

4.3856

JOSÉ PEDRO VARELA

DE LA PAGA



Tesis para optar el
grado de Doctor en Ju-
risprudencia.

Montevideo, Mayo 31 de 1902

MONTEVIDEO

Tip. y Litografía ORIENTAL, Treinta y Tres, 106

1909

CATALOGADO 20 05

COPIA 1

DE LA PAGA

Las palabras *paga* y *pago*, como quiera decirse, pues como lo demostraremos más adelante significan hoy lo mismo, tienen en la lengua española dos acepciones usuales: una estrecha y que podríamos llamar vulgar, por la cual denotan el pago pecuniario exclusivamente; y otra extensa, á la que llamaremos jurídica, porque es en ese sentido que las emplea la Ley, en que significan la ejecución normal de la obligación, cual quiera que sea su objeto, dar, hacer ó no hacer.

Estas palabras de nuestro idioma tienen el mismo significado en derecho que la palabra *solutio* de los romanos empleada en su sentido *propio*; y decimos así, porque también en Roma la palabra *solutio* tenía dos significados: uno *propio* y otro *impropio*, siendo en este último caso su sentido mucho más extenso que entre nosotros, pues comprendía no solo el pago efectivo, sino también todos los demás modos de extinción de las obligaciones.

Decíamos hace un momento que actualmente en nuestro idioma tanto vale decir *paga* como *pago*. Así lo establece Roque Barcia en su Diccionario Etimo-

lógico de la Lengua Española. Debe advertirse, sin embargo, que es de uso mucho más corriente la palabra *pago* y que los otros Códigos escritos en lengua castellana solo emplean esta palabra para designar el modo de extinción de las obligaciones.

A pesar de esto, parece que entre los autores españoles antiguos se hacía una distinción entre el significado de las dos palabras: sirviendo *paga* para denotar el sentido extenso y jurídico de la palabra, de que antes hablabamos y *pago* el sentido estrecho y vulgar. Así Escribche en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, confeccionado de acuerdo con las Leyes españolas antiguas, dice: que «*paga* es la satisfacción ó prestación de «lo que se debe dar ó hacer» y «*pago* «la entrega de algún dinero que se debe.

No creemos, sin embargo, que nuestro legislador al emplear la palabra *paga* haya querido admitir esta distinción, y si más bien que ha copiado la expresión de las Leyes de Partidas y autores antiguos sin atender á su significado. La prueba de ello está, en que en el capítulo que estudiamos, emplea unas veces la palabra *paga* y otras la palabra *pago*, á

pesar de que siempre quiere referirse á lo mismo.

Hechas estas ligeras consideraciones sobre el significado de la palabra *paga*, pasaremos á ocuparnos en detalle de las disposiciones del Código que á este modo de extinción de las obligaciones se refieren.

Artículo 1422

« La paga es el cumplimiento, por parte del deudor, de la dación ó hecho que fué objeto de la obligación. »

I. — Esta definición que da nuestro Código de la paga es la misma que en otros términos traen las Leyes de Partidas que se expresan así: « *Paga tanto quiere dezir como pagamento que es fecho á aquel que deve recibir alguna cosa de manera que finque pagado della ó de lo que deuen fazer.* » Ley 1.^a, Tit. XIV, Partida 5.^a — Es también idéntica á la que trae el Código Civil Argentino en su artículo 725 que dice que: « el pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar. »

La definición de nuestra Ley la encontramos en general buena, pero creemos que se le puede observar que no comprende los casos de pagos que no son efectuados por el deudor, sino por terceros. Por eso consideramos superior la definición que da Giorgi (1) quien se expresa del siguiente modo: « El pago es el acto por el cual el deudor *ú otro por él* extingue la obligación, ejecutando aquella prestación á la cual tiene derecho el acreedor. »

II. — El Código Francés y el Código Italiano, que en esta materia ha seguido al primero casi textualmente, no traen definición del pago, pero en cambio empiezan el capítulo relativo al modo de extinción que estudiamos, con una disposición que nuestro legislador ha creído conveniente suprimir en este lugar. Dice así el artículo 1235 del Código Francés (igual al 1237 italiano): « Todo pago supone una deuda; lo que haya

« sido pagado sin ser debido es susceptible de repetición. » — « La repetición no se admite cuando se trata de obligaciones naturales que hayan sido pagadas voluntariamente. » Según nuestro modo de ver, el legislador oriental ha estado en lo cierto al suprimir del capítulo de la paga esta disposición de los Códigos extranjeros. Su verdadero lugar no es éste, sino el capítulo en donde se legisla sobre *pago de lo indebido*. Tan es así que los autores franceses é italianos se ocupan de este artículo cuando tratan de esa materia y no de la paga.

« Por lo demás no será inútil decir aquí en teoría, algo que tiene relación con lo que estatuye el Código Francés. El hecho de pagar, es decir, de hacer una prestación á título de pago, implica de parte de quien aquel emana, la voluntad de cumplir una promesa anterior obligatoria, ó más generalmente, de ejecutar una obligación. El pago es, pues, la confesión ó reconocimiento de la deuda. Esta declaración es importante sobre todo desde el punto de vista de la prueba. Así, si un pretendido acreedor reclama lo que según él se le debe, tendrá que probar la existencia de su derecho. Sin embargo, si el deudor consiente en pagar, por ese solo hecho reconoce la existencia de la deuda y si después pretende que no debía, á él y no al acreedor le corresponderá probarlo. Esta es, pues, la significación que con respecto á la prueba tiene el hecho de pagar » 1).

III. — Cabe aún hacer otra clase de observaciones con respecto á la paga en general. Como causa de extinción, la paga es el modo más simple de extinguir una obligación y no solo el más simple, sino también el más regular, dado que es la única que han tenido en cuenta las partes al celebrar la convención. En una palabra, puede decirse que es la solución natural y lógica de ésta. En cambio los demás modos de extinción de las obligaciones de que se ocupa el Código pueden considerarse como irregulares é imprevistos.

Otra observación relativa á la importancia de la paga es la que hace Larom-

(1) Tomo 7.^o pág. 10.

(1) Tomo 4.^o pág. 60.

bière (1) en su Tratado sobre las obligaciones. Según este autor en todos los modos de extinción de las obligaciones, si se les reduce á su más simple expresión, no se encuentra otra cosa que: ó un pago ó una dispensa de pagar. Así se refieren en definitiva á la realidad del pago: la novación que no hace sino sustituir una deuda por otra; la compensación por la cual se paga una deuda con otra; y la confusión que hace que uno se pague á sí mismo. Hay en cambio dispensa de pago en la remisión voluntaria, en la imposibilidad del pago, en los casos de nulidad, en el efecto de la condición resolutoria ó del plazo resolutorio cumplidos y finalmente en la prescripción opuesta y admitida.

Artículo 1423

Cuando por el pago debe transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla.

Sin embargo, si el pago hecho por el que no sea propietario de la cosa ó no tenga capacidad de enajenarla, consistiere en dinero ó otra cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que lo haya consumido de buena fe.

I.—La disposición del artículo anterior en que se define lo que debe entenderse por pago, tiene su carácter completamente general, porque como hemos visto comprende todas las clases de obligaciones, ya sean de dar, hacer ó no hacer. Por el contrario, el artículo que ahora vamos á comentar contiene una regla particular solo aplicable á las obligaciones para cuyo cumplimiento deba transferirse la propiedad de una cosa, necesitándose, según él, en este caso, para que el pago sea válido que se llenen las siguientes condiciones: 1.º que el que lo hace sea propietario de la cosa y 2.º que tenga capacidad de enajenarla.

Esta disposición de nuestro Código ha venido á salvar los inconvenientes que presenta el artículo 1238 del Código Francés que al establecer una regla semejante no hace, sin embargo, distinción ninguna con respecto á las obliga-

ciones á que ha de aplicarse. En esta forma la regla es errónea, porque hay muchos casos en que su aplicación resulta imposible. Un ejemplo bastará para poner en evidencia lo que decimos: el arrendatario de un bien está obligado á la conclusión del contrato á entregarlo al arrendador; el cumplimiento de esta obligación es un verdadero pago y bien se comprende á pesar de esto, que no puede exigirse al arrendatario la calidad de propietario, desde que es imposible que pueda tenerla. Lo dicho basta para demostrar la superioridad de nuestro artículo sobre el similar francés.

II.—Hemos dicho ya, que la Ley exige dos condiciones para que pueda efectuarse el pago, cuando deba transferirse la propiedad de una cosa. Ellas son: 1.ª *Que el pago sea hecho por el propietario de la cosa*; y 2.ª *Que tenga capacidad de enajenarla*. Para mayor claridad vamos á estudiarlas separadamente.

1.ª—*Calidad de propietario*.—Esta condición exigida por la Ley está plenamente justificada, desde que, según los principios generales, solo el que tiene el dominio de una cosa, puede transferirlo á otra persona. Además, esta exigencia guarda armonía con la disposición del artículo 744 que establece que « para que se adquiera el dominio de la tradición, se requiere 1.º que la tradición « se haga por el dueño ó su representante... »

Ahora bien, si la Ley, como lo acabamos de decir, solo reconoce como válido el pago hecho por el propietario, se comprende fácilmente que el efectuado por una persona que no tenga esa calidad carecerá de validez; en una palabra será nulo.

Establecido esto, debemos determinar quiénes pueden pedir la declaración de esa nulidad.

Recordemos ante todo que la Ley establece una distinción entre las nulidades absolutas y las relativas: las primeras son de orden público, de interés general y como tales, cualquier interesado puede hacerlas valer; en cambio, las segundas salvaguardan intereses privados teniendo en cuenta consideraciones especiales y solo pueden invocarlas aquellas partes en cuyo favor han sido creadas.

A primera vista y partiendo de esta

(1) Huc. tomo 8.º pág. 10.

base parecería fácil hacer la determinación, dado que la nulidad de que nos habla este artículo es á todas luces de carácter relativo, de interés particular simplemente, pues no hay de por medio ningún interés público. Sin embargo, veremos en seguida, al estudiar los derechos de cada una de las partes que pueden intervenir, que la Ley nuestra como la francesa ha derogado en este artículo los principios generales sobre nulidad.

Para mayor claridad indicaremos separadamente los medios que pueden emplear para hacer valer sus derechos los diversos interesados, en el caso de un pago hecho por un no propietario. Estos interesados son principalmente: el acreedor, el deudor y el propietario.

a.—*Derecho del acreedor.*—Que el acreedor puede pedir la declaración de nulidad del pago es cosa que no ofrece duda de ninguna especie. Es un caso de aplicación estricta de los principios á que antes hacíamos referencia. ¿Para favorecer á quien es que la Ley declara nulo el pago hecho por el no-propietario? Indudablemente para favorecer al acreedor que tiene el derecho de exigir que la propiedad le sea transmitida, cumpliéndose solo de esa manera el objeto del pago en estos casos, que es la transferencia de la propiedad. El acreedor debe poder disponer de la cosa como si fuera suya. Si esto no sucede el pago será nulo y el acreedor podrá exigir del deudor la entrega de otra cosa de la cual le pueda transferir el derecho de propiedad, sobrentendiéndose que tiene la obligación de devolver la cosa agena.

Una cuestión interesante se proponen los autores al tratar de este punto. ¿Puede el acreedor pedir la nulidad del pago, cuando la acción reivindicatoria del propietario está prescrita? Los principales comentaristas franceses como Laurent, Larombière, Huc, Mourlou, etc., se deciden por la afirmativa, fundándose en que no se puede imponer al acreedor que haga uso de la prescripción, cosa que puede repugnarle á su conciencia. El acreedor, dicen, ha entendido adquirir la calidad de propietario, como efecto directo del pago y no como resultado de una prescripción que legítimos escrúpulos pueden impedirle invocar.

Los autores italianos están en cambio

por la negativa. A este respecto dice Giorgi (1) contestando á los autores franceses, al comentar el artículo 1240 del Código Italiano (concordante con el 1413 del Oriental y el 1218 del Francés) que: « si el acreedor no tiene el coraje de valerse de la prescripción, la deducirá el deudor en su propio interés invocando el artículo 2112 del Código Civil (1166 de Código Oriental) que en una disposición clara y absoluta, acuerda sin distinción á cualquier interesado el derecho de hacerla valer. Nadie puede negar que el deudor está interesado en deducirla para dar validez á su pago. En cuanto á los escrúpulos del acreedor no es presumible que la Ley lo haya tomado en consideración, ya que ella acordando el remedio de la prescripción no ha creído ciertamente autorizar un medio inormal de defensa. »

Entre las dos opiniones citadas nos decidimos por la última por considerar sus argumentos más fuertes y decisivos y además porque el artículo 1166 es de una claridad tan grande que no comprendemos como puede interpretarse á favor de una solución contraria.

b.—*Derecho del deudor.*—¿Puede el deudor pedir la nulidad del pago? A primera vista y aplicando los principios generales sobre nulidades á que hemos hecho referencia anteriormente, la cuestión parece sencilla y de fácil solución. Desde que la nulidad establecida por este artículo es puramente de interés privado, la acción de nulidad solo debería corresponderle al acreedor, porque es su interés que la Ley declara nulo el pago y no en el del deudor que ha faltado á su obligación. En consecuencia el deudor no debería tener acción. Pero si bien ésta sería la solución más concordante con la teoría en la práctica nos vemos obligados á optar por la contraria, es decir, por la que concede esa acción al deudor, dados los términos en que se expresa el inciso 2.º del artículo que comentamos.

La Ley dice que no puede repetirse contra el que ha consumido la cosa fungible de buena fe, lo que en cambio implica, que el deudor puede repetir la cosa cuando el acreedor la haya consu-

(1) Tomo 7.º pág. 129.

mido de mala fe y con más razón aun cuando no la haya consumido y conserve todavía la posesión de ella.

Nos encontramos, pues, en presencia de una derogación de los principios de la materia ¿cual será la razón que habrá tenido el legislador para hacerla? Según Laurent 1) esta derogación responde solamente al deseo de favorecer al propietario de la cosa, el cual en virtud de la máxima legal que dice *que con respecto á los muebles, la posesión vale título*, solo en circunstancias excepcionales tendrán acción contra el acreedor. El Código Francés solo admite la reivindicación de los muebles en los casos de hurto, robo, etc. Por consiguiente, no pudiendo en la mayoría de los casos el propietario accionar contra el acreedor, solo le quedará el recurso de ir contra el deudor, recurso que muchas veces será ilusorio en virtud de lo insolencia de aquel. Ahora bien si se le dá al deudor acción contra el acreedor para pedir la nulidad del pago el propietario podrá obrar de una manera más eficaz contra el primero y aun si necesario fuere, presentarse en su nombre contra el acreedor en virtud de lo dispuesto por el artículo 1166 del Código Francés (igual al 1269 del Código oriental).

Esta argumentación nos parece convincente dentro del Derecho Civil Francés; pero no es suficiente, según nuestro entender, para explicar la disposición de nuestro Código. Efectivamente, éste no admite el principio de que *con respecto á los muebles la posesión vale título* sino que, por el contrario, los muebles están, según él, equiparados á los inmuebles y pueden ser reivindicados mientras no prescriba el derecho (artículo 652). Lo que si los términos son distintos, según se trate de una ú otra clase de bienes. Ante esto, falla por su base la argumentación anterior. Resulta, pues, que en nuestro código no tiene justificación de ninguna especie, la derogación de los principios generales sobre nulidad, que estudiamos y deberemos creer que el legislador ha transcrito textualmente la disposición francesa sin tener en cuenta sus consecuencias.

Hemos visto que la ley concede acción al deudor cuando se trate de cosas fun-

gibles ¿la concederá también para las cosas no fungibles? Nos parece indudable que sí. El inciso segundo establece una excepción á favor de los acreedores que han consumido de buena fe las cosas recibidas, lo que dá á entender, que la ley sienta una regla general implícita; por la cual se le permite al deudor la repetición de la cosa. Ahora bien, no hay motivo ninguno, dentro de nuestra legislación, para hacer distinciones á este respecto, entre las cosas fungibles y las no fungibles. De esto resulta que, fuera del caso de excepción ya indicado tendrá el deudor la acción de repetición correspondiente, ya sean los bienes, muebles ó inmuebles.

En cuanto al fundamento de la excepción del inciso segundo, por la cual no hay repetición contra el acreedor que haya consumido de buena fe una cosa fungible transcribiremos aquí el que dá Pothier al ocuparse de una disposición semejante. « La razón es, dice este autor, « que el consumo que el acreedor ha hecho de la cosa equivale á la traslación de la propiedad. ¿Porqué el pago es nulo cuando el acreedor no adquiere la propiedad de la cosa? Porque no puede disponer de ella. Ahora bien, si el acreedor ha dispuesto de la cosa como dueño, desde que la ha consumado, la transferencia de la propiedad no le habría dado más derechos. »

c — *Derecho del propietario.* — El derecho del propietario está expresamente protegido por la Ley. Según el artículo 651 el propietario tiene derecho para perseguir en juicio la propiedad de su cosa, contra cualquiera que la posea y pretenda retenerla. La acción que le compete en este caso se llama *reivindicatoria* ó de *dominio*. Así pues, haciendo uso de ella, en el caso de pago nulo que estudiamos, el propietario podía reivindicar su cosa, salvo que su derecho haya prescrito en los plazos señalados por la Ley.

2.ª *Capacidad de enagenar.* — El artículo 1423 exige, como ya lo hemos indicado, para poder pagar validamente, dos condiciones: *calidad de propietario* y *capacidad de enagenar*. Si deja de cumplirse una de estas condiciones, el pago será nulo. Así pues, aunque el que paga sea propietario de la cosa, si no tiene capacidad para enagenar, la operación no tendrá valor. Esta regla no es otra cosa que una apli-



cación de los principios generales sobre nulidades.

¿Quien puede invocar esta nulidad? Se trata aquí de un caso típico de nulidad relativa y según el artículo 1536 ella solo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio ha sido establecida. Ahora bien, es indudable que la disposición que estudiamos responde al deseo de favorecer á los incapaces, por consiguiente, solo ellos tendrán derecho de pedir la declaración de nulidad del pago. El acreedor capaz no podía hacerlo.

Como puede verse, existe una diferencia notable entre el caso del pago hecho por el no propietario y el efectuado por un incapaz de enagenar. En el caso primero tanto el acreedor como el deudor pueden pedir la declaración de la nulidad del pago; en el segundo solo el deudor puede hacerlo. De aquí también se derivan efectos distintos, cuando acontezca la pérdida por caso fortuito de la cosa pagada. Cuando la nulidad del pago pueden solicitarla ambas partes, el acreedor puede pedir al deudor un nuevo pago, dado que el otro no tenía valor. El riesgo es, pues, de cargo del deudor. En cambio, cuando el derecho de pedir la nulidad solo pertenece al deudor incapaz, la pérdida de la cosa será de cuenta del acreedor, ya que, con respecto á él, el pago es válido. Es necesario agregar, además, que en el caso de nulidad solicitada por el deudor incapaz, éste está obligado á ofrecer el equivalente debido en sustitución de la cosa que se le restituye porque como acertadamente dice Larombière «si con una mano repite como incapaz, con la otra debe pagar como deudor».

Ya que tratamos del pago efectuado por incapaces, será conveniente hacer una observación respecto al inciso segundo que establece que «si el pago hecho por el que no sea propietario de la cosa ó no tenga capacidad de enajenarla, consistiere en dinero ú otra cosa fungible no habrá repetición contra el acreedor que lo haya consumido de buena fe.»

Esta disposición es equitativa, como ya lo hemos demostrado en su lugar, en cuanto se refiere al pago por un no propietario, pero resulta absurda é injusta con respecto al pago efectuado por incapaces. ¿Que importancia tiene en tal caso, que la cosa haya sido consumida

de buena fe por el acreedor? ¿No sufre de todos modos el mismo perjuicio, el deudor incapaz? Si la Ley quiere proteger á éste, es pues, lógico y natural que no haya distinciones, desde que no hay motivo ninguno para hacerlos. El error de la Ley está en equiparar el caso del no propietario, que ya hemos justificado con el del incapaz que como acabamos de ver no tiene justificación de ninguna especie. Así lo reconocen la mayoría de los tratadistas.

Artículo 1424

La paga puede hacerse no solo por el mismo deudor, sino por cualquier interesado en ella, como el correo de deber ó el fiador.

La paga puede también hacerse por un tercero, no interesado, que obre consintiendo expresamente ó tácitamente el deudor.

Puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor.

En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra éste.

I.—La Ley establece en éste artículo que el pago puede efectuarse no solo por el deudor, sino también por terceros.

Antes de entrar á ocuparnos de la importante materia del pago efectuado por terceros, hacemos notar que no vemos la necesidad de que la ley establezca, como lo hace, que el pago pueda efectuarse por el deudor. Los otros códigos que tenemos á la vista nada dicen al respecto, pues debe sobreentenderse, dado que lo lógico y natural es que habiéndose obligado el deudor á pagar, debe cumplir estrictamente con lo convenido.

Apesar de la simplicidad de esta primera parte de la disposición, podría preguntarse porque la Ley dice, que la paga puede hacerse, por el deudor, como si dependiera de la voluntad de éste el efectuarla ó no. A esto debe contestarse que no es ese el sentido que la Ley ha querido darle á la palabra. Al emplear los términos *puede hacerse*, se ha querido indicar que es una obligación para el deudor es al propio tiempo un derecho del mismo. Por consiguiente, si el acreedor sin motivo legítimo se negara á recibir el pago, el deudor podría forzarlo

á ello por medio de la oblación y la consignación.

En cuanto al efecto que produce el pago efectuado por el deudor, bastará decir que extingue definitivamente la obligación. En esto se diferencia este pago del efectuado por terceros que como más adelante lo demostraremos solo extingue la obligación con respecto al acreedor.

II.—Dicho esto, pasemos á ocuparnos del pago efectuado por terceros.

En general puede decirse, que la Ley al permitir el pago por un tercero tiene en cuenta principalmente que el derecho del acreedor es el que debe primar en definitiva. El acreedor debe tener el derecho de recibir el pago, provenga éste de quien quiera que sea y es como corolario de este derecho, que la Ley reconoce que puede recibir el pago de manos de un tercero. Además de éste hay otros motivos que han determinado al legislador á permitir el pago por terceros, pero como tienen un caracter particular más bien que general, los dejaremos de lado por ahora para ocuparnos de ellos al tratar cada caso especialmente.

III —Es necesario ante todo clasificar los terceros para determinar con cada categoría cual ha sido la razón especial que ha tenido la ley para permitirles pagar por otro, é indicar además los efectos legales que tal acto produce.

Según se desprende del mismo artículo 1424 pueden clasificarse en primer lugar en dos grupos: *terceros interesados* y *terceros no interesados*. Vamos á estudiarlos separadamente.

IV. — *Terceros interesados*. — ¿Quiénes son? Se comprende bajo esta denominación á toda persona que puede ser compelida á pagar, ya se haya obligado á ello, principal ó accesoriamente. En el sentido estricto de la palabra no son estos verdaderos terceros, pero ya que la Ley los denomina así, emplearemos ese término para designarlos.

El artículo cita como ejemplos de terceros interesados, al correo de deber y al fiador; pero como esta enumeración es simplemente enunciativa, deben considerarse comprendidos en esa categoría otros terceros que lleuan las condiciones de la definición. Así el co deudor de una

obligación indivisible, dada la naturaleza especial de esta, puede considerarse equiparado al co deudor de una obligación solidaria cuando menos en cuanto á los deberes y efectos que resultan del pago; por consiguiente será también un tercero interesado. Lo mismo sucede con el tercero poseedor de un bien hipotecado; que aunque, como dice Laurent (1) no está obligado personalmente á pagar, como el acreedor hipotecario tiene acción contra él, paga indirectamente al ser desposeído del bien que le pertenece y el único medio que tiene el poseedor de evitar esto, es pagar al acreedor demandante. Tiene además el poseedor interés grande en efectuar el pago en esa forma, pues es ese el único medio de prevenir las consecuencias que puede traerle la demanda del acreedor hipotecario.

En este inciso lo mismo que en el anterior emplea el legislador la palabra *pueden* ¿Debemos darle la misma interpretación que indicamos anteriormente? Creemos que sí. Estos terceros están obligados á pagar, como ya lo hemos dicho, y el término *pueden* solo sirve para indicar que pueden tomar la iniciativa en el pago sin esperar á ser perseguidos por el acreedor.

Los terceros interesados pueden pagar á pesar de la voluntad del deudor, pues desde que la Ley faculta al tercero no interesado para efectuar el pago en esa forma (inciso 3.º, lógicamente se comprende que, con mayor razón, debe permitirlo á los interesados que tienen interés efectivo en que el pago tenga lugar.

¿Cuáles son los efectos causados por el pago hecho por un tercero interesado? En cuanto al acreedor los efectos son iguales á los del caso de pago por el deudor principal; la deuda se extingue. Pero no sucede lo mismo con respecto al deudor, el cual está obligado á responder del pago efectuado por el tercero.

¿Qué medio tendrá el tercero para hacer valer su derecho? La Ley misma lo establece en el artículo 1446 inciso 2.º, donde le concede al tercero interesado el beneficio de la subrogación. La subrogación es un beneficio de derecho en virtud del cual el tercero que paga se

(1) Tomo XVII pág. 471.

OT juzga, más que ha comprado el crédito, que no que lo ha pagado; el tercero subrogado sucede, pues, en todos sus derechos, al acreedor originario, y tendrá las mismas acciones que á éste le competen. Hay que advertir, sin embargo, que la subrogación no le da derecho al tercero para pedir el cumplimiento de la obligación misma, sino para pedir al deudor el valor de lo que hubiese da lo en pago. Tal es lo que establece el artículo

1473 1447 inciso 1.º cuando dice: « El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor. Otra limitación trae el artículo 1447 que tiene atinencia con el punto que tratamos porque se refiere á uno de los casos citados como ejemplo. Dice así (inciso 3.º): « La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda á la cual estaban obligados con otros, no los autoriza á ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los co-obligados sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos era obligado á contribuir para el pago de la deuda. » Nada más justo que esta disposición; el tercero que ha pagado es uno de tantos co-obligados y por consiguiente debe cargar con la parte que le corresponde.

Hemos visto, pues, que el tercero interesado por el beneficio de la subrogación legal, tiene la acción del acreedor originario con todas sus garantías. Pero ¿será esta la única acción que le compete? No, esta acción, lo acabamos de decir, nace del beneficio que la ley le concede al tercero; pero además de ella, tendrá éste la personal que le corresponda, que podrá ser, según los casos, ya una acción de mandato ó de gestión de negocios, etc.

Hay que advertir, sin embargo, que teniendo las dos acciones un mismo objeto: recobrar lo pagado, el tercero solo podrá hacer uso de una de ellas, pues la satisfacción de su objeto que haya obtenido por una, traerá como consecuencia la extinción de la otra.

Las anteriores consideraciones ponen en evidencia la diferencia que existe entre el pago hecho por el deudor y el efectuado por un tercero interesado. En el primer caso se extingue la deuda tanto para el deudor como para el acree-

dor, mientras que en el segundo la extinción solo tiene lugar con respecto á este último.

Terceros no interesados.—Esta categoría de terceros pueda subdividirse en tres clases distintas, según la manera que aquellos tengan de obrar, á saber: 1.º *consinténdolo expresa ó tácita entre el deudor;* 2.º *ignorándolo el deudor;* y 3.º *contra la voluntad del deudor.* Esta clasificación la hace la Ley en el artículo que estudiamos. En cambio nuestro Código no hace mención de la distinción del Código Francés, entre el caso en que el tercero obre en nombre del deudor y el en que lo haga en su nombre propio. ¿Podrá aplicarse esta distinción dentro del sistema de nuestra Ley? Nos ocuparemos de ello al estudiar cada caso en particular.

