinguida; si era la que el deudor tenía más interés en satisfacer ó la más antigua, y en caso de ser iguales, el descuento ó la compensación se haría proporcionadamente.

629. Es de doctrina y de jurisprudencia que las reglas sobre el descuento no se apliquen á la cuenta corriente, especialmente la regla por la cual los pagos se descuentan sobre la deuda más onerosa ó sobre la más antigua. No se puede, pues, extraer de una cuenta corriente, ciertas deudas para descontar alguna remisión, á menos que ésta no interese especialmente á una deuda determinada; y la razón es que las remisiones hechas por cuenta corriente, no son de pagos, sino de préstamos ó de anticipos. Esta diferencia que resulta entre las deudas de una cuenta corriente y de las ordinarias, sean civiles ó comerciales, está bien explicada en una requisitoria del abogado general Nicias Gaillard. Dejemos esta materia que no es de nuestro dominio: bastará con señalar la excepción que á decir verdad, no es una; puesto que las remisiones por cuenta corriente no son pagos, es imposible aplicar reglas que solo á éste cencieren. (1)

630. Se juzgó igualmente por la Corte de Casación que el art. 1,256 no es aplicable en materia de quiebra; por-

1 Massé, Derecho comercial, t. IV, pág. 79, núm. 2,178. Denegada casación, Sala Civil, 17 de Enero de 1849, y la requisitoria de Nicias Gaillard. (Dalloz, 1849, 1, 49).

que el dividendo tomado en una quiebra por un acreedor admitido por varios créditos se descuenta sobre cada uno proporcionadamente á su cifra, no pudiéndose invocar la regla por la cual el pago se descuenta sobre la deuda que el deudor tenga más interés en satisfacer. La Corte dice que las presunciones del art. 1,256 son inadmisibles cuando el pago excluye, por su naturaleza, todo descuento particular; en efecto, descontar es elegir, designar la deuda que debe extinguirse de preferencia; y en caso de quiebra, ninguna deuda se extingue, puesto que á nadie se le paga íntegramente; y si un acreedor tiene varios créditos, se hace un total para determinar la cuota de su dividendo; por consiguiente, dice la sentencia, el pago del dividendo tiene virtual y necesariamente una aplicación proporcional a todas las deudas sin distinción del deudor.

La Corte de Caen había decidido lo contrario, aplicando el derecho común al caso siguiente que hará comprender el interés de la cuestión. Un acreedor fué causa de una quiebra por varios créditos, entre otros por una libranza endosada por el deudor quebrado. Pretendía que el pago hecho por el quebrado debía descontarse sobre sus deudas personales, de preferencia á aquella cuya responsabilidad no tenía más que como deudor. Si se hubiera procedido así la libranza, no hubiera podido pagarse y el portador habría tenido acción para el todo contra el suscriptor. Esto no es admisible porque resultaría que para los créditos cuyo descuento se hiciera de preferencia, el acreedor tendría un dividendo más elevado que los otros acreedores, siendo así que la condición de todos los acreedores y todos los créditos es igual, lo que conduce necesariamente á la extinción proporcionada. (1)

631. Se ha sostenido contra varias apreciaciones que la caja de consignaciones no está sometida al derecho común

1 Casación, 12 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 1, 501).

en materia de descuento, especialmente cuando no debe descontar los pagos parciales que hizo al principio sobre los intereses y después sobre el capital. Estas pretensiones se han rechazado siempre, porque el derecho común es aplicable á todo el mundo, salvo excepción, y ninguna ley exime á la caja de consignaciones de la obligación impuesta por el art. 1,254 á todo deudor de un capital que produce intereses, de descontar los pagos parciales, al principio sobre los intereses y después y subsidiariamente sobre el capital: esto es decisivo. (1)

FIN DEL TOMO DÉCIMO SEPTIMO.

1 París, 20 de Marzo de 1830, 7 de Enero de 1831 (Dalloz. en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,012).