Veamos ahora cuál es el fundamento legal de esta disposición que permite á los terceros no interesados que paguen la deuda de otro. En las cuestiones de derecho el interés es la medida de nuestras acciones y es por eso que en general la Ley no permite obrar á los que no lo tienen. ¿Por qué, pues, deroga el principio en este caso? Jaubert se proponía la cuestión en su relatorio al Tribunalado en esta forma: « ¿Puede otra persona que no sea el deudor obligar al acreedor á recibir el pago? » y respondía así: « Por un lado parece que el acreedor puede decir al tercero ¿por qué os mezcláis en esto? No es con vos con quien yo he tratado. Pero por otro lado se le podría decir al acreedor ¿Cuál es vuestro interés? ¿no es el de recibir lo que se os debe? ¿Qué os importa entonces que esto se haga por el deudor ó por cualquier otro? »

Además el deudor tiene lógicamente que ver con buenos ojos que un tercero pague su deuda. No puede presumirse otra cosa.

De aquí, pues que si por una parte el acreedor no tiene interés en rehusar el pago ofrecido y por otra, el deudor sale favorecido con que tenga lugar, se comprende fácilmente que la Ley no haya trepidado en facultar al tercero para hacer el pago, aunque no exista de por medio un interés jurídico.

Otra razón puede invocarse aún para fundar la disposición que faculta á los terceros para pagar y es la que da La-

rombiere cuando dice: « que á toda per-
« sona se le permite, por una especie de
« mandato de humanidad y de fraterni-
« dad hacer mejor la posición de otra
« persona. »

Deberemos advertir aquí, que estas razones se refieren á los pagos efectua-
dos por no interesados en general, sin
perjuicio de que no sean aplicables á
algunos de los casos particulares.

*Terceros no interesados que pagan consi-
tiéndolo expresa ó tácitamente al deudor.*—

De esta clase de terceros puede decirse,
que en la mayoría de los casos serán
verdaderos mandatarios, es decir, siem-
pre que obren en nombre del deudor.
Efectivamente, la Ley al legislar sobre
el mandato dice en su artículo 2027 que
éste puede ser expreso ó tácito; y agre-
gando en seguida: « El expreso puede
« otorgarse por escritura pública ó pri-
« vada, por carta ó correspondencia y
« aún verbalmente. El tácito tiene lugar
« cuando el dueño del negocio *está pre-
« sente ó sabe la gestión que otro hace por él*
« *y calla ó no lo contradice.* » Se ve, pues,
que ya sea expreso ó tácito el consen-
timiento del deudor; se tratará siempre
de un mandato á condición, como decia-
mos, de que el tercero obre en nombre
del deudor. Lo dicho pone de manifiesto
la inconveniencia de la Ley, al llamar
terceros á los que solo son mandatarios.
El mandatario no es un tercero; es el
mandante el que obra por su interme-
dio, es, pues, en realidad el mismo deu-
dor el que paga.

Sin embargo, ya lo hemos dicho, no
siempre el que paga con consentimiento
expreso ó tácito del deudor es un man-
datario. Si consintiéndolo el deudor,
paga el tercero en su propio nombre la
deuda, no hay mandato, porque una de
las condiciones necesarias para la éxis-
tencia de este contrato es la de que haya
representación de otra persona (art.
2025) y aquí no la hay. Se tratará enton-
ces, en estos casos, de verdaderos ter-
ceros.

Fáltanos por saber, que acción ó ac-
ciones contra el deudor, tendrán estos
terceros no interesados que obran con
el consentimiento expreso ó tácito de
aquel. Nuestro Código al determinarlas
se ha apartado de la doctrina del Código
Francés. Según este último el tercero
tendrá: ó la *acción de mandato*, si como

mandatario ha obrado, ó la de *in rem
verso* si no tenía la calidad de tal. Deci-
mos que nuestro Código se ha apartado
de la Doctrina francesa, no porque nie-
gue estas acciones á los terceros, pues
debe entenderse que se las concede, sinó
porque les otorga todavía mayores faci-
lidades reconociéndoles el beneficio de
la subrogación (artículo 1446 inc. 5.º) 1472
¿Que razón se ha tenido para conceder-
les este beneficio? La dá García Goyena
en los comentarios á su Proyecto de Có-
digo Civil de España al fundar esta in-
novación en la forma siguiente: « N.º 2
« Este caso (se refiere al inciso 2.º de su
« artículo 1117 igual al inciso 5.º de
« nuestro artículo 1446 ya citado), omi-
« tido en el Código Francés y demás mo-
« dernos, envuelve mandato expreso ó
« tácito de parte del deudor; y debe pre-
« sumirse que éste por librarse de un
« acreedor más incómodo, quiso que su
« favorecedor quedase subrogado en
« lugar de aquel, y que igual fué la in-
« tención del tercero que hizo el pago;
« se presume, en una palabra, un pacto
« tácito sobre la subrogación » (1).

Se ve, pues, que nuestro Código equi-
para el caso del tercero no interesado
que paga con consentimiento expreso ó
tácito del deudor al del tercero intere-
sado en cuanto les concede á ambos,
además de sus acciones de carácter per-
sonal, el beneficio de la subrogación.
Claro que, como ya lo hemos dicho, no
pueden hacer uso de las dos acciones si
multaneamente. Usando de una se ex-
tingue el derecho de obrar con la otra.

Ocurre preguntar ¿si el tercero ha
pagado en su nombre propio, gozará
también del beneficio de la subrogación?
Creemos que sí. Los términos amplios
de ley no dan lugar á establecer distin-
gos. Basta, según ella, que haya consen-
timiento expreso ó tácito del deudor, sin
tenerse en cuenta para nada la circuns-
tancia de que el tercero haya ó no obra-
do en nombre del deudor.

En teoría esta solución nos parece
discutible. Es quizás demasiada conce-
sión, dar al tercero el beneficio de la
subrogación, allí donde el Código Fran-
cés concede solo la acción de *in rem
verso*. El hecho de obrar el tercero en su
nombre propio no deja de ser altamente

(1) Tomo 3.º pag. 140.



sospechoso. Puede haber interés ilegítimo de su parte que la Ley no debe favorecer del modo que lo hace.

Terceros que pagan ignorándolo el deudor.

— Los de esta clase son verdaderos terceros, pues de los anteriores hemos visto, que aunque el Código los llama así, en realidad solo rara vez lo son. El que paga ignorándolo el deudor es un tercero en el sentido de que, además de no representar á aquel, no puede ser perseguido ni personal ni hipotecariamente por el acreedor.

En cuanto á las razones que haya podido tener el legislador para facultarlos á pagar ya las hemos dado anteriormente, debiendo advertir, sin embargo, que ellas se refieren principalmente á los terceros de esta clase.

Creemos conveniente tener en cuenta al tratar de este grupo la distinción que hace el Código Francés entre terceros que obran en nombre del deudor y terceros que obran en su propio nombre no solo para poner en evidencia sus distintos caracteres, sino también porque á nuestro entender, los efectos del pago varían según se efectúe en una ú otra forma.

En el primer caso, es decir, cuando el tercero paga en nombre del deudor, debe considerársele casi siempre como un verdadero *gestor de negocios*, en el sentido de que obra en el interés del deudor prestándole un servicio. Casi está por demás decir, que no debe haber intención de liberalidad de parte del tercero pues si la hubiera, no se trataría ya de una *gestión de negocios* sino de una donación, la cual será ó no válida según las circunstancias. La diferencia en cuanto á los efectos de uno y otro caso es grande, pues mientras el gestor de negocios tiene acción contra el deudor, el donante no la tiene. Cuando el tercero paga como gestor de negocios está dentro del derecho común y éste le concede una acción semejante á la de mandato que se llama de *negotiorum gestorum* (gestión de negocios).

Veamos ahora el segundo caso, es decir, aquel en que el tercero obra en su propio nombre. No hay aquí gestión de negocios. El artículo 1283 establece las condiciones necesarias para la existencia de este cuasi-contrato que son: 1.º administración de bienes ó negocios

ajenos, 2.º la no existencia de mandato y 3.º que el dueño no tenga conocimiento de la gestión. En el caso que estudiamos, si bien se llenan las dos últimas condiciones, no sucede lo mismo con la primera. Para que esta se cumpla es necesario que el gestor no obre en su nombre personal, sino en representación del dueño ó interesado. No hay, pues, como decíamos, gestión de negocios, ni por lo tanto la acción correspondiente. Esto no quiere decir que quede sin acción contra el deudor; siempre le corresponderá la de *in rem verso*, cuyo fundamento es que la Ley no quiere que nadie se enriquezca con perjuicio de otro.

Por lo dicho se ve que es conveniente establecer la distinción entre el caso que el tercero paga en nombre del deudor y el que lo hace en su nombre propio. Las acciones que se tienen para recuperar lo pagado son distintas. El tercero que obra en nombre del deudor es un gestor de negocios y tiene como tal la acción de *negotiorum gestorum* que es muy amplia y semejante á la de mandato. En cambio el tercero que paga en su propio nombre no es gestor de negocios, lo que da como resultado que solo tenga la acción de *in rem verso*, la cual le da únicamente derecho á reclamar hasta la concurrencia de lo que su pago ha enriquecido al deudor.

Antes de concluir con las consideraciones sobre esta clase de terceros, diremos de paso (para tratarlo con más extensión en el artículo siguiente) que no tienen ellos derecho á la subrogación legal ni tampoco para exigir del acreedor que la efectúe, todo lo cual no excluye, por supuesto, el derecho que tiene este último de subrogar en su lugar al tercero si tal es su voluntad.

Terceros que pagan contra la voluntad del deudor — Nuestro Código siguiendo á las leyes romanas y españolas y también á la doctrina francesa permite al tercero pagar contra la voluntad del deudor. En este caso no pueden invocarse para fundarlo, la mayor parte de las razones dadas anteriormente al ocuparnos de los terceros no interesados en general. No se puede decir que hay interés para el deudor en esta clase de pagos, porque como hace notar Laurent, nadie mejor que él podrá juzgar lo que realmente le interesa y su manifestación contraria

demuestra que según él, tal interés no existe. Tampoco puede decirse que se trata de una liberalidad ó donación, porque para que ésta tenga existencia legal, es necesario el consentimiento del donatario (es el deudor) y aquí no lo hay. Como complemento de estas observaciones conviene decir que es verdaderamente peligroso y puede llegar hasta ser un ataque al derecho de otro, eso de permitir que un tercero se mezcle en negocios ajenos contrariando la voluntad expresa del deudor.

¿Cuál es entonces la razón que ha tenido la Ley para permitir el pago de un tercero contra la voluntad del deudor? La única que puede citarse en su apoyo es la de que siendo la Ley, en todos los casos, favorable al pago, no tiene en cuenta para nada la opinión del deudor, ocupándose solo de que el acreedor reciba lo que se le debe. En cuanto al deudor, no puede decirse que su situación empeora, ni aún en el caso en que le concediera acción al tercero para ir contra él, cosa que no ha hecho nuestro Código. Lo probaremos al ocuparnos más adelante de la cuestión.

A propósito del pago contra la voluntad del deudor ocurre preguntar si podrá pagarse cuando no sea el deudor, sino el acreedor quien se oponga á ello. Ante todo, debemos descartar los casos en que se trate de terceros interesados ó de *no interesados* que obren como mandatarios ó gestores de negocio, porque todos éstos ó son en sí verdaderos deudores ó representantes más ó menos directos. Por consiguiente tienen el derecho de pagar y aún de obligar al acreedor á recibir el pago.

Excluidos los anteriores quedan todavía dos clases de terceros, que no son ni deudores, ni mandatarios, ni gestores de negocio, á saber: 1.º los que pagan en su nombre propio, 2.º los que lo hacen contra la voluntad del deudor. ¿Puede el acreedor oponerse al pago en estos casos? Veámoslos separadamente.

Con respecto al primero la discrepancia de los autores es grande. Dumoulin y Pothier sostienen que si con el pago no se presta un verdadero servicio al deudor, el acreedor podrá negarse, si quiere, á recibirlo. Desaparece, según ellos, la razón que se ha tenido para permitir el pago por terceros, que es la de que se preste un servicio al deudor, cosa

que no sucede cuando solo tiene lugar un cambio de acreedor. Esta doctrina antigua ha sido adoptada también por Locré (1) quien trata de armonizarla con los principios del Código Francés y al efecto dice: « El derecho de pagar por otro ha sido establecido porque parecia injusto que el acreedor pudiese caprichosamente impedir un beneficio que un hijo, un amigo ó un benefactor querrian hacer recaer en el deudor, ya sea sustrayéndolo á la persecución de un acreedor intolerante y molesto ó ya concediéndole una espera ó librandolo de una prenda ó de una hipoteca. Ahora bien, donde el deudor no haya de sacar ninguna ventaja del pago, falta la razón de la Ley y debe rehusarse al tercero no interesado el derecho de hacer un pago que el acreedor no quiere y el deudor no aprovecha. » No nos parecen aceptables las razones de los autores citados. Por un lado no hay base ninguna legal para establecer tales distinciones y por otro, no vemos como la Ley, que niega derecho al deudor para oponerse al pago, sea cual sea su interés, va á convertir en árbitro de esa utilidad al acreedor quien como es natural, poco ó nada le importa de ello. Al acreedor lo único que debe importarle es recibir lo que se le debe.

Otros autores como Giorgi y Laurent opinan que el acreedor, aunque por regla general no puede oponerse al pago, podrá hacerlo, sin embargo, cuando tenga interés personal en la oposición. No se trata ya del interés del deudor sino del del propio Acreedor. Argumentan diciendo que la razón que tiene la Ley para permitir el pago por terceros, al menos en cuanto al acreedor, es que éste no tiene interés en rehusarlo, y lo único á que debe atenderse es á recibir el pago, venga de quien venga. Ahora bien, dicen, si aunque raro puede presentarse el caso de que el acreedor tenga un interés legítimo en rechazar el pago, desaparece entonces el motivo que se ha tenido para obligarlo á recibir. Y tan cierto es, que la Ley ha tenido en cuenta la circunstancia de si existe ó no interés de parte del acreedor para oponerse al pago, que en el artículo 1426, al ocuparse de las obligaciones de hacer permite al acreedor negarse á re-

(1) Tomo XII pág. 462.

cibir el pago, cuando tiene interés en que sea ejecutado personalmente por el deudor. Agregan entonces los autores citados, que en las obligaciones de dar, por su misma naturaleza, rara vez existirá ese interés; pero si alguna vez existe, deberá tener derecho el acreedor para oponerse, desde que no hay motivo ninguno para hacer distingos entre estas dos clases de obligaciones en cuanto á estos efectos. Explican además el silencio de la Ley con respecto á esta cuestión por el hecho de ser rarísimo que el caso pueda presentarse como ya lo hemos dicho anteriormente. La jurisprudencia en Francia es uniforme en este sentido.

A pesar de toda la argumentación anterior nos cuesta creer que en la práctica, teniendo en cuenta los términos expresos de la Ley, se puedan hacer estas distinciones entre el caso en que hay interés de parte del acreedor y el que no lo hay. En doctrina, encontramos la solución perfectamente arreglada á los principios generales del derecho. Pero; como decíamos, en la solución práctica de la cuestión no estamos de acuerdo. Nuestra Ley dice que los terceros pueden pagar y al decir *pueden* les da indudablemente el derecho de obligar al acreedor á recibir el pago ó sino a hacer la oblación y la consignación si necesario fuere. No hace distinción de ninguna especie y por consiguiente todos los terceros sea cual sea su calidad tendrán el derecho que apuntábamos.

Ocupémonos ahora del segundo caso referido, es decir, ¿si puede el acreedor oponerse á recibir el pago, cuando el tercero obre contra la voluntad del deudor? Hemos tratado antes, de los casos en que el deudor ó el acreedor separadamente se oponen á la realización del pago. Ahora nos encontramos en presencia de una doble manifestación contraria; el acreedor y el deudor se oponen al pago. Es improbable, pero no imposible, que el caso se presente. Supongamos que el acreedor recibe la oferta de pago de parte de un tercero y antes de aceptar consulta al deudor quien le comunica su disconformidad y á la cual une la suya el acreedor fundándola en un interés legítimo. Ya hemos visto que la negativa del deudor no impide el pago y en la misma forma nos hemos pronunciado con respecto á la del acreedor.

Pero aquí la cuestión es más grave, dado que no se puede decir que favorezca á ninguno de los dos como lo prueban las manifestaciones contrarias. El artículo que estudiamos quiere proteger tanto al deudor como al acreedor, al primero permitiendo que otro lo libere y al segundo autorizándolo á recibir el pago de mano de otra persona. Pero aquí, como decíamos, no hay interés para ninguno de los dos y no se ve la razón que pudiera invocar el tercero para obligar al acreedor á recibir el pago. Como dice Giorgi, *donde no hay interés falta el derecho*. Se podrá objetar á esto que lo establecido por el artículo 1424 es una derogación de ese principio. Muy bien, pero como ya lo hemos dicho, esa derogación ha sido establecida en el interés del deudor y del acreedor y resulta que si éstos no lo tienen desaparece la razón de esa derogación y debe entonces aplicarse el principio general de que hablábamos que no es otra cosa que una regla elemental de derecho. Es por estas razones que creemos que en el caso de concurrir las dos oposiciones no podía el tercero obligar al acreedor á recibir el pago.

Pasemos ahora á ocuparnos de la debatida cuestión sobre si debe ó no tener acción contra el deudor el tercero que paga contra su voluntad, cuestión que para nosotros tiene un interés puramente teórico, desde que el Código la ha resuelto expresamente en sentido negativo.

La resolución de esta cuestión dio lugar á grandes controversias entre los jurisconsultos romanos y Justiniano queriendo cartar la discusión estableció en la última Ley de su Código (*negotii gestis*) que aquel que se mezclara en los negocios de alguien á pesar de oposición formal que constara debidamente por una notificación ó denuncia escrita ó también por un testimonio, no tendría contra él ninguna acción para reclamar los desembolsos posteriores á la prohibición aunque el negocio haya sido desde entonces bien y útilmente administrado. La ley XI título 20 libro 3.º del Fuero Real se pronuncia también en el mismo sentido así como el Proyecto de Código Civil para España de García Goyena y el Proyecto de Código Civil para el Brasil de Freitas. El Código Civil Francés nada ha establecido al respecto, lo que ha dado lugar á controversias

entre los comentaristas: así Toullier sostiene la negativa, Durantón la admite en parte, pero la gran mayoría se deciden por la afirmativa como ser: Colmet de Santerre, Demolombe, Larombière, Laurent, Marcadé, Huc, etc. Por último, el Código Argentino en su artículo 728 establece expresamente que el tercero que paga contra la voluntad del deudor tiene derecho á cobrar de éste aquello en que hubiera sido útil el pago.

En cuanto á nuestro Código ya hemos dicho que se decide por la negativa en estos términos: «*Si pagó contra la voluntad del deudor no podrá repetir contra éste.*»

Veamos ahora, ante todo, las razones que se han invocado para justificar la negativa á conceder acción al tercero que paga contra la voluntad del deudor. Toullier en su Tratado de Derecho Civil Francés (1) se expresa en estos términos: «*Si el tercero que hace los ofrecimientos declara que es beneficio del deudor y sin reclamación respecto de él, el acreedor no podrá rehusar. Pero sin esta declaración, aquel que paga la deuda sin saberlo el deudor, tiene contra éste la acción de negotiorum gestorum con tal que la deuda sea legítima, exigible y no contestada. Al contrario, el tercero que hubiese pagado á pesar del deudor, no tendrá acción para reclamar lo que hubiese pagado, porque la obligación que resulta del cuasi-contrato está fundada en el consentimiento tácito ó presumido del deudor. Por otra parte aquel que paga á pesar y contra la voluntad del deudor se juzga que le quiere gratificar.*»

Hemos transcrito íntegramente la opinión de Toullier porque sus razones son las mismas que han tenido en cuenta los demás partidarios de la idea de no conceder acción al tercero. Debemos declarar que á nuestro juicio carecen por completo de base jurídica y son contrarias á la estricta justicia. Con respecto á la primera, nos parece que sería exacta si se pretendiera hacer del tercero que paga contra la voluntad del deudor un gestor de negocios y concederle la acción pertinente. Pero nadie ha sostenido eso y la acción que se quiere darle no es la de *negotiorum gestorum* sino la de

in rem verso. Falla por consiguiente por su base el primer argumento. En cuanto á la segunda, que es la misma que cita García Goyena para fundar una solución semejante, puede contestarse diciendo que es un principio de derecho que las donaciones no se presumen. Por otro lado, para que la donación produzca efecto es necesario que la acepte el donatario (art. 1587), condición que no se cumple en el caso presente.

Otros autores como Durantón (1) consideran grave conceder siempre á los terceros acción contra el deudor, pues aquellos podrán obrar muchas veces con fines perversos, aunque en otras sólo lo hagan en el interés verdadero del deudor. Como medio de subsanar los inconvenientes que pueden resultar de aplicar una regla uniforme á todos los casos sin distinción, propone dejar librado al arbitrio judicial la conveniencia de conceder acción al tercero, debiendo tenerse en cuenta por el juez los motivos que han impulsado á obrar al tercero. Tampoco encontramos aceptable este sistema que deja librada al arbitrio de los jueces la solución de una cuestión tan importante. Para nosotros no existe peligro alguno en dar acción al tercero, dado que la acción de *in rem verso*, que sería, como ya lo hemos dicho, la que le correspondería, es muy restringida y pone al deudor á cubierto de los posibles abusos del tercero.

Citaremos por último la opinión de Mourlon (2) sobre este punto. Cree el autor citado que deben distinguirse varios casos para conceder ó no acciones de restitución. Estos serían tres según él: 1.º Cuando el tercero obra en su propio interés personal *sine animo donandi* y pretendiendo incomodar al deudor. Cree que entonces debe dársele la acción de *in rem verso*.—2.º Cuando el tercero, aunque también *sine animo donandi* se propone efectuar el pago al solo efecto de beneficiar al deudor. En este caso le da la acción de *negotiorum gestorum*.—Y 3.º Cuando el tercero obra con *animo donandi* que puede ser ya al deudor, ya al acreedor. Si es al deudor no tendrá acción contra él desde que ha habido donación, pero si es al acreedor tendrá

(1) Tomo 7.º n.º 12.

(1) Tomo XII p. 19.

(2) Tomo II pag. 722.



entonces contra el deudor la acción de *in rem verso*.

No nos parece aceptable tampoco la proposición de Mourlon. No vemos cuál puede ser el fundamento á invocarse para conceder en el primer caso al tercero la acción de *negotiorum gestorum* allí donde no hay gestión de negocios, desde que existe la oposición del deudor. En cuanto al tercer caso, que niega acción al tercero cuando ha obrado *animo donandi* con respecto al deudor, creemos que pueden hacerse en su contra las mismas observaciones que hicimos á la segunda parte de la argumentación de Toullier.

De todas las consideraciones hechas anteriormente se deduce, á nuestro entender, que no ha estado en lo justo el legislador oriental al negar al tercero que paga contra la voluntad del deudor, la acción de repetición correspondiente. Desde que se reconoce el derecho que tiene el tercero para pagar, es obvio que debe establecerse una acción correspondiente á tal derecho. Además es contrario á la equidad, eso de permitir que una persona se enriquezca en perjuicio de otra. En cuanto á los peligros que pueda ofrecer la concesión de la acción, nos parece, como ya lo hemos dicho, que son más bien ilusorios que reales dado que la acción que les correspondería á esta clase de terceros sería la de *in rem verso* que está limitada á lo que el juez juzgue que se ha convertido en utilidad efectiva del deudor.

Para concluir con este artículo vamos á tratar de una cuestión que se relaciona directamente con la del pago efectuado por terceros. Es esta ó puede el tercero que tiene la calidad de acreedor del acreedor oponerle la compensación? Desde muy antiguo ha sido éste un punto discutido. Entre los romanos la mayoría de los jurisconsultos estaban por la negativa, sin distinción de ninguna especie. En cambio Pothier y Duranton creen necesario establecer una distinción en la siguiente forma: admitiendo la compensación cuando sea deducida por el mismo deudor con el simple consentimiento del tercero y negándola cuando sea ésta quien se presente con su propio crédito, para pagar. Duranton funda esta distinción, en que según él existe en el primer caso una especie de cesión de crédito y que siendo la ley

favorable á la liberación debe considerar esa pretendida cesión como si fuera verdadera.

Creemos inaceptable este razonamiento. La Ley exige para que haya compensación legal (artículo 1471) que las dos personas sean deudoras una de otra y esto no sucede en el caso presente. En cuanto á la distinción propuesta por Duranton consideramos que no puede hacerse pues no caben sino estos dos términos: ó hay una verdadera cesión ó tal cesión no existe. Si la cesión ha tenido lugar en la forma establecida por la Ley, no se trata ya de pago efectuado por terceros y la dificultad desaparece porque siendo el deudor dueño del crédito se verificará *ipso jure* la compensación. Fuera de este caso no hay cesión del crédito y entonces por la razón que dábamos deducida del artículo 1471 no hay lugar á la compensación. Por lo demás y fuera de lo dicho, podemos agregar que si bien no cabe en este caso la compensación legal, creemos que nada se opone á que tenga lugar la compensación facultativa, que aunque no está establecida expresamente por la Ley, se reconoce en principio su legitimidad. Esta forma depende solamente de la voluntad de las partes quienes son dueñas de compensar sus deudas de la manera que mejor les plazca.

Artículo 1425

El tercero que paga, ignorándolo el deudor, no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler á éste á que lo subrogue.

Esta disposición, que la mayoría de los Códigos extranjeros no la tienen, nos parece innecesaria, desde que lo que ella establece, se encuentra legislado también en el capítulo especial sobre la subrogación. Vamos á demostrarlo. La subrogación, según el artículo 1443 puede ser de dos clases: *legal ó convencional*. La Ley establece taxativamente en otro artículo (el 1446) los casos en que ha lugar la subrogación legal y entre ellos no se encuentra el del tercero no interesado que paga ignorándolo el deudor.

1216 En cuanto á la convencional el artículo 1444 resuelve expresamente que los terceros de que tratamos pueden ser subrogados por el acreedor en todos sus derechos, acciones y garantías contra el deudor. De lo dicho se deduce que si el acreedor no quiere subrogar al tercero, éste no tendrá más acción contra el deudor que la personal correspondiente que podrá ser, según los casos ya explicados. *la ley argentina que no dio lugar á la de* *intervención*. Resulta pues, que el artículo 1425 no es sino una repetición de lo que la ley dispone en otro capítulo como lo acabamos de decir.

1215 No indicaremos en este lugar los fundamentos de esta disposición por haberlo hecho ya al ocuparnos del artículo anterior.

Sin embargo, haremos notar aquí, que nuestro legislador ha evitado con estas disposiciones el error cometido por el Código Argentino, en su artículo 768 inciso 3.º, al incluir entre los casos en que hay subrogación legal, el del tercero que paga ignorándolo el deudor. Y decimos que hay error, porque no existe motivo ninguno que justifique tal inclusión. Las razones invocadas por García Goyena, de las que ya hemos hecho referencia, para fundar su disposición relativa á los terceros que pagan con consentimiento tácito ó expreso del deudor, lejos de justificar la disposición argentina sirven por el contrario para poner en evidencia su sin razón. Por otro lado, grandes son los peligros que pueden ocasionarse de conceder la subrogación á terceros que bien pueden obrar con el solo designio de perjudicar al deudor.

La regla debe ser, pues, la que establece nuestra ley. El que paga ignorándolo el deudor no puede pretender la subrogación, sin perjuicio del derecho que tiene el acreedor de subrogarlo en su lugar.

Esta regla sufre excepción, sin embargo, en materia de letras de cambio. Efectivamente el artículo 897 del Código de Comercio estatuye que: «El que paga una letra por intervención, mediando el respectivo protesto, se subroga en todos los derechos y obligaciones del portador. Si paga por el girado solo tiene recurso contra éste. Lo tendrá contra el librador, si el girado no tuviese provisión de fondos; pero en ningún caso contra los endosantes. Pa-

« gando por cuenta ú honor de la firma
« del librador, solo, este le responde de
« la cantidad desembolsada haya ó no
« provisión de fondos y quedan libres
« todos los endosantes. Si pagare por
« cuenta de un endosante, tiene la mis-
« ma repetición contra el librador y ade-
« más contra el endosante por quien in-
« tervino y los demás que le precedan en
« el orden de los endosos; pero no contra
« los endosantes posteriores que quedan
« exonerados de su responsabilidad. En
« general, el pago hecho por interven-
« ción por cuenta del girado ó del libra-
« dor exonera á los endosantes y hecho
« por cuenta de un endosante exonera á
« los endosantes subsiguientes ».

En la mayoría de los casos indicados en este artículo se trata de verdaderos terceros que pagan ignorándolo el deudor y a pesar de ello, quedan subrogados de pleno derecho en el lugar del acreedor.

« Cuales son las razones que ha tenido
la ley comercial para establecer esta de-
rogación á la regla general del derecho
civil? No han sido otras que, por un lado
la conveniencia que existe para el co-
mercio de facilitar por todas las medios
posibles el pago de las letras de cambio
y por otro el deseo de librar á los co-
merciantes de la vergüenza de ver su
firma expuesta al deshonor de un pro-
testo. »

Otra disposición que tiene relación directa con la anterior, contiene el Código de Comercio y es la relativa al caso en que concurren varios intervinientes por distintas firmas. Es la siguiente: « Artículo 896. Si concurriesen varios individuos para intervenir en el pago de una letra, será preferido el que intervenga por el girado ó por el librador, y si todos pretendieren intervenir por endosantes, se admitirá al que lo haga por el de fecha más antigua ». Relacionando este artículo con el que citábamos anteriormente, se ve que el objeto que se ha propuesto el legislador es que, en igualdad de circunstancias, se acepte el pago del interviniente, por el cual resulte el mayor número de personas liberadas de las que estaban obligadas al pago de la letra.

Hemos explicado antes cual es el alcance de la disposición del artículo 1425 del Código Civil, indicando que aunque no hay subrogación legal ni puede com-

pelerse al acreedor á que la efectúe, éste puede sin embargo, sobrogar voluntariamente al tercero que paga ignorándolo el deudor. Ocorre ahora preguntar ¿Podrá hacer lo mismo con el tercero que paga contra la voluntad del deudor? Respondemos negativamente. El Código al ocuparse en su artículo 1444 de la subrogación convencional hace referencia expresa al artículo que estudiamos lo que demuestra claramente que solo ha querido permitir esa subrogación en el caso de terceros que pagan ignorándolo el deudor. Quedan pues excluidos de ese derecho los terceros que pagan contra la voluntad del deudor. Si esto no fuera bastante, podríamos agregar una razón teórica en apoyo de la solución que apuntamos, y es esta: que mirando la Ley con malos ojos el pago efectuado por un tercero contra la voluntad del deudor, como lo prueba el hecho de no conceder acción de repetición debe suponerse que en el mismo orden de ideas á su respecto, ha querido excluirlos aun del favor de la subrogación convencional.

Artículo 1426

La obligación de hacer no puede ser cumplida por un tercero contra la voluntad del acreedor cuando éste tiene interés en que sea ejecutada por el mismo deudor.

Como hemos visto anteriormente el artículo 1424 establece como principio general que el pago puede efectuarse por el deudor ó por terceros. En cambio, este artículo dispone que con respecto á las obligaciones de hacer no regirá el mismo principio, sino que por el contrario la regla será que solo pueden ser cumplidas dichas obligaciones por el deudor, salvo el caso en que sea indiferente para el acreedor que la obligación se ejecute por aquel ó por otra persona. Resulta entonces, que mientras para las obligaciones de dar la regla es que pueden cumplirse por el deudor ó por terceros, para las de hacer la regla es que sólo pueden ejecutarse por el deudor.

¿Cual es el fundamento de esta excepción? La razón que ha tenido la Ley para establecerla es bien sencilla por cierto. En las obligaciones de dar poco le importa al acreedor quien es la per-

sona que la cumple (1), lo que él quiere es que el pago se efectúe en la cosa prometida y bien se comprende que para hacerlo en esta forma lo mismo dá que el que lo haga sea el deudor que un tercero interesado ó nó. No pasa igual cosa con la obligación de hacer en la que el acreedor ha tenido en cuenta indudablemente, en la mayoría de los casos, quien es la persona que ha de ejecutarla desde que, como dice Larombière «las prestaciones personales se miden por la persona que las debe, en razón de la diferencia que existe entre los individuos según su arte, talento, conocimientos, experiencia ó habilidad».

De manera que, en general, la obligación de hacer sólo puede cumplirse por el deudor y siempre que esa sea la voluntad del acreedor. Pero de los mismos fundamentos del artículo se deduce que hay casos en que los terceros pueden hacer esta clase de pagos y es por eso que la Ley ha dispuesto implícitamente que cuando el acreedor no tiene interés en que el pago lo efectúe el propio deudor, podrán ejecutarlo los terceros. Si no hay interés, no habrá tampoco derecho de parte del acreedor para oponerse al pago, el cual podía efectuarse ya por el deudor, ó ya por terceros, según la regla general del artículo 1424.

La disposición de este artículo (1426) se extiende no solo al caso en que el tercero se presente espontáneamente á pagar la deuda, sino también al caso en que haya mediado entre él y el deudor un contrato, por ejemplo de arrendamiento de obras, por el cual estuviese obligado con respecto al deudor á cumplir sus compromisos. Ni aún así podría obligarse al acreedor á recibir el pago del tercero; sin perjuicio, como se comprende, del derecho de este último para justificarse ante el deudor de la falta de cumplimiento del contrato celebrado por ambos.

Artículo 1427

Puede hacerse la paga no solo al acreedor (bajo cuyo nombre se entienden todos los que

(1) Esta es la regla general. Sin embargo puede suceder que alguna vez tenga interés el acreedor en que el pago se efectúe por el mismo deudor como ya hemos tenido ocasión de indicarlo al ocuparnos del artículo 1424.

le hayan sucedido en el crédito aún á título singular) sino también á la persona que lo represente en virtud de un mandato emanado del acreedor mismo ó de autorización de la justicia ó de la ley.

La paga hecha á persona incompetente es válida si el acreedor la ratifica ó se aprovecha de ella.

Este artículo y los siguientes inmediatos se dirigen á resolver esta cuestión: ¿á quien debe pagarse? Como se comprende naturalmente el número de los individuos á quienes puede hacerse el pago es mucho menor que el de los que pueden efectuarlo; la Ley no puede exponer al acreedor á perder su derecho sin su consentimiento. De ahí que en principio solo tienen facultad para recibir el pago el acreedor ó sus representantes.

Al establecer la Ley que el pago debe ser hecho al acreedor no hace otra cosa que deducir este resultado del contrato, por el cual el deudor está obligado á dar ó hacer alguna cosa en favor de aquel. El acreedor tiene, por consiguiente, el derecho de exigirlo.

Haremos notar desde ahora que al hablar la Ley del acreedor no quiere referirse sólo al originario, es decir, al que intervino en el contrato, sino también á toda persona que haya adquirido de él su derecho, ya sea á título universal ó singular. Esto podrá suceder por sucesión, donación, cesión, subrogación, transacción, etc. Podrá acontecer que en lugar de ser uno sean varios los sucesores á título universal ó singular y entonces será necesario saber en que forma deberá efectuar el pago el deudor. Creemos que ocurriendo lo expuesto, el deudor tendrá que ejecutar el pago dividiéndolo según corresponda entre los acreedores conjuntos, salvo que se tratara de obligación indivisible ó solidaria, en cuyo caso podrá hacerlo á uno solo en la forma que establece la Ley.

Agregaremos con respecto al pago hecho al acreedor mismo, que no será válido si éste es incapaz, como así lo declara el artículo 1430. Al ocuparnos más adelante de este artículo 1430 determinaremos quienes son incapaces para recibir el pago y los efectos consiguientes.

Después de establecer el artículo que el pago debe ser hecho al acreedor,

agrega que también «puede hacerse á la persona que lo represente en virtud de un mandato emanado del acreedor mismo ó de autorización de la justicia ó de la Ley». Admite, pues, la Ley tres clases de mandatarios de que nos ocuparemos separadamente, á saber: *convencionales, judiciales y legales*.

Mandatarios convencionales. — Son considerados tales los que obran en virtud de contrato celebrado entre las partes. El mandato puede ser especial ó general. En los dos se admite generalmente por los tratadistas que pueden recibir el pago, porque *vero procuratori recti solvitur*. Sin embargo, con respecto á los mandatarios generales hay algunos autores que no están conformes en darles la facultad de recibir el pago, al menos en todos los casos. Por nuestra parte creemos que no se puede negar que el mandato general de administración confiere al mandatario el poder de recibir el pago en nombre del acreedor. Este hecho está incluido, en efecto, entre los actos de administración general, salvo como se comprende, cuando se hayan establecido restricciones á ese respecto en el contrato.

Al mandato convencional de que tratamos se le aplican las disposiciones del código sobre este contrato. El mandato puede ser expreso ó tácito. El primero podrá celebrarse por escritura pública ó privada, carta, etc. á no ser que la Ley preceptúe el empleo de la escritura pública. En lo que se refiere al mandato tácito, el deudor deberá tener en cuenta lo delicado del caso, para no efectuar el pago sino cuando resulte claramente de los hechos, que el mandante ha dado la autorización. De lo contrario se expone á sufrir las consecuencias de su *impremeditación*. Es por esto que será más conveniente para el deudor que solicite del mandatario, como tiene derecho de hacerlo, la prueba de su calidad de tal.

Hay un caso en que la prueba del mandato se deduce del mismo contrato en que el deudor es parte. Esto sucederá, por ejemplo, si en un contrato de compra-venta se indica que el pago debe efectuarse en manos de un tercero. A este tercero mandatario, al cual se ha convenido entre las partes entregarle el precio, se le llama como lo hacían los jurisconsultos romanos *adjecti solutionis gratia*.

Estos terceros son mandatarios, pero se diferencian de los comunes, en que con respecto á ellos el mandato puede ser revocado por la sola voluntad del mandante, mientras que para hacerlo con los *adjecti* se necesita el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor, porque el nombramiento se considera como una cláusula del contrato que no puede modificarse sin que exista conformidad de partes. Así opinan algunos tratadistas.

Otros autores como Giorgi, Larombière, etc. aunque aceptan en general lo que acabamos de decir, creen que hay casos en que puede dejarse de lado sin inconveniente el nombramiento del *adjecti*. Así por ejemplo, si el acreedor exige directamente el pago y el deudor no tiene interés ninguno en efectuarlo en manos del *adjecti*, debe acceder á lo solicitado y pagar porque, según los autores citados, donde no hay interés no hay derecho. Por nuestra parte no encontramos inconveniente en aceptar esta salvedad.

En cuanto al mandato convencional común, deben aplicársele, como decíamos, las disposiciones de la Ley sobre ese contrato en general. Es revocable á voluntad del mandante, pero esa revocación debe hacerse saber al deudor, pues de lo contrario, el pago hecho por él, de buena fé, en manos del mandatario aparente será válido y lo librará de toda acción en su contra. No se puede llegar á la misma solución, cuando el deudor paga en manos de un mandatario que presenta un poder falsificado. En este caso no hay culpa ninguna de parte del mandante, que ignora el hecho y por consiguiente no ha podido evitarlo. En cambio el deudor tiene la obligación de cerciorarse bien, antes de pagar, si el que presenta el título es ó no un verdadero mandatario y si no lo hace, la falta será suya y deberá cargar con las consecuencias. Se le aplicará la regla que dice: "*quien paga mal debe volver á pagar*". Debe entenderse sin embargo, que el deudor no estará obligado á repetir el pago en estos dos casos: 1.º si el acreedor lo ratifica (inc. 2.º), 2.º si ha habido combinación fraudulenta entre el falso mandatario y el acreedor.

Mandatarios legales y judiciales. — El pago que no puede ser hecho directa-

mente al mismo acreedor, ya sea por incapacidad ú otras causas, podrá efectuarse válidamente en manos de la persona autorizada para recibirlo, por la Ley ó por el juez. No definimos lo que se entiende por cada una de estas clases de mandatarios porque sus mismas designaciones lo indican.

Los mandatarios legales se diferencian de los judiciales en que la Ley misma hace la designación más ó menos directa de los primeros, mientras que con respecto á los segundos solo establece la facultad de hacerla por los jueces, dejando la elección á cargo de éstos. Como puede verse, la diferencia entre una y otra clase de mandatarios, es poca, pues más ó menos es siempre la Ley la que los nombra y es por eso que algunos autores como Giorgi, niegan importancia á la distinción.

Como ejemplos de mandatarios legales podemos citar: el padre de familia con respecto á los bienes de sus hijos; el tutor ó curador legítimo en lo que se refiere á los bienes de los pupilos ó incapaces; los que entran en posesión provisoria de los bienes de un ausente, con relación á estos; el marido de su carácter de administrador legal de la dote de su mujer, etc.

Son ejemplos de mandatarios judiciales entre otros: los tutores dativos; los administradores nombrados por el juez para los bienes de un presunto ausente y el secuestre judicial.

× Resuelta la cuestión de á quien debe pagarse, nos queda por averiguar cual será el efecto del pago hecho al que no es acreedor ó representante legítimo de éste. Como regla general debe decirse, que el pago hecho en esa forma carece de validez y que en consecuencia el deudor deberá volver á pagar al verdadero acreedor ó á su representante, sin perjuicio de su acción contra el falso mandatario ó propietario para recobrar lo pagado indebidamente. Esta es como decíamos la regla general; pero la Ley acepta, sin embargo, que esos pagos nulos puedan adquirir validez en determinados casos. Estos son cuatro que indicaremos primero en conjunto, para ocuparnos después separadamente de cada uno de ellos: 1.º Si el acreedor ratifica el pago efectuado (inc. 2.º). 2.º Si saca provecho de dicho pago (inc. 2.º). 3.º Si el acreedor sucede hereditaria-

mente al que ha recibido el pago; y 4.º Cuando el pago es hecho de buena fé á la persona que estaba en posesión del crédito.

1.º *Ratificación del acreedor.* — Es evidente que el código comprende en esta enunciación tanto el pago hecho á quien no es acreedor ó representante legítimo como el pago hecho á un incapaz. Sin embargo, estos dos casos no deben confundirse. Cuando se paga á un individuo que no es acreedor ó representante de éste, el pago más que nulo, es inexistente, desde que no ha habido ni siquiera acuerdo de voluntades. Es necesario, pues, para validar el acto, la ratificación del acreedor que viene á ser su primera manifestación con respecto al pago. En cambio, cuando se trata del pago hecho á un incapaz la cuestión varía. Ha habido entonces consentimiento; pero la Ley lo considera viciado y por esa razón le permite al incapaz solicitar la declaración de nulidad. Ahora, si esa persona incapaz llega después á adquirir capacidad la ley lo faculta para ratificar el acto viciado. Como se ve la diferencia entre los dos casos es grande pues mientras en el primero el acreedor ratifica un pago hasta entonces extraño para él, en el segundo el incapaz no hace otra cosa que confirmar un hecho anterior suyo que la Ley consideraba viciado.

Es en virtud de esta diferencia que apuntamos, que los autores franceses critican el hecho de que la ley designe con la misma palabra actos de caracteres tan distintos y proponen en consecuencia, que en lugar de *ratificación* se le llame *confirmación* al acto del incapaz.

Podemos además establecer otras diferencias entre los dos casos. Dando por sentado que cuando se trate de un pago hecho á un acreedor ó representante falso, el hecho es inexistente en cuanto al verdadero acreedor, se comprende que éste podrá reclamar el pago de parte del deudor, en cualquier tiempo mientras no se haya prescrito su acción, en los términos establecidos en el capítulo de la prescripción.

En cambio, si el pago ha sido hecho á un incapaz hay nulidad relativa pero ella puede ser subsanada por el transcurso del tiempo. El artículo 1542 establece que se pierde el derecho de pedir la nulidad, después de transcurridos cuatro años desde que cesó la incapacidad.

La diferencia tiene pues su importancia, desde que en el primer caso se aplican las disposiciones de la prescripción y los plazos pueden ser largos, mientras que al segundo le corresponde las disposiciones sobre nulidades relativas, con plazos mas bien cortos.

Cabe aun señalar otra diferencia entre la confirmación y la ratificación. Si la primera se expresa, para su validez es preciso, según el artículo 1544 inc. 2.º, que se haga con las solemnidades á que por la Ley está sujeto el acto ó contrato que se ratifica. Estas solemnidades no son necesarias para hacer la ratificación simple, que podrá efectuarse de cualquier manera. Añadiremos que tanto la ratificación como la confirmación pueden ser tácitas.

2.º *Cuando el acreedor se aprovecha del pago.* Esta excepción ha sido establecida teniendo en cuenta que sería una violación de los principios de equidad, conceder al acreedor, que ha aprovechado del pago mal hecho, el derecho de recibir de nuevo lo que le debía. De esta manera el acreedor se enriquecería en perjuicio del deudor y la ley no puede permitirlo. Si el provecho ha sido parcial únicamente, el deudor deberá pagar hasta la concurrencia de lo adeudado.

¿Cuándo debe entenderse que hay provecho en el caso de este artículo? Como se trata de una persona capaz bastará que esta haya recibido el todo ó parte de lo pagado ó que con ello se hayan solventado algunas de sus deudas; en una palabra, habrá *provecho* cuando de cualquier modo haya entrado lo pagado en el patrimonio del acreedor. No sería razonable en este caso establecer restricciones al respecto, como lo es, según veremos más adelante, cuando se trata de acreedores incapaces. Si el acreedor ha hecho mal uso de lo que recibió y lo ha perdido, no puede después exigir nuevo pago; él es el único culpable de lo sucedido. Lo que si en muchos casos será difícil deslindar si se trata de una ratificación ó si hay simplemente aprovechamiento; pero la resolución carece de importancia práctica.

3.º *Cuando el que recibe el pago sucede al verdadero acreedor ó viceversa.* La simple enunciación de este caso es suficiente para demostrar al mismo tiempo su razón de ser. Huelgan, pues, los comentarios.

4.º Cuando el pago es hecho de buena fe al poseedor del crédito. Nada diremos ahora sobre este caso pues nos reservamos para ocuparnos de él al comentar el artículo 1429. 1455 1454

Artículo 1428

El poder conferido por el acreedor á una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí solo para recibir el pago de la deuda.

Este artículo concuerda con el inciso 10 del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil que estatuye que se necesita poder especial para recibir judicialmente el pago de la deuda.

La Ley entiende, y con razón, que no son iguales las condiciones que necesita reunir una persona para dirigir la tramitación de una cuestión judicial á las que debe tener para recibir en sus manos el pago de una deuda. Puede muy bien suceder, que un individuo sea excelente para dirigir un asunto judicial, por su inteligencia y conocimientos sobre la materia, y sin embargo, carecer por completo de las condiciones de honradez para recibir lo que deba pagarse. Por eso la Ley no considera suficiente el poder para demandar en juicio, al efecto de facultar al procurador para recibir el pago de la deuda y exige para ello poder especial, que bien podrá conferirse por una cláusula inserta en el general.

Trataremos aquí de dos cuestiones que se proponen los autores, por considerarlas semejantes á la que resuelve este artículo en cuanto se refieren á saber si va ó no implícita en los poderes para celebrar ciertos contratos la cláusula autorizando á los mandatarios para recibir el pago.

1.ª ¿El poder para celebrar el contrato de compra venta autoriza también al apoderado para recibir el pago del precio? Esta cuestión ha sido y es muy debatida entre los comentaristas del Código Francés. Vamos á citar algunas de las opiniones más importantes. Para Pottier y Demolombe la cuestión debe resolverse negativamente en virtud del principio jurídico que dice: que todos los contratos deben ser de estricta aplicación. Agregan, dichos autores, que la venta y

su ejecución son dos hechos jurídicos distintos y que concluida la primera concluye el mandato dado para efectuarla necesitándose uno nuevo para la segunda. Larombière por su lado opina que es necesario hacer una distinción entre el caso en que el precio se pague al contado y aquel en que se dá un término para ello (*ex intervallo*). Partiendo después, de esta distinción dice: que en el primer caso no se necesita nuevo ó especial poder porque desde el instante que el mandatario puede vender y que nada le obliga á dar término para el pago tiene necesariamente autorización para representar al mandante en las consecuencias inmediatas del contrato, entre las cuales debe considerarse incluida la facultad de recibir el precio. En cambio, con respecto á las ventas á término resuelve que el mandatario necesitará poder expreso pues no hay entonces la unidad indicada, entre el contrato y el pago. Por último Laurent dice que no se debe dar una regla absoluta para la solución de la cuestión sino que para resolverla deben tenerse en cuenta los términos empleados en el contrato, debiendo según ellos decidirse si existe ó no poder para recibir el precio.

Por nuestra parte nos inclinamos á aceptar la solución de Laurent por las razones que pasamos á exponer: El artículo 2051 del Código Civil Oriental dice que: « El que encarga cierto negocio, se entiende que faculta para todos los actos que son indispensables para ejecutarlo, aun cuando no se expresen al « conferir el mandato ». Ahora bien, para la celebración del contrato según la forma indicada en el poder, unas veces será imprescindible que el mandatario reciba en el mismo acto el precio y otras no. Así por ejemplo si en el contrato se establece que se hará la tradición ficta de la cosa por cualquiera de los medios permitidos por el Código se debe considerar implícitamente contenida la facultad de recibir el precio dado que según el artículo 744 se requiere para que tenga validez la tradición, que haya sido pagado el precio, salvo que se haya dado fianza, plazo etc. En cambio en otros casos podían efectuarse los dos actos con completa independencia: la celebración del contrato por el mandatario y la ejecución del mismo por el mandante. En este supuesto, no se debe considerar que

el mandatario tiene poder para recibir y si á pesar de todo recibe el precio el pago efectuado en esta forma será irregular.

2.^a ¿El poder conferido para celebrar un contrato de arrendamiento faculta al mandatario para recibirlos alquileres?

Esta cuestión creemos debe resolverse negativamente pues no puede considerarse comprendida en el simple mandato para arrendar, la facultad de recibir los alquileres. Por el contrario, tendrá esta facultad el mandatario si existe en su favor un mandato general de administración ó bien si en el poder que corresponde se le faculta expresamente para ello.

Artículo 1429

La paga hecha de buena fé al que estaba en posesión del crédito es válida, aunque el poseedor sufra después evicción; como por ejemplo, si el heredero tenido por sucesor legítimo y sin contradicción fuese después vencido en juicio.

Se considera en posesión al que presenta el título de crédito, si éste es de un pagaré al portador; salvo el caso de hurto ó graves sospechas de no pertenecer al portador.

El pago es el acto más simple y más natural de cuantos se ejecutan en la vida civil. La ley lo mira con buenos ojos, y trata de favorecerlo por todos los medios posibles, teniendo en cuenta que las trabas que á él se opongan, ocasionan indudablemente grandes perturbaciones en el comercio de los contratos. Es en virtud de estas razones que este artículo declara que para que el pago esté bien hecho basta que concurren la buena fé del deudor y la posesión del crédito por parte del acreedor aparente.

Sentado esto, pasaremos á estudiar separadamente las dos condiciones exigidas por este artículo para la validez del pago, que son: 1.^o la buena fé y 2.^o la posesión del crédito.

1.^o *La buena fé.*—Debe entenderse en primer lugar que esta buena fé exigida por la Ley no bastará que sea la meramente subjetiva, que bien pudiera ser producto de la inexperiencia ó de la más crasa ignorancia. Se exige algo más; es

necesario que el deudor no tenga razón ninguna para dudar que el que se presenta como acreedor tenga la calidad de tal, en virtud de una apariencia que hasta podría engañar á las personas prudentes y entendidas. Esta es la buena fé que la ley considera excusable y no la primera, fruto probable como dijimos de la inexperiencia ó de la ignorancia.

La buena fé de que se habla aquí sólo la exige la Ley de parte del deudor que paga y le es indiferente que el poseedor del crédito la haya ó no tenido al recibirla.

El pago hecho de buena fé por el deudor es válido y lo libra de la acción del verdadero acreedor quedando á salvo, como es natural, el derecho de éste para perseguir al intruso que ha recibido el pago indebidamente.

Una cuestión interesante se proponen los autores al ocuparse de la buena fé exigida por este artículo. Es esta: ¿Si se trata de un acto de cesión falso el pago hecho al falso cesionario será válido? Es indudable que la negativa se impone 1.^o porque el citado cesionario no tiene la posesión del crédito que exige el artículo que estudiamos para la validez del pago y 2.^o porque en el caso en cuestión no hay culpa ninguna de parte del verdadero acreedor que ignorando el hecho no ha podido evitarlo; mientras que el deudor está obligado antes de pagar á cerciorarse si el documento presentado es ó no efectivamente el verdadero, y si no lo hace, debe cargar con las consecuencias de su falta de cuidado. Son estas, como puede verse, las mismas razones alegadas para negar validez al pago efectuado en manos de un falso procurador.

La regla sentada según la cual no es válido el pago hecho de buena fé á un cesionario falso sufre excepción en materia comercial. El Código de Comercio dice en su artículo 942 inciso 2.^o que: «vale igualmente la paga hecha de buena fé y al vencimiento, no antes, de la «letra, pagaré ó billete de comercio al «que fuese portador en virtud de un «doso falso.» El fundamento de esta disposición lo daba Monsieur de Beranger ante el Consejo de Estado en la siguiente forma: «se destruiría el efecto «de las letras de cambio y de todas sus «ventajas, si para obtener el pago se

«viese obligado el portador á hacer intervenir jueces ó notarios.» (1)

Otra excepción podemos apuntar y es la que tiene lugar cuando se trata de un falso acto de cesión como resultado del abuso de una firma en blanco. En este caso el deudor hará un pago al portador que debe considerarse como válido por las siguientes razones: 1.º porque el portador tiene la posesión de un documento con firma verdadera, cuya circunstancia hará desaparecer del pensamiento del deudor toda sospecha de falsedad y 2.º porque hay indudablemente culpa de parte del acreedor legítimo, desde que éste ha cometido una falta grave al entregar algo tan peligroso para sus intereses, como lo es una firma en blanco.

2.º *La posesión del crédito.* — Hay posesión del crédito no solo por la tendencia del acto material que lo constata, con ánimo de dueño, sino también cuando un individuo se encuentra investido de un título ó de una cualidad que le dan el derecho de perseguir ó de recibir el pago. Efectivamente el artículo 621 del Código Civil establece expresamente que se puede poseer un derecho; en lo que se diferencia del Código Italiano que nada dice al respecto, por lo cual no es aplicable al nuestro la observación que hace Giorgi de que no puede haber posesión de cosas incorpóreas.

Así pues, si el deudor paga de buena fé al poseedor del crédito, el pago será válido. Pero será bueno advertir que en esta clase de pagos el deudor debe obrar cautelosamente antes de efectuarlo, pues de lo contrario podría encontrarse en falta muy parecida á la mala fé, con sus consecuencias para él desfavorables. En ese concepto, puede llegar hasta exigir del pretendido acreedor la justificación de la legitimidad de su posesión, y hará bien en hacerlo, pues su buena fé puede ser discutida.

Lo dispuesto por el artículo 1429 no es aplicable al caso de efectuarse el pago por un tercero ignorándolo el deudor. El tercero podrá ir contra el poseedor alegando el pago indebido, pero no podrá hacerlo contra el deudor porque éste no ha sacado provecho ninguno con el pago hecho en esa forma. Sin embargo, si el deudor restituyó de buena fé al

tercero el pago que éste había hecho quedará libre de la acción del acreedor verdadero, como si él mismo lo hubiera efectuado.

Para concluir con la primera parte del artículo, citaremos algunos casos en que se considera que existe la posesión del crédito. El Código en primer lugar cita, por vía de ejemplo, el del heredero aparente, que más tarde, es excluido de la herencia por otro heredero más próximo ó por uno testamentario. Se encuentran en la misma situación: 1.º el heredero que se hace relevar de su aceptación conforme al artículo 1035 del Código Civil; 2.º el tercero que presenta fraudulentamente como suyo un poder extraviado por el verdadero mandatario, ó que se lo ha robado; 3.º el cesionario, cuando el contrato de cesión se anula por cualquier razón; 4.º el poseedor de buena ó mala fé, que se comporta como propietario aparente, en lo que concierne á los frutos; etc.

En el segundo inciso de este artículo que estudiamos se establece una excepción á la regla sentada en el primero, en la siguiente forma: «Se considera en posesión al que presenta el título de crédito, si éste es de un pagaré al portador; salvo el caso de hurto ó graves sospechas de no pertenecer al portador». La misma naturaleza de los títulos al portador les da un carácter distinto de los nominativos ó á la orden. El título al portador se transmite mediante simple tradición, por consiguiente la sola exhibición del mismo basta para justificar la calidad del acreedor del que lo presenta con respecto á quien debe pagarlo. Puede decirse de este título que tiene en sí mismo la demostración de la posesión, lo que da lugar á que se pague bien ante su sola presentación.

La regla sobre títulos al portador que acabamos de indicar, á pesar de su generalidad, sufre excepción en algunos casos especiales, expresamente determinados por la Ley que son: cuando haya habido hurto del título ó graves sospechas de no pertenecer al portador.

Artículo 1430

El pago hecho á una persona incapaz de administrar sus bienes no es válido, sino en cuanto se pruebe que la suma pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en

(1) Citado por Alauzet—tomo IV, pág. 260.

cuanto este provecho se justifique con arreglo á lo dispuesto sobre la anulación en el capítulo séptimo de este título.

La Ley establece como regla general que el pago hecho á un incapaz no es válido y esto lo hace temiendo que aquel no aproveche de lo recibido, sino que lo disipe en gastos inútiles. Pero puede muy bien suceder que el incapaz en lugar de disipar lo que ha recibido en pago, saque de él un provecho real y efectivo. Entonces la razón que ha tenido la Ley para negarle valor al pago, desaparece y es por esta consideración que el artículo que estudiamos admite que el acreedor puede excepcionarse cuando se encuentra en estas circunstancias.

En cuanto á la manera como debe el acreedor justificar la existencia del provecho obtenido por el deudor incapaz, el artículo se remite á lo que á ese respecto establece el código en el capítulo de la anulación, diferenciándose así del artículo 1241 del Código Francés, que, aunque semejante al nuestro, no indica base ninguna para señalar la efectividad del provecho.

La disposición del título de las nulidades á que se hace referencia aquí es la del artículo 1541 que dice: «No se podrá pedir el reembolso ó restitución de lo que se pagó en virtud del contrato si no en cuanto se probase haberse hecho más rica con ello la persona incapaz» agregando que «se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagadas ó las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias y faltando esta circunstancia en cuanto las cosas subsistan y se quiere retenerlas.» Como puede verse, no basta aquí, como en el caso del artículo 1428 que lo pagado haya ingresado en el patrimonio del acreedor. Es necesario que se demuestre por parte del deudor que el acreedor se ha hecho más rico con el pago en el sentido indicado por el artículo 1540. En cuanto á la razón de la diferencia ya la hemos dado al ocuparnos del artículo 1428. Cuando se trata de pago hecho á persona incompetente basta, como dijimos, que se haya aumentado en cualquier forma el patrimonio del acreedor; nada le importa á la ley que éste haya disipado lo que ha recibido, lo único que exige es que se demuestre

que ha recibido algo ó todo. En cambio cuando el pago es hecho á un incapaz la Ley no se dá por satisfecha con que éste lo haya recibido, pues, por su inexperiencia de las cosas de la vida puede haberlo disipado. Quiere más, quiere que el deudor demuestre que con el pago efectuado por él, el acreedor incapaz se ha hecho más rico, es decir, que el pago le ha sido útil ó le ha servido para aumentar efectivamente su patrimonio.

¿Puede alguna vez ser válido el pago hecho á un incapaz, aun cuando no haya aprovechado de él en el sentido que antes indicábamos? Creemos que sí, en los casos de incapacidad sobreviniente, antes de haberse declarado la interdicción provisoria ó definitiva y siempre que la causa que puede dar lugar á esta no haya sido pública y notoria en la época en que se efectúa el pago (artículo 391). En este caso el deudor ha procedido de perfecta buena fe (lo suponemos) creyendo que su acreedor seguía siendo capaz para recibir el pago y no sería justo hacerle sufrir las consecuencias de un hecho que ignoraba. El principio es general; la persona capaz con quien se contrató conserva su capacidad mientras no haya una declaración judicial en contrario, salvo, como lo decíamos, cuando la incapacidad fuera pública y notoria en el momento de consumarse el pago.

Supongamos otro caso: un menor oculta su calidad de tal en el momento del pago y después quiere aprovecharse de lo dispuesto en éste artículo tendrá derecho de hacerlo. Nos parece indudable que sí. El deudor, antes de pagar, ha debido cerciorarse de si era ó no mayor de edad su acreedor; si no lo ha hecho debe sufrir las consecuencias de su falta de cuidado. De otra manera resultarían muy amenudo ilusorias las medidas tomadas por la ley en defensa del patrimonio de los menores. Además la actitud del menor que se hace pasar por mayor de edad no sería sino uno de tantos actos de inexperiencias, cuyos resultados quiere la Ley evitar.

Para concluir con este artículo, haremos notar que á pesar del silencio que guarda con respecto á la ratificación del pago por el acreedor que ha llegado á ser capaz debe considerarse sin embargo, que esta ratificación puede efectuarse en virtud de lo dispuesto por la Ley

1540-1541
en otro lugar (artículos 1544 y 1545). No insistiremos sobre este punto por habernos ocupado ya de él al comentar el artículo 147.

ca #
Artículo 1431

La paga hecha por el deudor á pesar de un embargo ó retención judicial, no es válida respecto de los acreedores ejecutantes ó demandantes. Pueden estos, según la naturaleza de sus derechos, obligarle á pagar de nuevo; salvo en este caso su recurso contra el acreedor á quien había pagado.

En los artículos anteriores hemos estudiado la cuestión de la validez del pago en sus distintas faces, pero tomando en cuenta siempre las relaciones mutuas del acreedor con el deudor. En cambio aquí, nos toca ocuparnos de la validez del pago en sus relaciones con los terceros extraños. Es conveniente advertir desde ahora que al hablar de la nulidad del pago hecho en perjuicio de los terceros embargantes, debe entenderse que ella existe solo con respecto á dichos terceros, pues en cuanto al acreedor y al deudor el pago á que se refiere este artículo es perfectamente válido, sin perjuicio de sus responsabilidades ulteriores para con los embargantes.

Hecha esta advertencia pasaremos á ocuparnos del caso de los terceros á que se refiere el artículo presente.

2372
1995
Negativa
Todo acreedor que posea un título que traiga aparejada ejecución (artículos 873 y 874 del Código de Procedimiento Civil) puede presentarse judicialmente entablando acción ejecutiva contra su deudor y pidiendo el embargo de bienes suficientes para responder á la deuda y accesorios (artículo 880 del citado Código). ¿En qué se funda este derecho de pedir el embargo? El artículo 2746 del Código Civil dice que «los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores». Las sumas ó efectos que un tercero debe al deudor son una de tantas clases de bienes que constituyen el patrimonio del deudor y que por consiguiente, sirven de garantía á sus acreedores. Por otro lado el artículo 1389 consagra una consecuencia de este principio disponiendo que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones del deudor. Ahora bien, la ley

para garantizar á los acreedores sus derechos, les ha dado la facultad de pedir el embargo, como medio preventivo, para evitar las posibles ocultaciones ó fraudes sin perjuicio de seguirse el juicio hasta conseguir legalmente el pago de las deudas.

Para que el embargo pueda dar el resultado apetecido en el caso de trabarse sobre la deuda de un tercero era necesario que la Ley estableciera una sanción contra las posibles contravenciones y es lo que ha hecho en el artículo que comentamos, declarando que el pago hecho por el deudor (el 3.º) á pesar de un embargo ó retención judicial no es válido respecto de los acreedores ejecutantes ó demandantes. En cambio, volvemos á repetirlo, el pago será válido entre acreedor y deudor.

Hemos considerado solamente el embargo en el juicio ejecutivo; pero debemos agregar, que aquel puede tener lugar también en otros casos fuera del de ejecución como por ejemplo en los citados en el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil. Esta es la razón por la cual el artículo habla no solo de acreedores ejecutantes sino también de acreedores demandantes.

El artículo agrega, para hacer efectiva la sanción, que los embargantes tienen derecho de exigir del deudor que pague de nuevo. Es una consecuencia lógica y equitativa de la declaración de nulidad que en el mismo artículo se hace y que constituye un verdadero resguardo para los derechos de los embargantes.

Los acreedores ejecutantes ó demandantes pueden exigir del deudor un nuevo pago, según la naturaleza de sus derechos, dice la Ley. ¿Cuál será la significación de la última frase? Según Laurent esta frase (la disposición francesa es idéntica á la nuestra) dá lugar á dos interpretaciones: 1.ª quiere decir que el derecho de los embargantes debe quedar plenamente establecido pues de lo contrario no estará el deudor en la obligación de pagar; y 2.ª que como el mismo artículo lo dice, puede suceder que haya más de un embargante, en cuyo caso si las deudas reclamadas fueran superiores en cantidad á la embargada, será necesario hacer una repartición, para la cual habrá que tener en cuenta la naturaleza del derecho de cada uno de los

embargantes. Pondremos un ejemplo para mayor claridad. Si un embargante es privilegiado y otro no, deberá pagarse en primer término al privilegiado y al que lo es simplemente se le entregará lo que reste de la suma embargada, si este resto resulta insuficiente para saldar por completo la deuda. En cambio, si se trata de dos embargantes sin privilegio y la suma embargada es insuficiente para la cancelación total de ambas deudas, el pago deberá entonces hacerse proporcionalmente. Estos ejemplos explican claramente la significación de la referida frase.

En cuanto al deudor que ha sido obligado a pagar de nuevo, el artículo añade, que conserva acción contra su acreedor a quien ha pagado. Esta disposición es justa por que el acreedor es culpable en parte de que el deudor se haya visto obligado a pagar por segunda vez. Efectivamente si ese acreedor hubiera cumplido con su deber, debería haber empleado la suma recibida en la satisfacción de los créditos de los embargantes, que eran a su vez sus acreedores. Es culpable, por consiguiente debe responder de su culpa y es por esta circunstancia que la Ley da derecho al deudor para ir contra él. De otra manera el acreedor se enriquecería en perjuicio del deudor lo que no puede permitirse.

Una cuestión interesante y de gran importancia práctica se proponen los autores franceses é italianos al tratar de este artículo. ¿Puede el deudor cuya deuda ha sido embargada pagar a su acreedor, sin peligro de responsabilizarse, el excedente de la suma embargada sobre la que se debe al ejecutado? Un ejemplo nos facilitará el estudio de la cuestión. Supongamos que Primus debe a Secundus la cantidad de 2.000 pesos y que Secundus a su vez debe 10.000 pesos a Tertius. Para responder al pago del crédito de Tertius se ha embargado el crédito de 20.000 que tiene Secundus contra Primus. Ahora bien, lo que se pregunta es si Primus podría pagar sin peligro a Secundus el excedente de 10.000 pesos que hay de una suma a la otra. El peligro a que nos referimos es el que puede producirse a consecuencia de presentarse en tiempo nuevos acreedores. Según Baudry Lacantinerie (1) esta cuestión ha

dado lugar a varios sistemas para su solución de los cuales tres son los principales.

El 1.º se pronuncia por la indisponibilidad total y absoluta de la cosa embargada: según él, el embargo obstaculiza todo pago así como toda cesión y está establecido además en favor de todos los acreedores sea cual fuere la fecha en que se han instaurado las respectivas acciones (Bioche. *Dit. de Procedure* citado por Baudry Lacantinerie y jurisprudencia de varias Cortes).

El 2.º sistema admite la indisponibilidad parcial absoluta; la parte del crédito que exceda a la suma por la cual se procedió al embargo quedará libre para pagarse ó cederse; pero la parte embargada será indisponible con respecto a todos los acreedores sin distinción. (Duranton XVI n.º 501—Trop long II n.º 927—citados por Baudry Lacantinerie.)

Por último, el tercer sistema establece que la indisponibilidad es total, pero relativa. Es este el que siguen la mayoría de los autores modernos: Laurent, Marcadé, Giorgi, Borsari, Mourlon, Huc, Baudry Lacantinerie, etc. Casi uniformemente fundan sus opiniones en las siguientes consideraciones: 1.º en que el bien embargado no deja de pertenecer por esa circunstancia al deudor y que siendo los bienes de este la garantía común de sus acreedores si se presentaran nuevos demandantes ó ejecutantes habría que prorratar entre ellos la suma embargada desde que el Código de Procedimientos Francés no establece privilegio ninguno en favor del primer embargante y 2.º que en virtud de lo expuesto y producido el pago parcial del excedente del embargo saldrían perjudicándose tanto el primer embargante como los otros y que por consiguiente según los términos generales del artículo 1242 del Código Francés (concordante con el que estudiamos) el tercero deudor deberá resarcirles los perjuicios que les ha ocasionado con su pago.

Dos cuestiones anexas a la anterior tratan de resolver los autores: 1.ª ¿Cuáles acreedores son los que tienen derecho de exigir del tercero deudor que les pague de nuevo? La opinión general es que solo tendrán ese derecho los que han iniciado la ejecución antes de que el tercero deudor haya pagado al ejecutado (su acreedor) el excedente efectivo

(1) *Des obligations*—tomo 2.º pág. 515.

del embargo. Los que vienen después no pueden aprovecharse de la indisponibilidad que resulta del hecho de otro acreedor; pues solo da resultados la que proviene de hechos propios. En cuanto al fundamento legal es el siguiente según Baudry Lacantinerie: El artículo 1242 del Código Francés al establecer el derecho de repetición lo hace sólo á favor de los acreedores ejecutantes en el momento en que se efectúa el pago del precedente; luego, los que se presentan después de dicho pago no puede decirse que fueran entonces acreedores ejecutantes, sino simplemente acreedores, desde que no han iniciado la ejecución. Lo mismo puede decirse de los demandantes.

La segunda cuestión anexa á que nos referíamos es la siguiente: ¿Desde qué momento el ejecutante adquiere un derecho exclusivo sobre la suma embargada? Dos opiniones distintas hay sobre esta cuestión. Según la primera, adoptada principalmente por la jurisprudencia Francesa y por algunos autores de Procedimiento como Bioche, Chaveau y Carré, y Boitard y Garsonnet, el primer embargante adquiere un derecho exclusivo sobre la cosa embargada desde el momento en que el embargo es validado por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que debe, además, ser notificada al tercero deudor. La razón que dan para justificar esta solución es la que la sentencia no es simplemente declarativa, sino que opera, en provecho del primer embargante, el transporte del crédito embargado; en otros términos, según ellos, la sentencia es translativa de la propiedad del crédito.

La otra opinión es la emitida por Baudry Lacantinerie, Giorgi, Laurent y en general los demás autores de Derecho Civil. Según ellos, el primer embargante no adquiere el derecho exclusivo sobre la cosa embargada sino después que ha recibido en sus manos el pago efectuado por el tercero deudor. Hasta entonces, la cosa embargada forma parte del conjunto de bienes del ejecutado y estos son, como se sabe, la garantía común de los acreedores. Consideran además, dichos autores, que la justicia no tiene el derecho de operar por sí, una traslación de propiedad, desde que no hay ningún texto legal que la autorice para ello. Efectivamente en ninguno de los modos

de transferir el dominio admitidos por el Código puede considerarse encuadrado el caso citado.

De todo lo dicho resulta lo siguiente: que en la legislación francesa y siguiendo las opiniones más autorizadas, el embargo produce la indisponibilidad total, pero relativa, en el sentido de que solo tendrán derecho á la repetición cuando salgan perjudicados por el pago, el primer embargante y los otros que lo hayan solicitado antes de efectuado el pago. 2.º que el primer embargante no adquiere un derecho exclusivo sobre la cosa embargada hasta que se produzca el pago en sus manos por el tercero deudor.

Veamos ahora si la misma solución puede darse á las cuestiones dentro de la legislación oriental.

Antes de todo será conveniente recordar que la nulidad de que habla este artículo 143 solo tiene lugar con respecto á los acreedores ejecutantes y en cuanto se les cause á estos un perjuicio. De manera que, si á pesar del embargo el tercero deudor paga el excedente y con ello no causa perjuicio al ejecutante no podrá alegarse la falta de validez en el pago. En otras palabras, para que haya nulidad y obligación de repetir correspondiente, por parte del tercero deudor es necesario que exista perjuicio para los acreedores ejecutantes. Para mayor claridad supondremos también que el acreedor ejecutante es uno solo en el momento en que se ha producido el pago del excedente sin perjuicio de dejar establecido desde ya, que los resultados serán idénticos aún tratándose de varios ejecutantes.

Sentados estos antecedentes diremos que á nuestro juicio con las leyes orientales no se puede llegar á decir, como se hace con las francesas, que el principio general es la indisponibilidad total aunque relativa de la suma ó cosa embargada. Efectivamente aunque en general las disposiciones francesas citadas como base de tal solución se encuentran también en las leyes orientales, hay sin embargo una que es fundamentalmente distinta á la correspondiente nuestra. La disposición á que aludimos es la del artículo 900 del Código de Procedimiento Civil que dice: « El acreedor que primeramente ha obtenido embargo « en bienes de su deudor, no afectados

« con prenda ó hipoteca, tiene derecho á cobrar del producto de venta de los mismos íntegramente su crédito, intereses, costas y costos con preferencia á otros acreedores, fuera del caso de concurso. Los embargos posteriores solo afectarán el sobrante que respectivamente resulte, después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores ». La disposición del artículo 557 del Código de Procedimiento Civil Francés establece por el contrario que no hay privilegio alguno á favor del primer embargante.

Siendo distintas las disposiciones distintos serán también los efectos. Un ejemplo lo evidenciará. A debe 2.000 pesos á B, y ese crédito es embargado á pedido de C acreedor de B por 10.000 pesos. A, á pesar del embargo, paga á B 10.000 pesos, conservando en su poder los otros 10.000 para responder al crédito de C. Si después de efectuado el pago del excedente se presentan tres nuevos acreedores de B, que llamaremos D, E y F, cada uno de los cuales tiene contra él un crédito de 10.000 pesos ¿que habrá de hacerse? Según la legislación que sigamos la solución será distinta. Si es la francesa, como ella no admite privilegio á favor del primer embargante, la suma restante que se conserva en poder de A (10.000 pesos) deberá prorratearse entre los cuatro acreedores, de manera que cada uno de ellos, C, D, E y F, tendrá derecho á percibir 2.500 pesos y saldrán perjudicados también cada uno de ellos en 7.500 pesos. Ahora bien de acuerdo con el artículo 1242 del Código Francés C tendrá derecho de exigir de A que le abone esos 7.500 pesos en que ha sido perjudicado. Los otros acreedores D, E y F no gozarán de igual derecho por las razones ya apuntadas oportunamente.

Si en cambio, aplicamos la legislación oriental el resultado será distinto desde que ella reconoce un privilegio á favor del primer embargante. G por consiguiente no sufrirá ningún perjuicio con el pago del excedente de 10.000 pesos que haya hecho A á B porque los otros 10.000 que conserva en su poder A, le responden por completo á su crédito según el citado artículo 900, y aunque después se presenten los otros acreedores D, E y F no se modificará por eso su situación. C, pues, no ha sufrido perjuicio

y de consiguiente no podrá repetir contra A. Pero ¿podrán hacerlo los otros acreedores perjudicados? No, porque en el momento en que se efectuó el pago del excedente no tenían la calidad de ejecutantes y como ya lo hemos explicado solo á los que tienen tal calidad les concede el artículo 1431 el derecho de obligar al tercero deudor á repetir el pago.

Como ha podido verse la diferencia es grande entre las dos legislaciones en lo que se refiere al punto que tratamos. Según la Ley Oriental y como regla general, el tercero deudor no estará obligado á repetir el pago, desde que éste no ha producido perjuicio á quien habría debido indemnizársele. Podrá entonces el tercero deudor efectuar el pago del excedente sin peligro de ulteriores responsabilidades.

Sin embargo, hay un caso de excepción en que puede causarse perjuicio al ejecutante, lo que determinará la obligación correlativa de repetir el pago por parte del tercero deudor. Es el mismo artículo 900 del Código de Procedimiento Civil el que lo establece expresamente al dejar sin efecto el privilegio del primer embargante en los casos de concurso de acreedores. Producido éste en la forma determinada por la Ley y como tiene lo que se llama fuero de atracción el expediente del juicio ejecutivo deberá remitirse al juicio universal (artículo 982 del Código de Procedimiento Civil). Al mismo tiempo la suma ó cosa embargada entrará á formar parte del activo del concurso y en el momento oportuno será distribuida en la forma legal, si el activo es insuficiente los acreedores saldrán perjudicados en sus créditos y entre ellos el primer embargante que ha perdido su privilegio. A éste le corresponderá entonces el derecho de exigir la repetición al tercero deudor, pero solamente hasta la concurrencia de lo que se ha pagado como excedente. Los demás acreedores no tendrán ese derecho. Obsérvese que la solución dada para este caso de excepción en la legislación oriental es idéntica á la que hemos indicado como general dentro del Código Francés.

Se puede decir, pues, que como regla general el tercero deudor puede pagar el excedente al ejecutado, sin peligro de ulteriores responsabilidades, salvo en

el caso excepcional del concurso de acreedores.

Veamos ahora las otras dos cuestiones indicadas. La que se refiere á saber cuales son los acreedores que tienen derecho á exigir la repetición del pago por el tercero deudor, admite igual solución en las dos legislaciones. En el curso de la argumentación sobre la cuestión anterior hemos tenido ocasión de indicar y fundar esta regla: solo los acreedores que han ejecutado antes del pago del excedente tendrán acción contra el tercero deudor.

En cuanto á la segunda cuestión, es decir, la relativa á saber desde que momento el ejecutante adquiere un derecho exclusivo sobre la suma embargada, no tiene interés entre nosotros porque el artículo 900 del Código de Procedimiento la resuelve expresamente al establecer un privilegio en favor del primer embargante.

Sin embargo la cuestión aparecerá en el caso de concurso de acreedores y en una forma semejante á la expuesta por los tratadistas franceses. Podrá discutirse entonces, como lo hacen ellos, si el primer embargante adquiere un derecho exclusivo sobre la suma embargada desde que haya cosa juzgada en el juicio ejecutivo ó solamente desde que ha recibido el pago efectivo en la forma legal. Por nuestra parte creemos que si bien la segunda opinión es la más razonable y jurídica en teoría, debemos optar por la segunda teniendo en cuenta los términos empleados por la Ley. De las disposiciones sobre el concurso necesario que trae el Código de Procedimiento Civil se desprende que solo los juicios ejecutivos *pendientes* deberan acumularse al juicio universal lo que trae como consecuencia que solo las sumas ó cosas embargadas en ellos tendrán que ingresar en el activo del concurso. Ahora bien, como según nuestro entender el juicio ejecutivo termina con la sentencia de remate consentida ó confirmada resultará que las cosas embargadas no entrarán á formar parte del activo. De consiguiente aunque la sentencia de remate no confiere al primer embargante la propiedad de la cosa embargada, como erróneamente lo sostienen algunos autores, viene á garantizarle, según nuestra Ley, el derecho exclusivo de cobrarse de ella.

Artículo 1432

La paga, para ser legítima, debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, á no ser de consentimiento del acreedor. De otro modo no esta obligado á recibirla.

Sin embargo, si el deudor no pudiese hacer la entrega en la misma cosa ó de la manera estipulada, debe cumplirla en otra equivalente á arbitrio del Juez, pagando los daños y perjuicios que por esa razón puedan irrogarse al acreedor.

Toda obligación contraída á pagar en moneda corriente ó nacional, ó sin expresar la especie de moneda, se entenderá que es en oro sellado del valor designado en las leyes vigentes.

Siendo la paga como lo dice el artículo 1422 el cumplimiento por parte del deudor de la dación ó hecho que fué objeto de la obligación, se comprende fácilmente que se violaría el principio de que la convención es la ley de las partes, si se admitiera la posibilidad de que el deudor cumpliera su obligación entregando otra cosa en lugar de la debida u oblando el valor de ésta. Desde que el deudor debe cumplir la obligación que contrajo, no puede hacerlo de otra manera que entregando la cosa que es objeto de dicha obligación. Por estas razones es que muy acertadamente dispone la Ley que la paga para ser legítima debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, pues sucediendo esto el acreedor no estará obligado á recibirla.

El artículo 1432 no tiene en cuenta expresamente más que el derecho del acreedor, pero eso no implica que el deudor pueda ser obligado á entregar otra cosa que la debida. En efecto la convención que ha determinado el objeto del pago es obra de las voluntades de ambas partes y, del mismo modo que el deudor, el acreedor no puede modificar la convención por su sola voluntad (1).

Lo dicho en los párrafos anteriores es el supuesto de que haya voluntad contraria manifestada por el acreedor, pues si este consiente desaparecerá la razón de la Ley y podrá celebrarse válidamente entre las partes una convención por la

(1) Baudry Lacantinerie y Barde, t. II, p. 520.

cual se sustituya un nuevo objeto al de la deuda primitiva. Este nuevo objeto podra ser no solamente otra cosa dada en propiedad en lugar de la que era debida (*datio in solutum*) sino también una nueva obligación sustituida á la antigua; operación que podrá ser ya una cesión de crédito, ya una novación.

Cuando el pacto autoriza al deudor á liberarse entregando al acreedor otra cosa que la debida se confunde en cierta manera con la operación misma y se dice entonces que hay dación en pago, (*datio in solutum*). Si al contrario, el pacto parece más bien destinado á engendrar una nueva obligación que será ejecutada más tarde, la operación tenderá á ser una novación propiamente dicha. Sin embargo aun en los casos de la primera de estas categorías el análisis llegará á veces á aislar con facilidad el pacto en si, de su ejecución inmediata. (1)

Por eso, lo más conveniente para resolver en cada caso si hay dación en pago ó novación será atenerse á la voluntad de las partes manifestada real ó presuntivamente en la convención.

Concluidas estas breves consideraciones sobre la primera parte del artículo pasaremos á ocuparnos del inciso segundo. Dice así: «Sin embargo, si el «deudor no pudiese hacer la entrega en «la misma cosa ó de la manera estipulada «debe cumplirla en otra equivalente á «arbitrio del juez, pagando los daños y «perjuicios que por esa razón pueden «irrogarse al acreedor».

De los términos de la ley se desprende que dos son los casos á que se refiere: 1.º Cuando el deudor no puede hacer la entrega en la misma cosa y 2.º cuando no puede hacerlo de la manera estipulada.

Para evitar dificultades y como se trata de dos casos distintos vamos á estudiarlos separadamente.

1.º caso. Si el deudor no pudiese hacer la entrega en la misma cosa debe cumplirla en otra equivalente á arbitrio del juez, pagando los daños y perjuicios que por esa razón puedan irrogarse al acreedor. El estudio de esta disposición presenta serias dificultades pues, como lo demostraremos más adelante, parece encontrarse en contradicción con principios que el Código ha

establecido en otra parte. Por otra parte su estudio se hace muy difícil para nosotros dada la circunstancia de que ninguno de los códigos extranjeros que hemos tenido á la vista: Francés, Italiano, Español, Argentino, Chileno, Brasilero y Proyecto japonés, contienen una disposición semejante. Los comentadores de dichos códigos á su vez, ni siquiera se ponen en el caso de admitir en teoría la posibilidad de que el deudor pueda cumplir, entregando otra cosa en lugar de la estipulada.

Vamos antes de todo á demostrar la contradicción que existe entre esta disposición y otras del mismo Código Civil. Tendremos en cuenta para ello que las cosas que deben entregarse podrán ser de dos clases: 1.º de especie determinada y 2.º solo determinadas en cuanto á su género.

¿Se referirá la ley á las cosas de especie determinada? No lo creemos. Si la cosa de especie determinada existe en el momento en que debe cumplirse la obligación no habrá razón alguna para que el deudor declare que no puede entregarla y si la Ley se lo permitiera, desvirtuaría por completo la fuerza que ella misma ha querido dar á los contratos. Si en cambio, la cosa ha perecido deberán aplicarse entonces las disposiciones del capítulo especial sobre la imposibilidad del pago, en cuyo caso tampoco podrá haber entrega de una cosa por otra. Efectivamente, partiendo del principio que dice que la cosa perece para el acreedor (*res perit creditori*) el legislador ha establecido en el artículo 1523 que la obligación se extingue cuando la cosa ha perecido sin culpa ni mora de parte del deudor. Es claro pues, que si la obligación se extingue no le corresponde al deudor ofrecer ni al juez determinar la entrega de otra cosa en lugar de la debida. Ahora, si la cosa perece por culpa ó durante la mora del deudor, el artículo 1525 estatuye que la obligación de este subsiste pero cambia de objeto; el deudor es obligado al precio y á los daños y perjuicios. En presencia de esta disposición podría preguntarse si no será este uno de los casos en que se cumple entregando una cosa (el precio) equivalente á otra (la que ha perecido) más los daños y perjuicios? No lo creemos. Debe entenderse que la ley solo se refiere á la restitución del precio (que no corresponde cuando no hay

(1) Hue Tomo VIII N.º 30.

culpa ni mora) en el caso en que éste se hubiera entregado, pues de lo contrario llegaríamos á éste ridiculo resultado: que el deudor tendría que oblar el precio al acreedor y éste cuya obligación también subsistiría, tendrá que entregar igual suma á aquel. Explicado esto resulta que fuera del caso en que haya lugar á la restitución del precio por el deudor, éste solo estará obligado á los daños y perjuicios causados, que como se comprende no son *equivalentes* á la cosa perecida. Por consiguiente no puede considerarse encuadrado el caso en el artículo que estudiamos.

Descartadas, pues, esta clase de cosas, nos queda por ver si el inciso puede referirse á las que solo están determinadas en cuanto á su género. A primera vista parece que no. El artículo 1532 dice que las obligaciones de género ó cantidad perecen siempre para el deudor y que de consiguiente no le son aplicables las disposiciones del capítulo de la imposibilidad del pago. Resulta entonces que la Ley no admite esta forma de extinción para las obligaciones de género sancionado así el principio del derecho romano que dice: *genera non pereunt*. Ahora bien, según esto el deudor no podrá ofrecer otra cosa alegando que no puede entregar la misma estipulada; siempre tendrá que cumplir su obligación en la forma convenida. Es por eso que Marcadé dice: « En todos los casos en que se trate de cosas indeterminadas no podrá haber nunca extinción de la obligación por pérdida de la cosa. Es claro, en efecto, que cuando usted me debe en general un caballo, no es más tal caballo que tal otro el que es debido, y la ejecución será posible siempre; desde que, en lugar de vuestros caballos, que pueden haberse muerto todos, habrá medio siempre de comprar otro caballo para entregármelo: *genera non pereunt* » (1).

A pesar de lo dicho, adelantamos que según nuestro modo de pensar solo á esta última clase de obligaciones puede referirse el artículo que estudiamos, basándonos para hacer esta afirmación en las consideraciones que más adelante exponaremos.

Apuntadas las dificultades que á nuestro juicio presenta la aplicación de este inciso segundo y como del estudio de las disposiciones de nuestro Código hecho aisladamente no hemos encontrado medio de resolverlas, creemos conveniente investigar el origen del artículo, para buscar en él la base que nos falta para una solución que evite las contradicciones enunciadas.

El artículo que estudiamos (es decir, los incisos 1.º y 2.º porque el tercero fué adicionado por la Comisión Revisora) ha sido tomado textualmente del Proyecto de Código para el Estado Oriental del Uruguay de que fué autor el doctor Eduardo Acevedo (artículo 1550 quien á su vez y según propia referencia, lo tomó de la Ley 3, título XIV Partida 5.ª). Transcribiremos íntegramente esta Ley para analizarla después, juntamente con las glosas respectivas de Gregorio López. Dice así:

« Pagamiento de las debdas, deue
« ser fecho á aquellos que las han
« de recebir, e deuse fazer de tales
« cosas como fueron puestas e prometi-
« das en el pleyto, quando lo fizieron, e
« non de otras. Sin non quisiere aquel á
« quien fazen la paga. Pero si acaesciesse
« que el debdor non pudiesse pagar aquellas
« cosas que prometiera bien puede darle en-
« trega de otras, á bien vista del judgador.
« Otrosi decimos, que si el que oviessse
« fecho pleyto de fazer alguna cosa e
« non la pudiesse fazer en la manera
« que avia prometido que deve cumplir
« de otra guisa el pleyto, según su alve-
« drio del pidgador del lugar. E deve
« pecharle el daño e el menoscabo que
« le vino por razón que non fizo aquella
« cosa assi como prometió, etc. »

Debemos advertir antes de entrar á comentar esta Ley, y para mejor inteligencia que en las Partidas se encuentran disposiciones idénticas á las nuestras sobre imposibilidad del pago. (Leyes 18 título XI y 9 título XIV de la Partida 5.ª).

Veamos ahora cual es el alcance de la citada ley. Según Gregorio López en la glosa núm. 10 que corresponde: el legislador parece aprobar la opinión de algunos autores según la cual el que estaba obligado á entregar una cosa solo determinada en cuanto á su género debería hacerlo en la de mejor calidad.

(1) Tomo IV, N.º 868.

Sin embargo, agrega, debe entenderse esto en el supuesto de no resultar muy perjudicado el deudor, pues de lo contrario, cumplirá con entregar, no la cosa mejor, sino una de mediana condición según el prudente arbitrio del juez, después de estudiadas las circunstancias del caso.

Es esta, pues, la interpretación que se da á la disposición de las Partidas, semejante á la nuestra. Decimos *semejante* y no igual, porque presentan algunas diferencias, á saber: 1.º Nuestra Ley dice que debe darse una cosa *equivalente*; la Española no emplea este término, dice simplemente que se entrega una cosa en lugar de otra al arbitrio judicial, sin exigir condiciones. 2.º Nuestra Ley dice que el deudor deberá pagar los daños y perjuicios que puedan irrogarse mientras que las Partidas, según nuestro entender, no establecen tal obligación. En efecto, la parte que dice: *é debe pecharle el daño e el menoscabo que le vino por razon que non FIZO AQUELLA COSSA assi como prometió*, no se refiere al caso de entrega de una cosa sino al de entrega de una manera distinta de la estipulada. Así resulta, no sólo de los términos de la ley sino también de la glosa de Gregorio López, de la cual se desprende que no se deben daños y perjuicios en el caso en estudio. Al mismo resultado se llega con los comentarios que al respecto trae Gutiérrez Fernández en su Derecho Civil Español (1).

La interpretación de Gregorio López á que antes hacíamos referencia no tiene cabida dentro de nuestra legislación. En efecto, el Código Civil lejos de aceptar la regla antigua de que para el cumplimiento de una obligación de género debería entregarse la cosa, mejor ha establecido por el contrario en el artículo 1335 que el deudor queda libre entregando una cosa ó individuo de mediana calidad. Es decir, establece como regla lo que las Partidas dejaba librado al arbitrio judicial en el caso de no serle posible, sin mucho perjuicio, al deudor entregar la cosa estipulada. No es entonces á este caso al que ha querido referirse nuestro artículo 1432.

Otra observación puede hacerse sobre la Ley de Partidas de que tratamos y es,

que parece que el caso que trae es simplemente uno de tantos admitidos como excepción á la regla general, por el legislador. Así lo dice Gregorio López en su glosa 9: «este es uno de los casos en que puede pagarse una cosa por otra; otros enumera el Código de *solutionis* cuyas decisiones han sido aprobadas; véanse allí Alex y Jasson quien acumula *veinte* excepciones de la citada regla. «Cita después algunas excepciones, entre otras, estas: 1.º Cuando se debe cierta cantidad de dinero puede satisfacerse en oro ó plata en barras; 2.º caso en que obligándose el deudor á entregar una cantidad de dinero, éste experimenta un cambio de valor en cuya circunstancia sólo se debe la suma enunciada sin tener en cuenta el valor intrínseco de la moneda. (Nuestro Código tiene una disposición semejante en el capítulo de préstamo de consumo — artículo 2173).

Hemos tratado también de buscar antecedentes en el Derecho Romano. Según Manyz (1) el objeto del pago debe ser exactamente el mismo que el de la obligación y el acreedor no puede ser obligado á aceptar otra prestación, salvo las excepciones establecidas. De estas excepciones solo una se refiere al caso en estudio y la expone Manyz (2) en los siguientes términos: «Según una novela de Justiniano el deudor que se encontrase en la imposibilidad de reembolsar un capital y que fuese poseedor de inmuebles, los puede dar en pago después de una tasación hecha en justicia: *in solutum dare*. — También en nuestras leyes existe un caso en el que se legisla de un modo semejante al de Justiniano. El Código de Procedimiento Civil al tratar del juicio ejecutivo trae un capítulo sobre la adjudicación de los bienes por falta de licitador y allí establece (artículo 928) que si después de tasados y retasados los bienes embargados, no se presenta postor por las dos terceras partes, los bienes se adjudicarán al ejecutante, con la rebaja de una tercera parte del último precio, á petición de *cualquiera de las partes*. Quiere decir, pues, que el acreedor puede ser obligado á petición del deudor y contra su voluntad á aceptar en pago de su crédito, no dinero,

(1) Tomo IV, pág 131.

(1) Tomo II, pág. 592.

(2) Tomo II, pág. 2.

que era lo que el reclamaba según su derecho, sino el bien embargado que se le adjudica en propiedad. Como puede verse hay aquí un verdadero pago desde que la deuda se extingue y hay también entrega de una cosa por otra: de un bien en lugar de dinero.

Hasta aquí hemos expuesto los antecedentes que sobre la cuestión nos suministran el Derecho Romano y el antiguo Español y resumiendo podemos decir que el resultado es el siguiente:

1.º En el Derecho Romano no hay ninguna disposición semejante á la de nuestro inciso 2.º, si bien en un caso particular (el que acabamos de exponer) y por circunstancias especiales, se permite el pago con otra cosa que no es la estipulada. Este caso especial de poco ó nada nos sirve para interpretar una disposición aparentemente general como la de nuestro inciso 2.º

2.º Las leyes de Partidas tiene una disposición que en sus términos es semejante á la nuestra (Ley 3.ª tít. XIV Partida 5.ª ya citada) de donde esta ha sido tomada, pero la interpretación que le dá su glosador no es posible admitirla dentro de nuestro derecho. Los otros casos indicados por la Glosa son especiales y como tales poco útiles para interpretar una disposición general. Sin embargo, bueno es hacer notar que tanto estos como aquella se refieren únicamente á cosas solo determinadas en cuanto á su género.

No nos dán, pues, estos antecedentes una base suficiente para resolver las dificultades apuntadas. Nos encontramos casi en la misma situación que al empezar este comentario cuando planteábamos la cuestión en la forma siguiente ¿en que casos y á que cosas puede aplicarse lo que dispone el inciso 2.º del artículo 1432?

A pesar de todo ¿será posible encontrar una solución? Vamos á intentarlo, teniendo en cuenta que no es suficiente decir, como podríamos hacerlo, que es esta una disposición contradictoria debida, quizá, á un error del legislador oriental, error en que no han incurrido los legisladores extranjeros. Mal ó bien la disposición está escrita y por lo tanto debe cumplirse. Hemos tratado, pues, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 16 á 20 del Código Civil referentes á la interpretación de las leyes y á la con-

cordancia que debe haber entre ellas, de salvar las dificultades apuntadas y creemos haber encontrado dos sistemas con los cuales puede llegarse á ese resultado. Vamos á exponerlos.

1.º sistema.—El artículo 1432 tiene dos incisos (no mentamos el 3.º porque no viene al caso). En el *primero* se establece una regla general concordante con la teoría de las convenciones, según la cual el acreedor nunca está obligado á recibir otra cosa que no sea la estipulada. A pesar de los términos absolutos empleados por el legislador en el inciso *primero*, el inciso *segundo* establece una regla contraria. ¿Que quiere decir esto? Que la *primera* es una disposición general mientras que la *segunda* por los mismos términos empleados, *sin embargo* etc., parece querer establecer una excepción á la regla anterior. ¿Cuando habrá lugar á esta excepción? Cuando no pudiese el deudor hacer la entrega en la misma cosa, dice el código. ¿Se refiere á todas las obligaciones en general? No parece, pues, de aceptarse esa solución nos encontraríamos con las dificultades que antes apuntamos, sobre la contradicción existente con lo dispuesto en el capítulo sobre imposibilidad del pago. ¿Entonces á que se refiere? Probablemente el legislador ha querido comprender en esta disposición solo aquellos casos especiales establecidos expresamente en las leyes. De esta manera no se habría hecho otra cosa que establecer, aunque en forma distinta, la misma regla del Código Chileno que dice en su artículo 1568: «El pago se hará bajo todos aspectos en conformidad al tenor de la obligación; *sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.*» Esta circunstancia no deja de tener importancia desde el momento que el Código Chileno ha sido formulado teniendo muy en cuenta las leyes de Partidas y además porque ha servido de base indudablemente para la formación del nuestro.

Nuestras Leyes presentan muchos casos de excepción á la regla del inciso 1.º, en los cuales se autoriza la entrega de una cosa por otra en cumplimiento de la obligación. Indicaremos algunos:

1.º Al tratar la Ley del *mutuo* ó préstamo de consumo, establece en el artículo 2176 que «si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero se deberá devolver igual cantidad de cosas de la

misma especie y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado ó subido en el intervalo; y si esto no fuese posible ó no lo exigiere el acreedor, *deberá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago.*» El ejemplo que nos presenta este artículo es clarísimo. El mutuario, si no puede (son los mismos términos del artículo 1432) entregar las cosas debidas, paga su valor y cumple con ello, extinguiéndose de consiguiente su obligación.

2.º El artículo 2234 del Código Civil nos presenta otro ejemplo. Dice así: «El heredero del depositario cuando «ha vendido con buena fe la cosa mueble «que no sabía fuese depositado, *cumple «con entregar el precio que hubiese recibido, «ó ceder su acción contra el comprador «si aun no lo hubiese pagado. Lo cual «se entenderá sin perjuicio de la acción «reivindicatoria que corresponda.*» Hay aquí también verdadero pago de una cosa por otra y extinción definitiva de la obligación.

3.º Otro caso nos lo presenta el artículo 1138 del capítulo nulo de la Nulidad ó rescisión de la partición. Dice así: «Podrán los coherederos de «mandados escoger entre asegurar al «demandante el suplemento de su haber «hereditario ó consentir que se proceda «á nueva partición». La rescisión de la partición traería como consecuencia el restablecimiento de la indivisión, poniendo de nuevo en cuestión los derechos que la primera partición había señalado, lo que podría ocasionar grandes perjuicios á los coherederos demandados. Como medio de prevenir estas consecuencias la Ley les ha dado una opción á los coherederos, por la cual podrán detener la acción ofreciendo al demandante pagarle el suplemento de su parte en la herencia, ya sea en dinero ó en otras cosas. Hay pues entrega de una cosa por otra permitida y establecida por la Ley.

4.º Otro caso trae el Código de Comercio en su artículo 878, que dice: «Las letras deben pagarse en la moneda que designen. Sin embargo, si la «moneda indicada no tuviere curso en «el comercio del Estado, la cantidad de «la letra será reducida á moneda corriente, al cambio del día del vencimiento en el lugar del pago». Como puede verse la primera parte del artículo

está en perfecta armonía con los principios generales del derecho; la letra debe pagarse en la moneda indicada en el contrato, porque éste es la ley de las partes y las obligaciones á que da nacimiento debe cumplirse estrictamente. Sin embargo, la segunda parte establece una excepción para el caso en que la moneda indicada no tenga curso legal en la República. Cuando esto sucede la cantidad de la letra debe ser reducida á la moneda corriente en el lugar del pago. Hay aquí también un pago que puede efectuarse legalmente en una cosa distinta de la estipulada.

5.º Podemos indicar además el caso ya citado en otro lugar, de que cuando en el juicio ejecutivo, después de tasados y retasados los bienes embargados no hay postor por las dos terceras partes de la retasa, la ley preceptúa que deben adjudicarse los bienes del deudor, por las dichas dos terceras partes. Como ya lo hemos dicho, el Juez que manda adjudicar los bienes debe considerársele como un verdadero representante del deudor; por consiguiente la adjudicación que él hace es un pago, que trae como consecuencia la extinción de la deuda, si es que las dos terceras partes alcanzan para ello. A su vez y en definitiva el pago se hace con una cosa distinta de la estipulada.

Hemos enumerado, pues, varios casos en que la ley autoriza al deudor ó sus representantes para cumplir con su obligación entregando otra cosa en lugar de la indicada en el contrato. Muchos otros podrían encontrarse indudablemente, recorriendo los códigos, pero hemos creído que son suficientes algunos ejemplos para demostrar la existencia de casos de excepción.

El resultado de esta solución podemos entonces resumirlo así: *La ley no autoriza, en general, al deudor para cumplir con su obligación entregando una cosa distinta de la estipulada; salvo que haya disposiciones expresas que se lo permitan.*

2.ª sistema. Veamos ahora la segunda fórmula que proponemos para resolver la cuestión planteada. Según ella la disposición que estudiamos comprende únicamente los pagos de cosas que solo están determinadas en cuanto á su género. Trátándose de obligaciones de esta clase si el deudor no pudiese (esta imposibilidad debe juzgarse con un criterio relativo)

hacer la entrega en la misma cosa debe cumplirla en su estimación en dinero (equivalente á la cosa estipulada) á arbitrio del juez, debiéndose abonar los daños y perjuicios si hubiese lugar.

¿Con que fundamento proponemos esta interpretación? Vamos á indicarlo por partes para mayor claridad.

En primer lugar decimos que la disposición solo se refiere á las obligaciones de cosas solo determinadas en cuanto á su género por qué: 1.º ella tiene origen en la ley 3.ª tit. 14 de la Partida 5.ª que como ya lo hemos dicho solo legisla para las obligaciones de esa clase; 2.º la contradicción que parece presentar con el artículo 1532 y la regla *genera non pereunt* no es insalvable, si se aplica un criterio relativo para juzgar de la imposibilidad; y 3.º los términos empleados en el inciso corroboran á nuestro entender lo que sostenemos. Cuando la Ley dice: *no pudiese hacer entrega en la misma cosa*, ha querido incluir solo las cosas que pertenecen á un género que es el único que se determina. Si hubiera querido incluir otras cosas, hubiera empleado la proposición *de*:

En segundo lugar hemos establecido que tratándose de dichas obligaciones de género, si el deudor no pudiese hacer la entrega en la misma cosa cumplirá con entregar su estimación en dinero. Es la misma regla que trae el artículo 2175 (ya citado) especialmente para el mutuo. Dice así: «Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá «devolver igual cantidad de cosas de la «misma especie y calidad, sea que el «precio de ellas haya bajado ó subido en «el intervalo; y *si esto no fuese posible* ó «no lo exigiere el acreedor, deberá el «mutuario pagar lo que valgan en el «tiempo y lugar en que hadebido hacer- «se el pago.» — Proponemos esta solución para las obligaciones de género en general, basandonos en que si la disposición misma que se trata de interpretar (la del inciso que estudiamos) no dá nada de por sí al efecto, sin que haya lugar á contradicciones, debe buscarse su sentido é interpretación en otras disposiciones que se ocupen de resolver casos semejantes. Son los principios que ha establecido el legislador en el título Preliminar del Código. — Podría decirse que la disposición del artículo 2175 es particular y que en cambio la del 1432 es ge-

neral. Pero esa no es una razón; la prueba de que puede admitirse ó extenderse una disposición particular la tenemos en un caso que por vía de ejemplo citaremos. Los autores franceses é italianos establecen uniformemente que la regla del artículo 2173 de nuestro Código (que también la tienen los de ellos) relativa á las obligaciones de pagar dinero en el contrato de mutuo, debe considerarse extensiva á todas las obligaciones de dinero en general, sea cual sea su origen. La misma consideración hacemos nosotros con respecto á los artículos 2175 y 1432.

Una objeción podría hacerse á esta última proposición. Se diría que la razón que ha tenido la Ley para establecer la disposición del artículo 2175 es la de ser el préstamo un contrato de beneficencia y que por lo mismo no es posible convertir una regla de derecho excepcional en principio general adaptable á toda clase de obligaciones de género. Creemos, sin embargo, que esta objeción carece de valor. No pretendemos extender simplemente una regla particular hasta hacerla regir en todos los casos. Lo único que hemos hecho es: partiendo de la base de que existe una disposición general (art. 1432 inc. 2.º) semejante á la particular aunque oscura en cuanto á su extensión, la hemos complementado con la del artículo 2175 para así evitar las dificultades que para su aplicación entrañaba aquella.

Otra objeción cabría aún. Podría preguntarse cual es la razón que tenemos para establecer que el pago en el caso del artículo 1432 inc. 2.º puede hacerse sólo en dinero y no en otra cosa cualquiera equivalente; por ejemplo, que un deudor en la imposibilidad de entregar las barricas de azúcar que debía, pudiese cumplir entregando bolsas de trigo hasta la concurrencia del valor de aquellas. La contestación nos parece fácil, teniendo en cuenta que debemos suponer que entre las disposiciones de la Ley existe perfecta armonía. Ahora bien, si en el mutuo, á pesar de ser un contrato de beneficencia no se permite al mutuario sino la entrega de las cosas debidas ó de su estimación, pero nunca la de otras cosas de distinta especie ó calidad, no puede creerse lógicamente que el legislador haya querido favorecer á las otras clases de deudores permitiéndoles liberarse entregando cosas de cual-

quier especie. La Ley les otorgaría un favor mucho más grande á los deudores en general que á los mutuarios, á pesar de que si algunos tienen derecho á la benevolencia de la Ley son sin duda estos últimos. Es por esta razón que nos hemos decidido por la regla del art. 2175. ²²⁰¹

Trataremos ahora de resolver una cuestión importante. ¿Cuándo debe considerarse que el deudor *no puede* hacer la entrega en la cosa convenida? Esta cuestión se presenta del mismo modo al tratar del citado artículo del mutuo y es por esta circunstancia que podremos tener en cuenta la opinión de los comentaristas franceses, aunque ella solo se refiera al caso particular ya indicado.

Los autores están todos conformes en una cosa y es en que la imposibilidad de que habla el artículo 1897 (concordante con el 2175 nuestro) debe entenderse que no es solo la absoluta sino también la relativa. Se basan para ello en los términos de la Ley. Por nuestra parte diremos que los términos de la nuestra, no dejan tampoco duda al respecto, tanto en el artículo 2175 como en el 1432 inc. 2º. Si éste último hubiera querido limitarlo al caso de imposibilidad absoluta no hubiera empleado las palabras *no pudiese* sino otras de sentido más restrictivo como por ejemplo: si le fuera imposible entregar, etc.

Los casos de imposibilidad absoluta son raros, pero pueden existir. Véase uno que reproducimos de Baudry Lacantinerie (1). « Un librero presta á uno de « sus colegas cierto número de ejemplares de una obra, con la condición de « que le devolverá el mismo número de « ejemplares de la propia edición en un « plazo de seis meses. — Transcurrido éste, la edición se ha agotado por completo; la restitución resulta, pues, imposible en las condiciones previstas por « el contrato, es decir, en ejemplares nuevos semejantes á los que han sido prestados. » Como se vé por este ejemplo, queda demostrado que hay casos de imposibilidad absoluta y que por lo tanto no es tan cierta como pudiese creerse la regla *genera non percutit*.

Veamos ahora cuando debe considerarse que hay imposibilidad relativa. Los autores se encuentran muy dividi-

dos á este respecto. Así, mientras Laurent restringe considerablemente el concepto de esta imposibilidad, Durantón la extiende hasta el extremo de sostener, que bastará para que ella exista una simple manifestación de voluntad de parte del deudor. Por nuestra parte nos inclinamos á aceptar una fórmula intermedia; la que propone Troplong (1), por considerarla más epuitativa y legal que las de los que sostienen opiniones extremas. Dice este autor: « La palabra imposibilidad no debe tomarse aquí en su « rigor literal. La estimación puede sustituir al pago en *natura*, siempre que « resulte para el mutuario un perjuicio « muy considerable. En un contrato de « beneficencia no pueden llevarse las cosas hasta los extremos excesivos del derecho estricto. Debe admitirse un temperamento en armonía con los sentimientos de benevolencia de que el « acreedor ha dado prueba. De manera, « pues, que para sustituir la estimación « á la cosa no se pedirá al mutuario la « prueba de una imposibilidad invencible. Bastará que se pruebe la existencia de una dificultad grave y onerosa ». Como ejemplos de esta clase de imposibilidad citan los autores los casos de una carestía extraordinaria producida ya sea por una mala cosecha, una guerra etc. (2)

La argumentación de Troplong como ha podido verse se refiere á la imposibilidad relativa del pago sólo en el contrato de mutuo y se basa principalmente en que siendo éste un contrato de beneficencia debe interpretarse la regla en una forma que esté de acuerdo con los sentimientos benévolos del acreedor. — Podía preguntarse entónces en virtud de que, nos creemos autorizados para extender esa interpretación á una regla de carácter más general como lo es la del artículo 1432. Respondemos que efectivamente es cierto, que ella no puede fundarse en la presunta benevolencia del acreedor desde que, en la mayoría de los casos, se tratará de obligaciones que no han tenido su origen en un contrato de beneficencia. — Pero, si no puede presumirse en esos casos la benevolencia del acreedor, existe en cambio, evidentemente la del legislador en favor del deudor, pues

(1) De la société, du pret et du depot—página 417.

(1) Du Pret, pág. 221.

(2) Guillonard, Du Pret, núm. 95.

no puede ser sinó un sentimiento de esa especie el que lo ha inducido á establecer la disposición del inciso 2º. del artículo 1432. Es teniendo en cuenta esta circunstancia que creemos debe adoptarse la misma interpretación de lo que debe entenderse por imposibilidad, tanto para el caso particular (artículo 2175) como para el general (art. 1432 inc. 2º).

Tres observaciones más haremos con respecto á la aplicación de este inciso según el segundo sistema que proponemos:

1º Que el valor que debe pagar el deudor es el que corresponda á la cosa en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago. (arg. del art. 2175.)

2º Si se trata del cumplimiento de un contrato sinalagmático, el de venta por ejemplo, puede muy bien suceder que el deudor, que por no poder pagar la cosa debida entrega su valor, no haya recibido todavía el precio de manos del otro contratante. Resultaría entonces que los dos vendrían á ser acreedores y deudores respectivos de cosas del mismo género. En ese caso las dos deudas se compensarán hasta su concurrencia y no deberá oblarse sinó el excedente.

3º Los daños y perjuicios serán avaluados por el juez, *siempre que hubiese lugar á su prestación*. Advertiremos que según nosotros esto sucederá pocas veces dada la forma en que debe hacerse la estimación de la cosa que debió entregarse. Haremos notar también que las Leyes de Partidas de donde tiene su origen nuestra disposición, no preceptuaban la prestación de los daños y perjuicios en los casos de obligaciones de dar.

En resumen, hemos propuesto dos sistemas para la interpretación del primer caso del inciso 2º del artículo 1432: por el *primero* solo tendrá aplicación dicho inciso en los casos particulares expresamente determinados por la Ley; por el *segundo* se referirá, en general, á las obligaciones cuyo objeto solo esté determinado en cuanto á su género.

¿Cual de los dos será más legal? Creemos que aunque el primero, en teoría, es el más conveniente y justo porque respeta, salvo circunstancias especiales y justificadas, la ley de las partes ó sea el contrato; el segundo, en cambio, está más en armonía con la letra del inciso y con los antecedentes indicados. En virtud de estas razones nos decidimos por el

segundo sistema. — Para concluir agregaremos que un jurisconsulto brasileiro el Doctor Joaquín Felicio dos Santos en su Proyecto de Código Civil para su país ha dado á la cuestión una solución semejante á la que acabamos de proponer: « Artículo 504 — El deudor de cosa naturalmente fungible, que se vé imposibilitado de pagarla en natura, cumplirá entregando su valor, que será regulado según el tiempo y lugar del pago »

2º caso — Veamos ahora el segundo caso comprendido por la disposición que estudiamos. Es el siguiente: *si el deudor no pudiese hacer la entrega de la manera estipulada, debe cumplirla en otra equivalente á arbitrio del juez, pagando los daños y perjuicios que, por esa razón puedan irrogarse al acreedor*.

Algunos entienden que con esta disposición el legislador ha querido establecer una excepción á la regla del artículo 1433 que sanciona la indivisibilidad del pago. Así, si al deudor no le es posible pagar totalmente su deuda, podría el juez autorizarlo para efectuar pagos parciales, debiendo abonar además los daños y perjuicios que hayan podido causarse.

Interpretada en esta forma la disposición no vendrá á ser, al ménos en lo fundamental, sino una repetición del principio establecido por el Código Francés, según el cual se autoriza al juez á conceder plazos moderados á los deudores tomando en consideración su posición y usando de ese poder con gran reserva. (Artículo 1244). En los dos Códigos habría entonces, una disposición excepcional fundada en sentimientos de humanidad, por la cual podría el acreedor ser obligado á recibir el pago parcialmente.

Por nuestra parte creemos que la interpretación que debe darse á este inciso es otra. Según nosotros, la Ley al emplear las palabras, *de la manera estipulada*, ha querido referirse en este segundo caso al cumplimiento de las obligaciones de *hacer* así como en el primero que acabamos de estudiar se ha referido á obligaciones de *dar*. En este supuesto, resultará que si el deudor de un hecho no pudiese prestarlo en la forma convenida, podrá hacerlo en otra equivalente, pagando daños y perjuicios si para ello hubiere lugar y todo según el arbitrio judicial.

La razón que tenemos para proponer

esta interpretación y rechazar la otra, es la siguiente: la disposición de este artículo tiene su origen, como ya hemos tenido ocasión de decirlo, en la Ley 3.^a título 14 Partida 5.^a. Ahora bien, de los términos empleados por ella no queda duda de ninguna especie que ha querido referirse á la prestación de un hecho y no al modo de pagar. Dice así: «Otro sí, « si el que ouiesse fecho pleyto de *fazer* « alguna cosa e non la pudiesse *fazer* en la « manera que auia prometido, deue com- « plir de otra *guisa* el pleyto, segun su « alvedrio del judgador del lugar. E deue « pecharle el daño e el menoscabo que « le vino por razón que *non fizo* aquella « cosa assi como prometió ». Tal es también el sentido en que la han tomado Gregorio Lopez en la glosa correspondiente y Gutierrez Fernandez en su Derecho Civil. (1).

Si esto no fuera bastante, podría darse otra razón para justificar la interpretación que proponemos. La Ley en el artículo 1432 legisla sobre lo que debe pagarse y en el 1433 sobre como debe pagarse, no parece entonces que deba admitirse que la frase, *de la manera estipulada*, consignada en el artículo 1432 tenga por objeto establecer una modificación á lo dispuesto en el artículo siguiente porque eso alteraría el orden lógico de las disposiciones. Efectivamente si el legislador oriental hubiera querido limitar en un sentido determinado el artículo 1433 lo hubiera hecho en el mismo artículo ó á continuación. La frase indicada, pues, debe referirse á lo que debe pagarse, puesto que se encuentra establecida en el artículo 1432, donde la Ley legisla sobre ese punto. De esta manera el primer caso se referirá á obligaciones de dar y el segundo á obligaciones de hacer.

Nos queda por ver el inciso 3.^o del artículo que estudiamos, que establece que «toda obligación contrahida á pagar en « en moneda corriente ó nacional ó sin expresar la especie de moneda se entenderá que « es en oro sellado del valor designado en las « leyes vigentes »:

Esta disposición tiene su origen en una Ley dictada el 6 de Abril de 1874, posterior por consiguiente á la promulgación del Código Civil. Fué incorpora-

da al Código por la Comisión Revisora constituida en 1889.

¿Cuales son las razones que tuvieron los legisladores del 73 para dictar esa Ley? Transcribimos los fundamentos alegados por el señor M. Silva al presentar el proyecto ante el Senado. « Las razones que me han impulsado á presentar este Proyecto de Ley han sido ó son, más bien dicho las que siente en general el comercio por las vacilaciones que hay al efectuarse ciertas operaciones en que no se tiene presente estipular que serán á oro, cuando como es natural moneda corriente quiere decir oro, pues o que es la única moneda nacional. Pero sucede en la práctica que se pacta la venta de artículos, se contraen obligaciones mercantiles ó de crédito, en fin, al firmarse los documentos, personas que no están bien penetradas de la verdad de que la moneda nacional es oro sellado, pretenden al redactar las obligaciones, especificar la moneda en que deben hacer el pago ». Concluía diciendo que para evitar esas dificultades é inconvenientes es que había presentado el proyecto. (1).

Sancionado el Proyecto por el Senado pasó á la Cámara de Representantes. La Comisión de Legislación al informar, aconsejando la sanción del proyecto, decía que según su entender el nada innovaba, pues su disposición debía considerarse implícitamente contenida en las leyes anteriores. Pero ya que en la práctica surgían dudas creía que era conveniente su sanción dado que una aclaratoria nunca está de mas. (2).

Resulta, pues, en definitiva que la disposición era considerada como simplemente aclaratoria. En aquella época en que había billetes de banco inconvertibles la Ley fué útil, pues vino á evitar dificultades al comercio para la celebración de los contratos y también porque libraba á los acreedores de los grandes perjuicios que se les hubiera ocasionado interpretando mal las leyes vigentes.

A raíz de la crisis de 1890 se produjo en el país una situación semejante. La ley del 7 de Julio de 1890 al mismo tiempo que declaraba la inconvertibilidad de

(1) Diario de Sesiones del Senado. Tomo 13, 1873, pagina 77.

(2) Diario de Sesiones de la C. de Representantes, tomo 24-1874 pagina 343.

(1) tomo 4.^o pag. 131 y siguientes.

los billetes del Banco Nacional establecía en su artículo 8.º que esos billetes debían ser considerados como *moneda legal*. La disposición del inciso 3.º que estudiamos fué también entonces de gran utilidad para los acreedores quienes consiguieron mas de una vez que los Tribunales declararan que las deudas anteriores debían ser satisfechas en oro sellado.

En la actualidad su importancia es menor dado que no existen billetes de banco inconvertibles que son los mas peligrosos, y los que hoy están perfectamente garantidos y son admitidos en plaza sin dificultad. Si se quiere convertir el billete no hay mas que tomarse la pequeña molestia de ir al Banco respectivo para recibir la cantidad correspondiente en oro sellado.—Sin embargo teniendo en cuenta la disposición del inciso 3.º los acreedores, si quieren, podrán negarse á recibir otra moneda que no sea el oro sellado.

Después de esto casi está por demás decir, que los pagos no podrán efectuarse tampoco en moneda nacional de plata. — El decreto — ley del 7 de Junio de 1876 declaró que el único patrón monetario es el oro, debiendo considerarse las de plata como moneda simplemente auxiliares. El artículo 2.º del citado decreto — ley establece que «nadie estará obligado á recibir las piezas auxiliares sino hasta la concurrencia de pesetas cuatro cincuenta centésimos en cualquier cantidad que no exceda de un doblon, de diez pesos en las cantidades de once á mil; y de veinte pesos en las de más de mil. Las piezas divisionarias de la unidad se destinan á las transacciones menores de un peso».

En cuanto á la moneda de vellón, su uso es mas restringido todavía. La Ley del 6 de Diciembre de 1900 que autorizó la acuñación de la moneda de níquel establece en su artículo 7.º que: «las oficinas públicas no recibirán ni entregarán en cada operación de pago, mayor cantidad de veinte y cinco centésimos en vellón de níquel. La misma regla regirá para los particulares».

Una cuestión sobre este inciso. Declarado por ley el curso forzoso de los billetes de Banco ¿podrán los acreedores ampararse en la disposición de este inciso para exigir que se les paguen sus créditos en oro sellado? Creemos que la negativa se impone. Véase lo que al

respecto dice. Laurent (1): «La Corte de Casación ha juzgado que aun las convenciones anteriores á la ley (de curso forzoso) y hechas en previsión de circunstancias que se han realizado después, cesan de ser obligatorias mientras esté en vigencia la ley que obliga á los particulares á recibir billetes de banco á título de moneda. «Esta decisión es muy jurídica; el derecho de la sociedad prima sobre el derecho de los individuos; los particulares no pueden jamás oponer sus convenciones á una ley de orden público. «Que no se diga que esto es hacer retrotraer la ley nueva, alegando que ella viene á romper convenciones anteriores; la respuesta es simple y perentoria; es de la esencia de las leyes de policía y de seguridad el ser retroactivas; no puede concebirse que el derecho del Estado pueda ser puesto en jaque por una convención de interés privado.»

De esto se deduce, que son completamente inútiles las cláusulas con que algunos particulares tratan de ponerse á cubierto de las consecuencias de una ley que declare el curso forzoso de los billetes de banco.

1459
Artículo 1433 1459

El deudor no puede obligar al acreedor á recibir por partes el pago de una deuda, aunque sea divisible.

Ni aun basta ofrecer todo el capital, si devenga intereses. Estos son un accesorio que el deudor debe pagar con el capital, sin lo que puede el acreedor negarse á pagar recibiendo.

Este artículo consagra el principio que impropriamente se llama de la indivisibilidad del pago. Como dice acertadamente Huc, es innecesario hacer intervenir aquí las ideas de divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas. Desde el momento que el pago no es otra cosa que el cumplimiento de una prestación debida es lógica que el deudor sea obligado á cumplirla totalmente. Admitir la posibilidad de la división en el pago de una deuda sería desnaturalizarla completamente, pues se convertiría una

(1) Tomo XVII N.º 560.

obligación única en varias parciales y diferentes, lo que daría por resultado una evidente violación de los términos del contrato que como sabemos debe ser considerado como la ley de las partes. Poco importa, como decíamos, que la obligación sea en sí divisible ó indivisible. Para el efecto del pago será indivisible siempre que se trate de una deuda única, y se tendrá por tal la que tenga unidad de causa y objeto cuando nace; unidad de tiempo y de lugar en cuanto al pago; y unidad de personas en cuanto al deudor y al acreedor. 1378

Lo que decimos de este artículo guarda perfecta relación con lo establecido por el 1352 que dice así: «La obligación que es susceptible de división debe ejecutarse entre deudor y acreedor como si fuese indivisible. La divisibilidad solo tiene aplicación, cuando son varios los acreedores ó deudores por contrato ó por sucesión.»

Si en lugar de tratarse de una sola deuda existen varias entre el deudor y el acreedor, no estará el primero obligado á pagarlas todas en conjunto, ni el acreedor podrá exigirlo aunque todas ellas sean exigibles y estén enunciadas en un mismo acto. Se trata de varias deudas distintas y el deudor pueda satisfacerlas por separado si tal es su voluntad. El artículo se refiere á la indivisibilidad de la deuda y no á la indivisibilidad de todas las deudas.

En general, podemos decir que para establecer la indivisibilidad de una deuda debe tenerse en cuenta principalmente lo convenido por las partes, pues la intención de estas primará sobre todo. De aquí podrá resultar que deudas idénticas bajo todos conceptos y establecidas en un mismo documento deban considerarse como divisibles; y en cambio otras completamente distintas pueden constituir una sola obligación con la que solo se podrá hacer el pago indivisible. Los tres artículos que siguen al que estudiamos señalan también algunos casos de excepción á la regla llamada de la indivisibilidad, de los cuales nos ocuparemos en el momento oportuno.

Hemos indicado ya, como una condición necesaria é imprescindible para la aplicación de la regla del artículo, la unidad de la deuda. Pero no basta eso; es necesario tener en cuenta otra cir-

cunstancia ya referida y es la de que exista unidad de persona en cuanto al deudor. Volvemos sobre ella para tratar de resolver esta cuestión ¿Cuando procede, según las leyes, que el fiador, el heredero del deudor ó el tercero poseedor paguen la deuda, deberá aplicarse también la regla de la indivisibilidad del pago? Veamos separadamente los tres casos propuestos en la cuestión.

1.º Fiadores.—Con respecto á la fianza creemos, que, en general, debe aplicarse la regla de la indivisibilidad del pago, pues estando el fiador vinculado con el acreedor por la misma obligación del deudor principal no hay razón ninguna para hacer distinciones. Ahora, si en lugar de uno son varios los fiadores de una misma deuda y no están obligados solidariamente á su pago, deberá entenderse que la deuda queda dividida entre ellos por partes iguales. (artículo 2101). Otro caso de división del pago consigna la Ley en su artículo 2098. Según él, si habiendo hecho uso el fiador del beneficio de excusión, los bienes excutidos no produjeren mas que un pago parcial, será sin embargo el acreedor obligado á aceptarlo y no podrá reconvenir al fiador sino por la parte insoluta.

2.º Herederos del deudor.—En cuanto á estos la divisibilidad del pago será la regla en virtud de lo dispuesto por el artículo 1143 que establece que la obligación de pagar las deudas hereditarias se divide *ipso jure* entre todos los coherederos. Por consiguiente, cada heredero podrá pagar su parte por separado y el acreedor á su vez estará obligado á recibir los pagos parciales. Clara está que si por cualquier circunstancia se reunieran á cargo de uno solo de los herederos toda las partes de la deuda, deberá aplicarse en su rigor la disposición que estudiamos. Lo mismo sucederá si siendo varios los herederos resulta que la obligación tiene carácter de indivisible.

3.º Terceros poseedores.—El tercero poseedor, como no es en sí deudor, no está sometido á la obligación de pagar sino en virtud de la acción hipotecaria y de acuerdos con las reglas propias de dicha acción. Ahora bien, supongámos que una persona esta obligada personalmente por una parte de la deuda y con carácter de tercer poseedor con respecto á la otra. En ese caso, podrá pagar

su parte en la deuda separadamente y esperar en cuanto á la otra á que se sigan los procedimientos que correspondan; todo sin que sea dado al acreedor oponerse.

Hasta aquí, nos hemos ocupado de la regla general sentada por el código sobre la indivisibilidad del pago y también de algunos casos especiales referentes al cambio de personas. Pero de lo dicho no debe deducirse que la Ley ha sentado de una manera absoluta el principio de la indivisibilidad del pago. Hay casos, numerosos por cierto, en que el deudor puede apartarse de la regla, de los cuales señalaremos algunos:

1.º — Cuando haya pacto expreso ó tácito entre las partes que autorice al deudor para efectuar parcialmente el pago. Así por ejemplo, si en el contrato se dice que la deuda puede ó debe pagarse por partes, estableciendo al efecto diversos vencimientos, deberá cumplirse lo pactado. Como se comprende, ya lo hemos dicho, las partes pueden derogar el principio de la indivisibilidad pues éste no ha sido establecido en virtud de un interés público, sino simplemente en favor del acreedor, quien, como es natural, puede renunciar sin inconveniente á ese beneficio legal. Agregaremos que estas obligaciones parciales no constituyen por sí, obligaciones distintas; no son sino porciones de una deuda única y todos los vencimientos sucesivos tienden á reconstruir la suma total. De esto debe deducirse que, si se han cumplido todos los plazos señalados para efectuar los pagos parciales sin que el deudor los haya ejecutado, ya no podrá éste hacer el pago por partes sino por la totalidad de la deuda (1).

Habrá también lugar á la división si se indican en el contrato dos ó más sitios diversos para el cumplimiento de la obligación.

Por la misma fuerza de las cosas el pago de una deuda divisible, en los diversos lugares indicados no puede hacerse sino parcialmente, y deberá entenderse además, que por partes iguales, salvo estipulación contraria. Las partes al designar lugares distintos para el

cumplimiento de la obligación la han dividido tacitamente.

2.º Cuando el deudor pueda poner en compensación un crédito suyo contra el acreedor, que extinga parcialmente la deuda. Como la compensación se opera de pleno derecho y por el sólo ministerio de la Ley, las dos deudas se extinguen recíprocamente en el instante en que existen á la vez, hasta la suma concurrente de sus cantidades respectivas (artículo 1472.). Resulta que en este caso la Ley opera por sí misma un pago parcial que el deudor no habría tenido derecho de ejecutar. En cuanto al pago del resto que debe efectuarse por el deudor, después de operada la compensación, caerá bajo el imperio de la regla general, es decir, será indivisible.

3.º Si el deudor de varias deudas que tienen igual naturaleza y en una misma fecha, hace un pago parcial en manos del acreedor, sin indicar cual deuda quiere cancelar, la imputación del pago deberá hacerse á prorrata. Artículo 1454. Es esta una nueva excepción al principio general, por la cual se admite el pago parcial, sin que le sea dado al deudor oponerse.

4.º Cuando la deuda sea en parte líquida y en parte ilíquida, pues el artículo 1435 permite pagar la primera porción sin esperar la liquidación de la segunda. Al ocuparnos mas adelante del citado artículo, señalaremos sus fundamentos legales.

5.º En la quiebra y en los concursos, porque el acreedor está obligado á recibir los dividendos asignados en el concordato ó en la liquidación. Sin embargo, como lo hace notar Giorgi, se trata aquí, mas bien que de una excepción, de un apartamiento completo de las reglas sobre el pago, desde que no hay pago voluntario de parte del deudor, sino simple distribución de su activo entre los acreedores, según sus derechos.

A mas de estos casos podrian citarse otros muchos, pero no lo hacemos porque los dichos son suficientes para demostrar que no es tan general el principio como parece desprenderse del texto del artículo 1433.

Veamos ahora el inciso 2.º de dicho artículo que dice: «*ni aun basta ofrecer todo el capital, si devenga intereses. Estos son un accesorio que el deudor debe pagar con el capital, sin lo que puede el acreedor*

(1) Giorgi tomo VII pág 48 — Larombiere tomo IV pág 136.

negarse á recibirlo». En este caso los intereses son un accesorio del capital y la deuda principal y la accesoria no forman mas que una sola deuda. Es por esto que el deudor no cumple con ofrecer solo el capital y á su vez el acreedor no estará obligado á recibirlo sino se le ofrece al mismo tiempo los intereses. En esto guarda perfecta relación este inciso con lo que dispone el artículo 1456 que dice que «para que la obligación sea válida es necesario que sea de «la totalidad de la suma exigible, de «los intereses vencidos, de los gastos liquidados y de una cantidad cualquiera «para los ilíquidos con calidad de complementarla oportunamente». (inc 3.º).

Artículo 1434

El artículo precedente no es aplicable al caso en que se trate de diversas deudas, aunque sean todas exigibles.

Cada año de alquileres, arrendamientos y aun de renditos, cuando no se trata de reembolsar el capital, se considera como deuda diversa.

La disposición del inciso 1.º de este artículo nos parece de todo punto innecesaria. No tiene para que decir la Ley que no se debe aplicar el principio de la indivisibilidad del pago al caso en que se trate de diversas deudas, aunque todas ellas sean exigibles. Ya lo hemos dicho al ocuparnos del artículo anterior; la Ley exige para aplicar ese principio, que se trate de una deuda única. Reconoce, pues, implícitamente que si son varias las deudas el pago podrá dividirse. La circunstancia de ser exigibles al mismo tiempo no influye en nada para que dejen de ser deudas diferentes; para cada una de las cuales regirá el principio de la indivisibilidad sin que sea dado aplicarlo al conjunto.

En cuanto al 2.º inciso, no ofrece tampoco mayores dificultades. Ya hemos dicho al ocuparnos de la última parte del artículo anterior, que cuando los intereses son un accesorio del capital, la deuda principal y la accesoria se convierten en una deuda única. Pero, en el caso presente, no se trata del reembolso del capital, sino simplemente del pago aislado de intereses y es por eso que la Ley considera cada año de intereses como una deuda distinta que puede ser

pagada separadamente. Esta regla se extiende también á cada año de alquileres ó arrendamientos que como se comprende no son accesorios de capital alguno que pueda reembolsarse.

A pesar de la simplicidad de esta disposición pueden presentarse dos cuestiones:

1.ª La Ley se expresa en esta forma: cada año de arrendamientos, alquileres etc; sucede, sin embargo, que muchas veces se estila pagar los arrendamientos no por años, sino por mensualidades, como por ejemplo, tratándose de fincas urbanas. Ocurre entonces preguntar: cuando se trate de alquileres mensuales cada uno de estos constituirá una deuda separada? De los términos del artículo parecería resultar que no, por las mismas palabras empleadas; cada año etc. Sin embargo, nosotros creemos que ella debe extenderse también á las prestaciones mensuales. En primer lugar, el fundamento que haya podido tener la Ley para declarar distintas deudas las de las diversas anualidades tiene que tener aplicación al caso de las mensualidades. No concebimos ninguna razón que pueda servir de base á la distinción. Bien entendido, que decimos esto en el concepto de que el pago por mensualidades haya sido acordado entre el deudor y el acreedor pues de otra manera no habría cuestión.

Por otra parte puede considerarse la disposición de este inciso 2.º como un caso de ejemplo citado por la Ley de la regla que ella misma ha establecido en el inciso 1.º, según la cual el artículo anterior (que sienta el principio de la indivisibilidad del pago) no es aplicable al caso en que se trata de deudas diversas, aunque sean todas ellas exigibles; y así como cada año de alquileres, cuando estos deben pagarse por anualidades, constituyen una deuda distinta, así también sucederá cuando los pagos deban ser mensuales, en cuyo caso cada mensualidad será una deuda separada.

Otro argumento mas puede hacerse en el mismo sentido. El artículo 1436 que tiene estrecha relación con el que estudiamos emplea los siguientes términos: «Cuando el pago deba hacerse en prestaciones parciales y en periodos determinados, etc. Como puede verse, para nada habla de años sino de periodos determinados, con lo cual incluye en la re-

gla que sienta no solo las anualidades, sino tambien las mensualidades. Así lo entiende García Goyena en la nota á su artículo 1097 (concordante con el 1436 de nuestro código) donde dice: « *Períodos determinados* — Sean cuales fueren: *mensuales, trimestrales, semestrales* etc. » Por estos fundamentos que acabamos de señalar, nos inclinamos á resolver afirmativamente la cuestión planteada, sin dejar de reconocer que la letra del artículo deja bastante que desear.

2.º La otra cuestión que puede presentarse en el estudio de este artículo y que citan algunos autores como Larombière, es esta: ¿puede ser obligado el acreedor á recibir una anualidad de vencimiento posterior á otra que no ha sido pagada todavía? nos parece que debe resolverse negativamente, á pesar de la opinión de Duranton que se decide por la afirmativa en virtud de tratarse de deudas completamente distintas, lo que, según él, autorizaria al deudor á cancelar la deuda que se le antojara. Pero de nada vale esta consideración para nosotros, ante otras de mayor peso que se dan en contra y que pasamos á exponer. Efectivamente, si se permite al deudor pagar las anualidades mas recientes, sin haberlo hecho con las anteriores se causaria un daño muy grande al acreedor: 1º por el peligro de la prescripción, 2º por la perdida posible del grado hipotecario; 3º por qué tambien podria perder el derecho de hacer valer un pacto comisorio; y 4º por el desorden que se ocasionaria en las cuentas del acreedor. Estas cuatro razones son las que dá Giorgi para decidirse por la negativa. A ellas podemos nosotros agregar otra razón, deducida del artículo 1436 (disposición que no tiene similar ni el Código Italiano ni en el Francés). Desde que en ese artículo se establece que el recibo ó pago correspondiente al último período hace presumir legalmente el pago de los anteriores, es lógico deducir que la Ley permite al acreedor rehusar el pago de una anualidad de vencimiento mas próximo cuando están impagos las anteriores. Lo contrario seria un absurdo.

Artículo 1435

Si la deuda fuese en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor,

y hacerse por el deudor, el pago de la parte líquida, aun antes de que pueda tener lugar el pago de la que no lo sea.

Esta disposición es tambien una excepción al principio general de la indivisibilidad del pago. Como puede verse, de la letra del artículo resulta que se trata de una sola deuda en la cual una parte es líquida y la otra ilíquida, y sin embargo, la Ley permite que el acreedor exija y el deudor pague la parte líquida, sin esperar la liquidación de la otra parte.—Nuestro Código de Procedimiento Civil contiene una regla semejante en su artículo 506 que dice: « Si « una sentencia condenase al pago de « una cantidad líquida y de otra ilíquida « podrá procederse á hacer efectiva la « primera sin esperar que se liquide la « segunda. »

¿Cual es la razón que ha tenido la Ley para establecer esta excepción? En primer lugar veamos que se entiende por deuda líquida y por ilíquida. El Código mismo ha establecido en el artículo 1416 que deuda líquida (ó mejor dicho, crédito) es la que puede justificarse dentro del término de diez días. En cambio es ilíquida cuando su monto es objeto de un litigio ó contestación entre las partes ó en otras palabras, la deuda es ilíquida cuando acreedor y deudor no han podido ponerse de acuerdo sobre á cuanto asciende. Ahora bien, en el caso que estudiamos se trata de una sola deuda, por su origen etc., pero que en el momento del pago no han llegado á un acuerdo las partes sino sobre una porción, habiendo discusión sobre la otra. Esta circunstancia casi puede decirse que divide la deuda en el sentido de que una cuota queda ya cierta y con existencia determinada, mientras que la otra es incierta con respecto á su monto. Podría objetarse que desde que se trata de una sola deuda, lo propio sería esperar la liquidación para efectuar el pago por entero. Sin embargo, la Ley por motivos de equidad y conveniencia para ambas partes y teniendo en cuenta además las circunstancias especiales del caso, ha derogado el principio de la indivisibilidad del pago, estableciendo que este puede dividirse cuando la deuda sea en parte líquida y en parte ilíquida.

No estará demás decir aquí que la contestación que convierte una parte de la

deuda en ilíquida debe ser seria y tener por motivo una dificultad real y efectiva. De otro modo resultarían ilusorias las disposiciones de la Ley referentes á la indivisibilidad del pago, desde que el deudor podría valerse de cualquier chicana para conseguir la división de la deuda con evidente perjuicio para el acreedor. La Ley no puede en estos casos obligar al acreedor á recibir el pago parcialmente. Es pues, necesario, como ya lo decíamos, que exista una contestación ó discusión fundada sobre parte de la deuda, para que pueda considerársele como ilíquida y en tal concepto permitirse la división en el pago.

1462
Artículo 1436.

Quando el pago debe hacerse en prestaciones parciales y en períodos determinados, el recibo ó carta de pago correspondiente al último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario.

Lo cual se entenderá cuando el pago haya debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor.

Esta disposición no se encuentra ni en el Código Francés, ni en el Italiano por cuya razón, los autores no se ocupan en general de ella. Sin embargo algunos, como Baudry Lacantinerie la tratan al estudiar uno de los casos más comunes de pagos parciales, el del arrendamiento. No teniendo en vista este autor una disposición como la nuestra considera el recibo de un período posterior como un principio de prueba por escrito. Se expresa al respecto en estos términos: «Se deben considerar los recibos posteriores como un principio de prueba por escrito, susceptible de completarse con declaraciones de testigos ó presunciones. En efecto estos recibos responden á la definición que el artículo 1347 del Código Francés dá de los principios de prueba por escrito: de una parte porque ellos emanan del acreedor, y de otra por que se hace verosímil la suposición del pago de los anteriores, desde que no se estila en la práctica admitir el pago de períodos posteriores sino se ha efectuado antes el de los anteriores». Mas adelante agrega el mismo autor, que «en todo caso el pago de períodos posteriores, constituye con relación al pago de

los anteriores una presunción que puede servir para probar el acto en los casos en que se admite la prueba testimonial.»

Como se vé, pues, el Código Francés no establece expresamente la presunción legal de pago en presencia de un recibo posterior, por lo cual los comentaristas opinan que ese hecho (la presentación del recibo posterior) sólo puede servir de base únicamente para una presunción judicial; y en este carácter sólo será admitida en los mismos casos en que cabe la prueba testimonial, prueba cuya admisión restringe mucho la Ley. Esto sin contar además, con que aun en esas circunstancias, depende todavía del criterio del magistrado que puede ó no aplicarla. Por otro lado si se la considera como principio de prueba por escrito, será necesario ratificarla con la testimonial ú otra, por ser aquella una prueba incompleta, cuya ratificación no será fácil en la mayoría de los casos. De todo lo dicho resulta que dentro de la legislación francesa tiene muy poco valor como prueba del pago de prestaciones anteriores, el recibo de la última que ha sido abonada.

El Código Oriental ha seguido otro sistema. Establece en el artículo que tratamos una presunción legal de pago de los períodos anteriores á favor del deudor que presenta el recibo correspondiente á un período posterior. Esta es la regla general aplicable á todo pago que deba hacerse en prestaciones parciales y en períodos determinados, sin perjuicios, como lo dice expresamente la Ley, de la prueba en contrario que pueda hacer valer el acreedor. Se vé pues, que el recibo ó carta de pago correspondiente á un período posterior que, según la doctrina francesa sólo dá pie para fundar una presunción *judicial*, resulta para nuestro Código base suficiente para establecer una presunción legal de pago. Esta presunción legal pertenece á la clase de las *simples*, por admitir prueba en contrario. (arts. 1577/8).-1603-1604

Disposiciones semejantes á la nuestra contienen los Códigos Civiles Argentino y Chileno y el Proyecto de García Goyena. Su origen, es una ley romana que estatua dicha regla con respecto al pago de los *tributos* (impuestos) solamente, pero los Códigos modernos citados han entendido que mayor razón existe todavía para extender la regla á todos los casos

de prestaciones parciales entre particulares en periodos determinados.

¿Cual es el fundamento de esta disposición? Ya hemos visto al ocuparnos del artículo 1434 que el acreedor puede negarse á recibir el pago de periodos posteriores cuando están impagos los anteriores, exponiendo además las razones que justifican esa solución. Ahora bien, teniendo en cuenta las razones expuestas en cuanto fueren aplicables y también lo perjudicial é injusto que sería obligar al deudor á guardar por demasiado espacio de tiempo recibos antiguos y numerosos, la Ley Oriental ha cortado la cuestión por lo sano estableciendo la presunción que estudiamos. Se evitan además, por este medio, multitud de cuestiones judiciales que podrían presentarse si se negara á los recibos ó cartas de pago el valor probatorio apuntado. Podría objetarse que esta solución puede dar lugar algunas veces á injusticias, favoreciendo á los deudores con perjuicio del derecho de los acreedores. No creemos, sin embargo, que la objeción tenga valor. En primer lugar por que el acreedor es en parte culpable de lo que sucede si por imprudencia ó desidia deja de hacer uso del derecho que le asiste de rechazar el pago de los periodos posteriores, más cuanto que la costumbre general es la de no admitirlos, si antes no se han pagado los anteriores; y en segundo lugar por que aun suponiendo que el acreedor hubiera cometido la imprudencia de aceptar el pago en esa forma, no por eso le quedarían cerrados al acreedor todos los caminos para defenderse. Como ya lo hemos dicho la presunción que establece este artículo no es absoluta sino simple por lo cual admite prueba en contrario; por consiguiente el acreedor que, contra sus propias conveniencias ha aceptado el pago de un período posterior, no por eso perderá el derecho de cobrarlos anteriores, pues siempre le quedará el recurso de probar que el pago de esos periodos no se ha efectuado, haciendo uso para el efecto de los demás modos de probar las obligaciones admitidos por la Ley.

No estará demás decir aquí que si bien el deudor está exento de probar el hecho presumido por la Ley, deberá sin embargo probar la existencia del que sirve de base á aquella, para establecer la presunción (art. 1576). En el caso que estu-

diamos, lo que el deudor tiene obligación de probar es que ha efectuado el pago correspondiente á un período posterior á los que se le reclaman.

Una cuestión puede presentarse al tratar este punto de la prueba. Es esta: ¿Deberá probarse este hecho (el pago) con la presentación de la carta de pago escrita ó podrá hacerse también por prueba testimonial cuando la cantidad adeudada no pase de doscientos pesos? Si nuestro artículo estuviera concebido en los términos del Código Argentino que dice: «Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales y en periodos determinados, *el pago hecho por el último periodo, hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario.*» No vacilaríamos en afirmar que tal cosa puede hacerse desde que no estableciéndose nada con respecto al modo de prueba que debe usarse, lo lógico es deducir que el hecho puede probarse por cualquiera de los modos admitidos por el Código, entre los cuales se encuentra la prueba testimonial para cantidades menores de doscientos pesos. Pero nuestro artículo no tiene esa redacción y si bien no dice expresamente como el de García Goyena que *«debe acreditarse por escrito el pago»*, (art. 1097), emplea términos que no dejan duda que la intención del legislador oriental ha sido la de adoptar la fórmula del citado autor. Efectivamente, al emplear las palabras *recibo ó carta de pago* indica con toda claridad que quiere referirse á documento escrito, desde que tanto la expresión *recibo* como la de *carta de pago* son los nombres que se usan en derecho para designar los documentos que acreditan el pago. En virtud de estas consideraciones nos inclinamos á creer que no puede admitirse nunca la prueba testimonial, pues, desde que la presunción se basa en un hecho que el deudor tiene obligación de probar, la prueba sólo podrá hacerse en la forma que terminantemente señala la Ley.

Esta solución es indudablemente la más justa, pues ya que la Ley establece una presunción que puede perjudicar grandemente al acreedor, debe exigirse, al menos, que la prueba del hecho que le sirve de base se haga de una manera acabada; y sabido es, que así como los documentos son considerados como una prueba seria y convincente no pasa lo mismo con el testimonio de los hombres

que á ese respecto deja bastante que desear.

Para concluir con este primer inciso solo nos resta repetir lo que ya hemos dicho al comentar el artículo 1434, es decir, que por *períodos determinados* debe entenderse no solo las anualidades sino también los que fueren mensuales, trimestrales, semestrales etc; y por *prestaciones parciales* cualquier caso de cantidades, aunque sean de un crédito suelto que deba pagarse en varios plazos señalados. La Ley no exige otra cosa para aplicar la regla referida, sino que haya de parte del deudor derechos para efectuar pagos parciales en épocas determinadas.

En cuanto al inciso 2.º no ofrece ninguna dificultad. La presunción legal que acabamos de estudiar sólo tendrá efecto cuando el pago haya debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor. Supongáms que una persona es deudora de una suma de dinero que debe pagar por partes iguales y en tres períodos determinados á tres personas A, B y C, por su orden. El recibo firmado por C. no hará presumir el pago ni á A ni á B como tampoco el de B. con respecto á A. Lo mismo sucederá si en lugar de un deudor y varios acreedores suponemos el caso contrario de un acreedor y varios deudores.

Con respecto al fundamento de esta segunda parte del artículo diremos que el legislador ha tenido en cuenta que las razones apuntadas en favor de la disposición del primer inciso, no son aplicables cuando hay más de un acreedor ó más de un deudor, pues todas ellas están basadas en la relación de intereses existente entre dos personas solamente. Bien entendido que esta excepción del inc. 2.º sólo tendrá lugar, cuando se trate de casos como los que citábamos por vía de ejemplo es decir, de pagos sucesivos por personas en cada caso distintas: pues si todas ellas están obligadas simultáneamente á pagar cada uno de los períodos, se regirá el pago por la regla del inc. 1.º.

Artículo 1437.

El deudor de especie determinada cumple con darla al plazo estipulado, en el estado en que se halle, con tal que no haya incurrido en mora, ni el deterioro provenga de su he-

cho ó culpa ni de las personas de que responde.

Esta disposición es poco más ó menos que inútil en el capítulo del pago, desde que no es sino una repetición de principios ya conocidos, por estar legislados en otra parte. Efectivamente, el artículo 1308 establece que «la obligación de entregar la cosa contiene la de conservarla como buen padre de familia hasta que la tradición se verifique, so pena de daños y perjuicios; y el 1309 dice que: la cosa aumenta, se deteriora ó perece para el que la tiene que recibir á no ser en los casos siguientes: 1.º si «pereciere ó se deteriorare por dolo ó culpa del que la debe de entregar; 2.º si se pactare que el peligro sea de cuenta del que la debe de entregar; 3.º si la cosa fuese de las que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas; y 4.º si el deudor ha caído en mora de entregar la cosa». Como complemento de estas disposiciones podemos citar los artículos 1523 y 1525 sobre la imposibilidad del pago. En cuanto á la última parte del artículo que estudiamos, la que se refiere á la responsabilidad por los hechos de otro se encuentra también legislada en el capítulo de los delitos y cuasi delitos del Código Civil. Con estas citas queda evidenciada la inutilidad de este artículo 1437, que podría ser suprimido sin inconveniente. Con él ó sin él, el deudor estará obligado á conservar la cosa como un buen padre de familia. Si la cosa se deteriora y no hay dolo ó culpa de parte del deudor, ni de las personas por quienes responde, ni tampoco ha incurrido en mora cumplirá con entregarla en el estado en que se encuentre, en el caso contrario será responsable por los daños y perjuicios ocasionados.

Si se quería conservar en este capítulo del pago una disposición que especialmente se referirá á la entrega de cosas determinadas y á las responsabilidades consiguientes hubiera sido mejor adoptar la fórmula del Código Argentino que dice en su artículo 945, á nuestro entender de una manera más propia, que «si el pago consistiese en la entrega de cosas inciertas ó de cosas fungibles ó no fungibles se observarán las disposiciones contenidas en el título de las obligaciones de dar». Bastaba entonces dentro de nuestro Código, haber hecho

referencias qué, á los capítulos ya indicados en los que se legisla sobre la misma materia de idéntica manera, y así se hubiera evitado una repetición innecesaria hasta perjudicial como lo vamos á demostrar.

En el artículo de que tratamos se dice que el deudor de cosa determinada cumple con entregar la cosa en el estado en que se halle, cuando el deterioro no provenga de *hecho* ó *culpa* ni de las personas de que responde. En cambio los otros artículos citados no hablan para nada del *hecho* sino simplemente de la culpa ó dolo del deudor. — Ante esta diferencia ocurre preguntar ¿al establecer la Ley que el deudor responde de su *hecho*, habrá querido derogar los principios generales de la culpa? Como esta cuestión se suscita en idéntica forma en la legislación francesa, transcribiremos la opinión de Laurent, expuesta en su comentario al artículo 1245 del Código Francés. Dice así: « Se ha creído que la Ley deroga « el principio general de la culpa, agredándose que el deudor responde de su « hecho, aunque dicho hecho no constituya culpa. Sería esta una derogación « inexplicable, desde que el artículo 1245 « (1437 nuestro) diría lo contrario de lo « establecido por el 1137 (1309 nuestro); « y lo contrario también, de lo dicho por « el 1302 (1533 nuestro) que prevé la « misma hipótesis; pues según los términos de este último artículo, el deudor « queda libre de responsabilidad, cuando « la cosa cierta y determinada que constituye el objeto de la obligación perece sin culpa suya. Así pues, el deudor « no responderá de la pérdida total, si no « ha habido ninguna culpa de su parte y « se quiere, sin embargo, que responda « de la pérdida parcial aunque no le sea « imputable! Los autores del Código han « copiado á Pothier, cuyo lenguaje no « tiene siempre la precisión que sería de « desear. Por lo demás, se puede explicar « la expresión: *el hecho ó la culpa*; La palabra *hecho* indica una falta cometida « por comisión y la palabra *culpa* una falta de cuidado, de diligencia. A pesar « de esto siempre sería suficiente la palabra *culpa*, pues lo comprende todo ».

(1). A la misma solución llega Hue (2)

quien se expresa así. « El texto parece « haber querido indicar que el deudor debe ser responsable no solo de la culpa « por omisión sino también de la por comisión. La palabra *hecho* designaría « aquí, como en el artículo 1383 (concordante con el 1298 del Código Oriental) « la culpa por comisión. » En el mismo sentido se decide Aubry Rau (1).

En presencia de las opiniones concordantes de tan sabios autores nos inclinamos á aceptar la interpretación formulada por ellos, no sin antes declarar que aunque la solución está muy de acuerdo con la doctrina general, deja bastante que desear en cuanto se refiere á la letra expresa de la Ley que más bien dá la razón á los que sostienen la contraria como Durantou (1). La argumentación basada en los términos empleados en el artículo 1298 (1383 francés) nos parece contraproducente pues si bien es cierto que se habla de *hecho* de las personas que uno tiene bajo su dependencia también se habla de *hecho* propio lo que viene á desvirtuar el valor del argumento. A pesar de todo nos decidimos, como decíamos, por la primera solución, pues con la otra se llega á resultados prácticos tan absurdos á los cuales es imposible suponer que el legislador haya querido llegar.

Otra cuestión tratan de resolver los autores franceses. Es esta: ¿Desde que la ley dice que el deudor está obligado á indemnizar los deterioros causados por las personas de cuyos actos responde, debe por eso deducirse como lo hacen Devilcourt y Toullier que no responde por los deterioros causados por terceros? Los autores modernos en general opinan de distinto manera, diciendo con razón que, si bien es cierto que los actos de los terceros están asimilados por lo común á los casos fortuitos, no por eso debe darse por sentado que el deudor no responde por ellos, pues él es responsable de los casos fortuitos cuando son el efecto de una culpa suya. Esta responsabilidad de los deudores por los actos de terceros que puedan imputárseles, está establecida aunque con otras palabras en el artículo 1316 del Código Civil.

(1) — Tomo XVII, pág. 546.

(2) — Tomo VIII, pág. 56.

(1) — Tomo IV, pág. 157, nota 4.ª.

Hemos indicado las dificultades á que dá lugar este artículo 1437. Para concluir sobre él, diremos que á nuestro juicio esas dificultades se evitarían siguiendo la fórmula del Código Argentino ya indicada ó bien adoptando para este Capítulo lo disposición semejante del artículo 1663, que aunque especial para la compra y venta podría extenderse sin inconveniente al pago en general, mediante un ligero cambio de palabras. Ese artículo dice así: «El vendedor debe entregar la cosa vendida tal cual se hallaba al tiempo del contrato, es decir, «no deteriorada por una causa que le sea imputable». Si esto último sucediera correspondería entonces aplicar los artículos 1308 y 1309 ya citados.

Artículo 1438

Si la deuda es de cosa determinada solo en cuanto al género, se observará lo dispuesto en la sección 6.ª, capítulo 1.º del título anterior.

Sobre esta disposición diremos que nos parece completamente inútil desde que ella no hace otra cosa que referirse á lo ya legislado en el capítulo de las obligaciones de género (artículos 1334, 1335, y 1336). Con esta disposición ó sin ella, serían las reglas establecidas en dichos artículos las únicas aplicables á los casos de obligaciones sobre cosas solo determinadas en cuanto á su género. Probablemente el legislador oriental copió impremeditadamente la disposición del artículo 1246 del Código Francés, sin advertir que los circunstancias eran distintas, y cambiando sólo la redacción para indicar únicamente una referencia á otros artículos. Decimos que las circunstancias son distintas por que en el Código Francés no existe capítulo sobre obligaciones de género y es por eso que el legislador ha tenido necesidad de establecer en el del pago una disposición especial relativa á las tales obligaciones. Esto resulta, según lo ya expuesto, necesario en el nuestro.

Las disposiciones á que se hace referencia aquí son las siguientes: «Artículo 1334— Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase ó género determinado. — Artículo 1335.— En la obligación de género el acreedor no puede pedir determinadamente ningún

«individuo, y el deudor queda libre de «ella entregando cualquier individuo del «género, con tal que sea de una calidad «á lo menos mediana. — Artículo 1336— «La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse á que el deudor «las enajene ó destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo «que debe. — No entramos á comentar estas disposiciones, por considerar que están fuera del tema de esta tesis.

Artículo 1439

La paga debe ejecutarse en el lugar y tiempo señalado en la convención.

Si no se hubiese designado lugar, la paga debe hacerse, tratándose de cosa cierta y determinada, en el lugar en que estaba al tiempo de la obligación la cosa que le sirve de objeto.

Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio que tenga el deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación.

La determinación del lugar en que debe efectuarse el pago es de una importancia trascendental. Dicha determinación junto con la del tiempo en que debe ejecutarse la obligación, constituyen los elementos indispensables para la fijación del juicio y del monto de los daños y perjuicios que pueda tener que abonar el deudor en los casos señalados por la Ley. El valor de las cosas varía, en efecto, é independientemente de otras circunstancias que tienen influencia general, según los tiempos y los lugares. Una cosa vale más ó menos según el día en que haya de ser entregada, lo mismo que vale más ó menos según se entregue en un punto ó en otro. Además la determinación del tiempo y del lugar tiene importancia en virtud del interés que tienen las partes, aun cuando se trate de cumplir la obligación en la misma cosa estipulada, para saber: la una donde debe entregarla, y la otra donde tiene derecho á recibirla.

Como acabamos de ver, este artículo trata de dos puntos importantísimos en materia de pagos, á saber: 1.º Del lugar en que debe hacerse el pago; y 2.º Del tiempo en que debe efectuarse. Para mayor claridad nos ocuparemos separadamente de cada uno de ellos.

1.º Del lugar en que debe hacerse el pago.

El pago, dice la Ley, debe ejecutarse en el lugar designado por la convención. Nada más natural que esta disposición desde que el contrato es la ley de las partes, y á él deben atenerse para todo lo relativo á su cumplimiento.

Desde luego, puede ocurrir una cuestión: ¿la designación de que habla el artículo debe ser expresa ó bastará que sea tácita? Según Laurent deben aplicarse á esta cuestión los principios generales que rigen las convenciones y como estas pueden ser expresas y tácitas lógicamente deberá deducirse que lo mismo sucederá en lo relativo al lugar en que habrá de ejecutarse el pago. (1). Después de esta argumentación, cita este autor un caso que para mayor claridad transcribimos. Se trata de un caso de jurisprudencia antigua sacado de Toullier: « En realidad el pago debería haberse hecho en « el domicilio del deudor, de acuerdo con « las reglas establecidas por el artículo « 1247 (idéntico al 1439 nuestro); pero en « una carta que acompañaba á la factura el vendedor manifestaba el deseo de « recibir el precio en Lieja; á su vez el « comprador se concretaba en su contestación á reclamar algo de lo concerniente á las cualidades de las mercaderías y lejos de oponerse al pedido hecho por el acreedor, de que los fondos « fueran remitidos á Lieja, le envió billetes en pago de las cosas. Esta conducta « del comprador, dijo la corte de Lieja, « probaba: ó que había una convención anterior relativa al pago, ó que el deudor accedía al deseo manifestado por « el vendedor. Había, pues, según ella, « convención expresa ó tácita indicando « el lugar del pago.

Por nuestra parte creemos que si la razón dada es suficiente para resolver afirmativamente la cuestión no estará de más agregar algunas otras consideraciones que harán todavía más clara la solución. Son estas: 1.^a Los términos empleados por el artículo, *lugar designado* dan cabida perfectamente á la interpretación ya mencionada. Tan designación es la expresa como la tácita. Además si la Ley sólo se hubiera querido referir á la primera, habría empleado como lo hace en otras partes, términos más comprensivos; por ejemplo: podría haber dicho el *lugar*

designado expresamente en la convención; 2.^o Por otro lado puede citarse otra razón en su favor. La ley establece en los incisos posteriores al que nos ocupa, reglas para el caso en que no haya sido designado el lugar del pago, cuyo fundamento no es otro que una presunción del legislador. Ahora bien, nada más justo que esas presunciones se dejen de lado, cuando existen hechos ó palabras que demuestran claramente que la intención de las partes es otra.

Veamos ahora otra cuestión: Si se ha estipulado que el pago se efectuará en el domicilio del acreedor y éste lo muda antes de efectuarse ¿En donde deberá hacerse el pago, en el domicilio que el acreedor tenía en el momento del contrato ó bien en el que tiene cuando debe cumplirse? La opinión corriente es que debe hacerse en el domicilio del tiempo del contrato. La Ley mira siempre con contemplaciones al deudor y no podría en este caso dejar que, según el arbitrio del acreedor, resultara muy perjudicado con un cambio del lugar en que debe pagarse. Además, debe presumirse que desde que se ha establecido en el contrato que el pago debe ejecutarse en el domicilio del acreedor, el deudor no habrá pensado en otro lugar más que en ese para cumplir con su obligación.

Para concluir con este primer inciso, haremos notar algo más á su respecto: 1.^o Que la designación expresa puede ser hecha ó bien en el contrato principal ó bien en otra convención posterior. — 2.^o Si están indicados dos ó más sitios simultaneamente, se entenderá que debe cumplirse en cada uno por mitad; si lo fueran disyuntivamente se cumplirá por entero en uno ú otro, según el arbitrio del deudor.

Hemos visto, pues, que la designación puede ser expresa ó tácita. Ahora nos corresponde averiguar, que deberá hacerse cuando no haya designación de ninguna especie. El artículo que estudiamos establece que si no se hubiese designado lugar, la paga debe hacerse, tratándose de cosa cierta y determinada, en el lugar en que estaba al tiempo de la obligación la cosa que sirve de objeto. Se trata aquí, como dice Giorgi (1), de un verdadero caso de designación tácita del

(1)—Tomo XVII pag. 578.

(1) Tomo VII. Pág. 78.

lugar del pago. La ley presume que, desde que las partes no han dicho nada al respecto, es porque entienden que el lugar del pago deberá ser aquel en que está la cosa en el momento del contrato.

Supongamos ahora un contrato de compra-venta sobre cosa cierta y determinada. ¿La regla que acabamos de dar deberá aplicarse también para el pago del precio? Conviene decir antes que cuando se trata de contratos sinalagmáticos, como nacen de ellos obligaciones respectivas, en cada caso de pago de una de ellas, se atenderá á las reglas de este artículo, con plena independencia de lo que se haga con las otras. Habrá, pues, que examinar cada obligación y cada pago desde el punto de vista de su aplicación distinta y separada.

De manera que, como regla general, no debe confundirse una obligación con otra, en lo que se refiere á su cumplimiento. Podía una ejecutarse en un lugar y otra en otro. Sin embargo, con respecto á la compra-venta, el Código ha legislado expresamente en su artículo 1702. Según este artículo el pago debe efectuarse en el lugar determinado en el contrato; si no lo estuviere debe hacerse en el lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida; y sólo si la venta ha sido á crédito ó si el uso del país acuerda algún tiempo para el pago, deberá abonarse en el lugar del domicilio del comprador, aplicándose recién en este último caso la regla que les correspondería según el tercer inciso del artículo 1439 de que tratamos. La Ley deroga en este caso particular la regla que debiera aplicarse, y lo hace presumiendo que las partes han entendido que en el mismo sitio deben efectuarse la tradición de la cosa y la entrega del precio. Pero si, al contrario, por cualquier razón el comprador tiene término para pagar, la presunción desaparece, para dar lugar á la aplicación de la regla general del inciso tercero, que es la que le correspondería no tratándose de cosa cierta y determinada.

Volviendo sobre la regla que se refiere á las cosas ciertas y determinadas, haremos notar que aunque general recibe sin embargo algunas excepciones en los casos determinados por la Ley. Así por ejemplo, tratándose del Depósito el artículo 2241 dice que si el contrato no designa el lugar para la devolución, esta debe hacerse donde se verificó el depósi-

to ó *donde la cosa se halla*, sin dolo por parte del depositario. Con el comodato pasa también algo por el estilo; si no hay estipulación contraria la restitución debe hacerse en el domicilio del comodante. ¿Sucederá lo mismo con el mútuo? En verdad que no nos correspondería ocuparnos aquí de él, pues no es un contrato sobre cosa cierta y determinada, pero en virtud de su semejanza con el comodato, creemos conveniente decir dos palabras á su respecto. Los autores franceses establecen una distinción entre los mútuos de dinero y los de otras cosas, fundada en la disposición del artículo 1903 del Código Francés. En el primer caso debe hacerse el pago, salvo estipulación contraria, en el domicilio del deudor; y en el segundo, en el lugar del contrato. Entre nosotros no tiene cabida esa distinción desde que el artículo 2176 establece que, si no se ha estipulado nada acerca del lugar en que debe restituirse la cosa, se hará en el domicilio del deudor. -Como se vé, nuestra Ley no hace otra cosa que aplicar al mútuo la regla general del artículo 1439 sin hacer distinciones.

Hemos visto hasta aquí, que la Ley tiene en cuenta en primer término, para la determinación del lugar donde debe efectuarse el pago, la intención de las partes manifestada en una convención expresa ó tácita; agregando que el caso del inciso 2.º relativo á las cosas ciertas y determinadas puede considerarse como una presunción de la Ley de que ha existido una convención tácita.

Ahora bien, puede suceder que no haya ni pueda presumirse la existencia de una convención entre las partes, acerca del lugar en que ha de hacerse el pago; en tal caso, ¿cual será el lugar en que deberá ejecutarse? El artículo lo dice expresamente en su inciso 3.º; «*el pago debe hacerse en el domicilio que tenga el deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación*». ¿Cual es el fundamento de esta disposición? El orador del Gobierno, en la discusión del Código Francés, se expresaba en estos términos: «si el objeto de la deuda es indeterminado, el deudor puede invocar la regla según la cual, ante el silencio del contrato ó la duda que pueda hacer nacer debe interpretarse de la manera menos onerosa para el deudor.» Jaubert, el relator del Tribunado, se expresaba en el mismo

sentido: «Cuando no hay convención, la «Ley se pronuncia, con razón, por el «deudor. Desde que las partes no se han «explicado, es necesario interpretar y «la interpretación debe hacerse en favor «del deudor, más bien que en favor del «acreedor; cuya interpretación está funda- «da en el hecho de ser favorable al pago «y además en que el acreedor debe im- «putarse á sí mismo el no haber exigido «que las condiciones se redactaran con «más claridad.» (1).

No es pues en este caso, la voluntad expresa ó tácita de las partes la que sirve de guía para la determinación del lugar en que debe efectuarse el pago; es la Ley, la que á falta de datos se decide por el domicilio del deudor en virtud de los motivos expuestos en el párrafo anterior. Sin embargo esta regla sufre excepción, como ya lo hemos dicho anteriormente, en el contrato de compra-venta en la parte referente al pago del precio, que debe hacerse en el mismo tiempo y lugar que la entrega de la cosa vendida, salvo que haya estipulación contraria ó que la venta fuere á crédito etc. (artículo 1702).

Dando por sentado que el pago debe de efectuarse en el domicilio del deudor, es necesario determinar cual domicilio debe tomarse en cuenta: si el del tiempo del contrato ó el del tiempo del cumplimiento de la obligación. Esta cuestión que dá lugar á dudas en el Código Francés, ha sido resuelta expresamente por nuestro Código, estableciéndose que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación. Esta regla no es sino un efecto lógico y natural del deseo del legislador de favorecer en lo posible al deudor.

Algunos autores creen encontrar una contradicción entre esta solución y la que se dá para el caso de haber cambio de domicilio del acreedor, cuando este hubiera sido el lugar designado expresamente para el pago. Sin embargo la objeción carece de fundamento. Véase lo que al respecto dice Laurent (2): «La contradicción no es más que aparente. Cuando el pago se hace en el domicilio del «acreedores en virtud de una convención, «y para interpretar esa convención es ne-

«cesario consultarla intención de las par- «tes. Ahora bien, debe presumirse que en «ese caso las partes, al indicar el domi- «cilio del acreedor como sitio para el pa- «go, han tenido en cuenta el que tenía «en el tiempo del contrato. En cambio, «cuando el pago se hace en el domicilio «del deudor es en virtud de mandato de «la Ley.» Y agregaremos por nuestra parte, por no ser aplicable á nuestro Código el resto de la argumentación de Laurent, que, desde que la ley quiere favorecer al deudor, el único modo de hacerlo es permitiéndole que pague en su domicilio actual, pues de lo contrario el favor sería ilusorio, y muchas veces, más bien se le causaría un gran perjuicio.

A propósito de este punto los autores se proponen otra cuestión que ha dado lugar á profundas divergencias entre ellos. Es la siguiente: si el deudor después de celebrado el contrato cambia de domicilio de una manera imprevista, estableciéndolo en un lugar lejano con grave perjuicio del acreedor, ¿Puede este pretender que el deudor señale un lugar que le perjudique menos para pagar ó cuando ménos una compensación del perjuicio que le causa con ese cambio de domicilio? Para hacer más clara la gravedad de la situación en que puede encontrarse nn acreedor, supongamos que se trate de una obligación que deba pagarse por mensualidades y que el nuevo domicilio del deudor esté en un lugar muy lejano. Los autores, como hemos dicho, están divididos. Tres son las soluciones que se proponen: dos radicales y una intermediaria. Veámoslas. Para algunos como Duranton, el pago debe efectuarse en el lugar del contrato, fundándose en que no debe depender de la voluntad de una parte, el cambiar la condición del contrato y hacerlo más gravoso para la otra. Además dá otra razón, que es la que ya indicábamos al hablar de una presunta contradicción entre los casos de tratarse de cambio de domicilio del acreedor ó del deudor, pues este autor es de los que encuentran discrepancia entre las dos soluciones.—Para otros como Laurent, Marcadé, Mourlon etc, el pago debe hacerse siempre en el domicilio actual del deudor, sea cual sea, y dan como fundamento los ya apuntados en otro lugar (1). De manera que, no

(1) Citados por Laurent.—Tomo XVII.—Pág. 581.

(2)—Tomo XVII pág. 582.

(1)—Página 190.

admiten estos autores que el acreedor pueda pedir la designación de un nuevo lugar para el pago, menos gravoso para él, ni siquiera una indemnización por los perjuicios que le causa el cambio. — Para otros, en fin, como Larombière, Aubry Rau, Giorgi, etc., debe buscarse á la cuestión una solución intermedia y equitativa entre las dos extremas que acabamos de indicar. Veamos como la expone Larombière (1), después de sentar y fundar la regla general según la cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, dice: «Sin embargo, si el deudor «hubiese trasladado su domicilio á otra «parte, de tal manera que resultara una «mutación onerosa para el acreedor, éste «último podía exigir que el pago sea «hecho en el lugar donde el deudor tenía su domicilio en el momento del «contrato. No es posible presumir que «se le haya querido someter de una manera absoluta á todos los cambios de «domicilio que al deudor se le ocurra «efectuar; cambios que podrían causar «le grandes perjuicios, sea por la influencia que ellos pueden tener sobre el valor de las cosas debidas, sea por los gastos y dificultades para la cobranza. El «acreedor tendrá cuando menos el derecho de hacerse indemnizar por el deudor los gastos y pérdidas que le pueda haber ocasionado ese pago lejano.»

Este tercer sistema, que con ligeras variantes es el que acepta Giorgi, es indudablemente el más equitativo y arreglado á justicia; pero de nada sirven esas justas consideraciones ante la letra expresa de la Ley, que como hemos visto, señala como lugar del pago el domicilio actual del deudor. (inciso 3.º). Ni aún dentro del Código Francés, que no tiene tal disposición expresa, creemos que pueda adoptarse legítimamente, por que los que sostienen el sistema intermediario parten de una base falsa al tratar de adaptarlo á la legislación positiva. Efectivamente, Larombière dice que, si el pago se hace en el domicilio del deudor es en virtud de una presunción de la Ley. Sin embargo, ya lo hemos dicho y lo repetimos ahora, esa disposición no tiene por causa una presunción; sino el deseo de parte del legislador de favorecer en lo posible al deudor, siempre que no haya

indicación expresa ni tácita del lugar en que deba efectuarse el pago.

De todo esto resulta, que el pago deberá efectuarse siempre en el domicilio del deudor al tiempo de su cumplimiento, sin que tenga nunca derecho el acreedor para pedir la designación de otro lugar ó la indemnización por los gastos que puedan ocasionársele. Esta es la opinión de Laurent, Marcadé, Murlon, etc.

Otra pequeña cuestión sobre el mismo inciso. — El deudor que tiene derecho de pagar en su domicilio, hace varios pagos de una obligación sucesiva en el domicilio del acreedor. ¿Debe entenderse que por ese hecho renuncia á su derecho? Los autores se deciden unánimemente por la negativa. Es cierto que el derecho del deudor es renunciable como cualquier otro, pero el hecho de pagar varias veces en el domicilio del acreedor no basta para probar la intención de renunciar. Más significación tiene el hecho del deudor que pretende hacer valer su derecho. Por consiguiente, el acreedor tendría que probar que ha habido renuncia y sólo entonces tendría un derecho adquirido para recibir el pago en su domicilio. Esta prueba, como dice Laurent, será en la mayoría de los casos casi imposible efectuarla.

Para concluir con las cuestiones á que dá lugar la designación del sitio donde debe efectuarse el pago, mencionaremos una contradicción que á nuestro juicio existe entre este artículo 1439 y el 1307, 323 á la que, sin embargo no damos importancia por las razones que expondremos más adelante. Efectivamente como hemos visto el artículo 1439 trae tres reglas para la designación del lugar: 1.ª se atiende á la que hayan hecho las partes expresa ó tácitamente, 2.ª cuando se trate de cosa cierta y determinada, se pagará en el lugar en que estaba al tiempo de la obligación la cosa que le sirve de objeto, (hemos dicho, siguiendo á Giorgi, que este caso debe considerarse de designación tácita) y 3.ª fuera de los indicados, deberá hacerse en el domicilio del deudor. Por otro lado el inciso 2.º del artículo 1307 ya citado, dice: «El que se ha obligado á entregar una cosa debe verificarlo en el lugar y en el tiempo estipulado; y en defecto de estipulación en lugar y tiempo conveniente según el arbitrio judicial.» La primera parte de este inciso está de acuerdo con la primera y aun

(1)—Tomo IV pág. 177.

con la segunda de las reglas enunciadas por cuanto esta última la hemos considerado como el resultado de una designación tácita de las partes. Pero no sucede lo mismo con la última de las reglas referidas y la segunda parte del citado inciso 2º. Según una (la 1.ª) á falta de designación expresa ó tácita, el pago deberá efectuarse en el *domicilio del deudor*; según la otra (la 2.ª) á falta de designación del lugar por las partes deberá hacerla *el juez, según su arbitrio*. Hay pues, una contradicción evidente entre las dos disposiciones. Pero como ya lo dijimos anteriormente no damos importancia á esta contradicción por que como lo vamos á demostrar, sigase una ú otra regla el resultado siempre será el mismo: el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor. Efectivamente, aún cuando el juez deba designar el lugar del pago, no podrá señalar otro que el del domicilio del deudor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1278, del Código Civil que manda que en los casos dudosos la interpretación se haga siempre en favor del deudor. Ahora bien, el juez para favorecer al deudor, cuando se halle en la situación indicada, se verá obligado á señalar su domicilio como el lugar donde debe efectuarse el pago.

2.º *Del tiempo en que debe hacerse el pago*. Nuestro Código con referencia á este importante punto se limita á decir que el pago debe hacerse en el tiempo señalado por la convención. Nada establece aquí para el caso en que no haya convención sobre el tiempo. El Código Francés habiendo todavía más parco que el nuestro, pues en el respectivo capítulo sobre el pago, no hay ninguna referencia al tiempo en que debe cumplirse la obligación. En cambio el Código Argentino contiene sus artículos sobre esta materia (artículos 750 á 755). Lo cierto es que para nuestro Código resultaría innecesaria la enumeración de reglas que tiene el argentino, desde que esas disposiciones se encuentran ya incluidas en los capítulos relativos á las obligaciones de dar, á las obligaciones condicionales y á las obligaciones á plazo.

El pago debe hacerse en el tiempo designado por la convención. Así pues, si se trata de una obligación á plazo, el pago deberá efectuarse una vez transcurrido aquel; si la obligación es condicional deberá hacerse apenas se cumpla la con-

dición de que depende su existencia. En una palabra, la obligación debe cumplirse el día de su vencimiento, es decir, el día en que finaliza el plazo ó se cumple la condición.

Como podrá observarse hemos mencionado solamente los efectos en cuanto al tiempo de las obligaciones á plazo y condicionales, dejando deliberadamente de lado aquellas que no tienen estipulación al respecto. Si así lo hemos hecho es por que existen en el Código dos disposiciones que según algunos se encuentran en contradicción. Esas dos disposiciones se refieren á las obligaciones puras, es decir, que no tienen plazo ni condición. Veámoslas.—El artículo 1307 dice: «La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble ó inmueble.—El que se ha obligado á entregar una cosa debe verificarlo en el lugar y en el tiempo estipulado, y en defecto de estipulación en lugar y tiempo conveniente según el arbitrio judicial.»—y el artículo 1414 dice: «La obligación en que por su naturaleza no fuere esencial la designación del plazo ó que no tuviere plazo cierto estipulado por las partes ó señalado en este Código, será exigible diez días después de la fecha.»

Según algunos existe contradicción entre lo dispuesto por uno y otro de estos artículos. Se dice que tratándose de obligaciones para las cuales no hay plazo ni condición estipulados el artículo 1307 establece que el tiempo debe señalarlo el juez según su arbitrio, mientras que el 1414 dice que debe pagarse á los diez días de la fecha. Pero como la disposición del artículo 1307 es especial para las obligaciones de dar y la del 1414 tiene carácter general llegan á esta conclusión: á las obligaciones de dar debe aplicárseles el artículo 1307 según el cual á falta de plazo, debe señalarse uno por el juez; mientras que con las demás clases de obligaciones debe seguirse el temperamento indicado en el artículo 1414, por lo cual la obligación será exigible á los diez días de la fecha.

Por nuestra parte encontramos errónea la interpretación anterior, y aún más, ni siquiera encontramos que exista contradicción entre las dos disposiciones citadas pues creemos que pueden armonizarse fácilmente. Vamos á demostrarlo.

El artículo 1414 habla de cuatro clases distintas de obligaciones en lo refe-

rente á la época de su cumplimiento, á saber: 1.º *Con plazo cierto estipulado por las partes.*—Debemos advertir antes de seguir adelante que á nuestro modo de ver el plazo cierto de que habla este artículo no es el mismo á que se refiere el artículo 1408. Allí se llama cierto cuando fuere fijado para terminar en un año, etc ya designado, mientras que se llama *incierto* cuando fuere fijado con relación á un hecho futuro cuya realización deberá irremisiblemente tener lugar aun cuando no se sabe la fecha. Aquí (en el artículo 1414) la palabra *cierto* se refiere tanto á uno como al otro y quiere decir, que exista plazo señalado por las partes, sin tener en cuenta para nada su clase. 2.º *Obligaciones con plazo señalado por el Código.* 3.º *Obligaciones que si bien ni las partes ni la Ley les han dado plazo, tienen necesidad esencial por su naturaleza que se les señale uno.* 4.º *Obligaciones que no se encuentran en ninguno de los tres casos anteriores.* No nos ocuparemos de las dos primeras categorías pues desde que tienen plazo señalado no dan lugar á cuestión. Con las otras dos en cambio creemos haber encontrado el medio de evitarlas dificultades antes apuntadas. Según nosotros el artículo 1307 inc. 2.º será solo aplicable á las obligaciones de la tercera categoría, mientras que el artículo 1414 deberá aplicarse á las de la cuarta. Con dos ejemplos evidenciaremos la bondad de la solución:

Supongamos que una persona desea tener en Montevideo cierta cantidad de género de fabricación inglesa y de una calidad que no existe en plaza, para lo cual se vé con un comerciante. Este acepta la propuesta y se compromete por escrito á entregar la cantidad de género, pero sin designar plazo para el cumplimiento de su obligación. Esta ¿será exigible á los diez días? No; se trata de un caso en que es absolutamente necesario la designación de un plazo, ante la imposibilidad de cumplir con la obligación de otra manera. ¿Que es, pues, lo que debe hacerse? El juez teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1307 y á solicitud de parte interesada, señalará un plazo prudencial dentro del cual pueda cumplirse la obligación.—En cambio, supongamos que una persona A, dá á otra B, un documento concebido así: Vale por mil pesos oro que debo y pagaré al señor B.-A. En este caso no hay necesidad esen-

cial de señalar judicialmente un plazo para el pago; este podría hacerse inmediatamente y sólo nuestro Código á diferencia de los extranjeros, y dejándose llevar quizás por la excesiva benevolencia que lo caracteriza con respecto á los deudores, les concede para el pago un plazo de diez días que llamaremos de gracia, ya que á nuestro modo de ver no tiene justificación de ninguna especie.

Resulta, pues, de lo dicho que no hay tal contradicción entre los artículos 1307 y 1414. El primero se refiere á los casos en que no habiendo plazo señalado sea sin embargo, imprescindiblemente necesario indicar uno, en virtud de la naturaleza de la obligación; y agregaremos que aunque el artículo solo se refiere á las obligaciones de dar debe aplicarse también por analogía y teniendo en cuenta lo dispuesto por el 1414, á las obligaciones de hacer ó no hacer. En cambio el artículo 1414 se refiere al caso de tratarse de obligaciones sin plazo señalado, ni necesario.

De muchas otras cuestiones sobre el tiempo en que debe pagarse, podríamos tratar pero creemos que eso sería salir del tema de esta tesis y entrar en el de las obligaciones condicionales y á plazo.

Artículo 1440

La paga, desde el momento en que se verifica, extingue la obligación principal y las accesorias.

El Código trata en este artículo de determinar cuales son los efectos que produce el pago. Ninguno de los otros Códigos que hemos consultado contiene una disposición semejante y los autores consideran que es de todo punto inútil establecerla pues los resultados son los mismos con ella, que sin ella. A pesar de que consideramos inútil la disposición creemos que no estarán demás algunas generalidades sobre los efectos del pago.

Por regla general el pago extingue la obligación y libera por consiguiente al deudor; es por eso que se le llama el primero y más lógico de los modos de extinguir las obligaciones. Sin embargo, pueden considerarse como excepciones á esta regla los pagos hechos con subrogación legislados en el capítulo siguiente. Los efectos del pago con subrogación son distintos de los del pago simple, pero

no trataremos de ellos por salir del tema de esta t sis. Solo hablaremos de los efectos normales del pago, y para mayor claridad trataremos por separados los del pago total y los del pago parcial.

1.º *Pago total.* — El pago total extingue no sólo la obligación principal, sino también las accesorias como lo dice expresamente este artículo siguiendo el tan conocido principio de *accessorium sequitur principale*. Ofrecido y aceptado el pago, se extinguen las hipotecas, prendas   fianzas que pudiera haber como garantías de la obligación principal y aun cuando hubiera acuerdo posterior entre el deudor y el acreedor para dejar sin efecto el pago, ese acuerdo no haría renacer las hipotecas, prendas y fianzas pues estas han quedado definitivamente extinguidas (artículos 1460 y 1461). Esta regla sufre excepción en los casos de pago hecho por el que no es propietario   no tiene capacidad para enagenar de que trata el artículo 1423, pues cuando esto suceda y tenga lugar la evicción renacer n tanto la obligación principal como las accesorias. Lo cierto es que en el fondo esta no es una excepción por que si el pago se declara nulo es como si no hubiera existido y de ahí que no produzca los efectos del pago normal.

Por lo general cada pago extingue una sola obligación principal. Sin embargo, suele suceder que un sólo pago extingue varias obligaciones principales. Así por ejemplo, si para extinguir una deuda de dinero el deudor se obliga á vender al acreedor una cosa determinada, la prestación de esta cosa extinguirá las dos obligaciones que se han contraído. Lo mismo sucede en materia comercial con el pago de las letras de cambio que no sólo extingue la obligación del aceptante sin  también las de los endosantes y libradores, debiendo considerarse que cada una de estas constituye una obligación personal y distinta, según lo dispuesto por el artículo 928 del Código de Comercio Oriental.

Al tratar de los efectos del pago los autores se proponen una cuestión cuya solución puede tener gran importancia práctica. Dicen  Puede el deudor exigir del acreedor la entrega del título que constata la existencia de la deuda? La cuestión ha dado lugar á grandes discusiones y en la jurisprudencia Italiana se encuentran decisiones contradictorias,

pues, mientras la Corte de Roma le reconoce al deudor el derecho de exigir la entrega del título, las de Nápoles y Tur n se lo niegan. En cambio los autores que hemos consultado están casi todos conformes en reconocer tal derecho al deudor. De los Códigos solo hemos encontrado el Alemán que tenga una disposición expresa sobre el punto que tratamos; su artículo 371 consagra el derecho del deudor para pedir la entrega del título.

Se aduce como fundamento de esta solución, el interés que tiene el deudor de tener en su poder ese documento que acreditaba la existencia de una deuda, que con su pago se ha extinguido. Es cierto que el deudor tiene   debe tener en su poder un recibo emanado del acreedor en el que se constate el pago; pero también es cierto que ese recibo puede perd rsele, en cuya circunstancia no teniendo ya el deudor la prueba del pago quedará librado   lo que resulte de la mala   buena fé con que obre su acreedor. En cambio éste no tiene por regla general interés ninguno en conservar en su poder el título despues que ha sido cancelada la deuda; y si se empeña en ello, su actitud debe ser considerada sospechosa no solo por el deudor sin  también por los jueces. Sin embargo, en ciertos casos el acreedor puede tener un interés legítimo en retener el título en su poder. Así sucederá, por ejemplo, si ese título le sirve á su vez para probar su liberación con respecto á otra obligación. En este caso las razones que antes apuntamos desaparecen y es natural y justo permitir al acreedor que conserve el título.

Por todo lo que antecede debe establecerse, siguiendo la doctrina general, que el deudor tiene derecho de reclamar para sí el título que acredita la deuda   no ser que de parte del acreedor haya un interés legítimo y verdadero en conservarlo, en cuyo caso este no estará obligado á devolverlo.

Pagos parciales. — Los pagos parciales, ya se efectúen en virtud de un acuerdo entre las partes   ya por una concesión excepcional de la Ley (artículo 1432 inc. 2.º) no extinguen la deuda sin  por la parte correspondiente y quedan obligados por la porción impaga, tanto el deudor principal como los co-obligados, f dores, etc.

Los gastos que ocasionare la paga son de cuenta del deudor; pero no se comprenden en esta disposición los judiciales que se hubieren causado, respecto de los cuales el juez decidirá con arreglo á lo dispuesto en el artículo 663 y á las leyes del procedimiento.

*Si contentándose el deudor con un documento simple de resguardo, el acreedor no su-
piere firmar, serán de cuenta de éste los gastos para el otorgamiento del resguardo correspondiente.*

El hecho material de la entrega de una cosa en pago suele ocasionar gastos más ó menos considerables por lo cual es necesario determinar á cargo de quien serán estos gastos. Para resolver este punto, el legislador ha colocado en este artículo que estudiamos una disposición que establece, como regla general, que los gastos que ocasionare el pago son de cuenta del deudor. Los Códigos Francés é Italiano contienen una disposición concebida más ó menos en los mismos términos, (artículos 1248 y 1250 respectivamente).

Los gastos que puedan hacerse para efectuar el pago son de dos clases: 1.º gastos necesarios para la entrega de la cosa; 2.º gastos de confección del recibo, ó carta de pago, ya sea en documento público ó privado. Estudiémoslos separadamente.

Los gastos para la entrega de la cosa son de cuenta del deudor. Nada más natural; en primer lugar, porque debe reconocerse que el acreedor tiene el derecho de recibir el pago íntegro, tal cual se ha estipulado; y en segundo lugar, porque desde que una de las obligaciones del deudor es la de entregar la cosa, justo es que corra con todos los gastos que ocasione dicha entrega.—Es necesario advertir, sin embargo, que los gastos á cargo del deudor sólo son aquellos que tienen carácter de necesarios y previos á la entrega de la cosa, pues los posteriores son de cargo del acreedor. Esto es lo que dispone el artículo 1669 con respecto á la venta, cuya disposición según la opinión general de los autores, debe hacerse extensiva á todos los otros casos.—De acuerdo con estas reglas serán de cuenta del deudor los gastos que ocasionen: el transporte de la cosa al lugar designado para la entrega, el en-

vío de fondos, los que se efectúen para medir, pesar ó contar las cosas cuando sea necesario, los de mensura, etc. Por el contrario los gastos de embalaje, expedición y transporte de la cosa para llevarla hasta el domicilio del acreedor son de cuenta de éste.—Giorgi observa con razón, que los gastos de embalaje serán de cuenta del acreedor, si la cosa debida se encuentra en el lugar designado para la entrega, pues si se hubiese hallado en otro, la traslación y embalaje necesario, serían de cargo del deudor.

La regla anterior es buena y justa indudablemente para la venta y aun para otros contratos, pero otras veces resultará insuficiente y es por eso que Giorgi da la idea de señalar á los jueces un criterio adecuado, de acuerdo con el cual deberán resolver en cada uno de los casos particulares que se les presente, de cargo de quien son los gastos efectuados. El criterio que él propone es el siguiente: determinado el objeto de la obligación el deudor debe entregarlo íntegramente sin que tenga derecho de pretender que se le abonen los gastos que le ha ocasionado la prestación. Este criterio es más amplio que el anterior y tiene la ventaja de aplicarse no sólo á todas las obligaciones de dar, sino también á las de hacer.

La regla no por ser amplia deja de tener sus excepciones establecidas por la Ley. Así, por ejemplo, tratándose de obligaciones de dar, nos la ofrecen el depósito, el comodato y la rendición de cuentas de la tutela. Con respecto al depósito el artículo 2241 dispone que los gastos de transporte de la cosa al lugar designado para la devolución son de cuenta del depositante; éste es el acreedor y sin embargo paga los gastos. Por analogía de circunstancias debe considerarse que el legislador ha querido extenderla al comodato. En cuanto á la rendición de cuentas de la tutela el artículo 375 establece que los gastos para efectuarla son en último resultado de cargo del menor sin que la Ley haga distinción alguna entre el caso en que el tutor sea acreedor y el que sea deudor.—Entre los contratos que dan nacimiento á obligaciones de hacer hay también casos de excepción á la regla que estudiamos. Como ejemplo podemos citar el que nos presenta el artículo 2055 que establece que el mandante debe

abonar al mandatario todos los gastos que haya tenido para llenar su cometido. Hay aquí excepción porque á pesar de ser el objeto de la obligación la prestación del hecho, corre con todos los gastos el mandante, es decir, el acreedor.

Estudiemos ahora lo referente á los recibos ó cartas de pago. Los gastos que se ocasionen con este objeto son también de cargo del deudor. ¿Por qué? Porque es un principio aceptado en esta materia que los gastos deben ser soportados por aquel en cuyo interés se hacen; y es el deudor el único interesado en tener la carta de pago porque le sirve para acreditar que ha cumplido con la obligación que contrajo. — En cambio son de cuenta del acreedor, los gastos que ocasione la inscripción en los registros correspondientes, cuando hubiere lugar á ella. Esta inscripción no es, en cierta manera, dice Larombière, sino la consagración fiscal del derecho que le ha sido transmitido al acreedor y por consiguiente él es aquí el único interesado en que se efectúe. Por las mismas razones los gastos de escritura y demás accesorios de la venta son de cargo del comprador (artículo 1647).

El artículo 1441 que estudiamos, después de sentar la regla apuntada, establece como excepción que no se comprenden en ella los gastos judiciales que se hubieren causado, respecto de los cuales el Juez decidirá con arreglo á lo dispuesto en el artículo 663 y á las leyes del procedimiento. — La Ley ha tenido en cuenta para exceptuarlos que son dos criterios distintos los aplicables: uno á los gastos extra-judiciales y normales del pago y otro á los judiciales y anormales. El aplicable á los primeros ya lo hemos dado; los gastos de esa índole son por regla general de cargo del deudor. Pero ¿sucederá lo mismo con los segundos? No. Los gastos judiciales son los que se conocen generalmente con el nombre de costas y costos y la obligación de pagarlos le sirve á la Ley en parte como pena contra la parte que con más ó menos sin razón haya procedido en el litigio. Se vé, pues, que sería injusto que se obligara en todos los casos al deudor á pagar las costas y costos. Si él ha tenido razones legales atendibles para negarse á pagar ¿por qué habría de obligársele á satisfacer los gastos del litigio? En cambio, si se ha negado á pa-

gar sin fundamento legal resulta culpable y debe cargar con los gastos.

En virtud de lo dicho los Jueces deberán tener en cuenta para la determinación de la persona que debe abonar los gastos judiciales, lo que dispone el artículo 663, inciso 2.º, que dice: « Puede el « Juez no hacer condena especial en costas ó imponerla al vencido y aun condenarlo en costas y costos según estime que aquel litigó con alguna razón, « ó por culpable ligereza ó por malicia « que merezca la nota de temeridad. » Como la Ley dice que el Juez deberá atenerse también á las leyes del procedimiento, transcribiremos aquí lo que dispone el Código de Procedimiento Civil en su artículo 732 que se refiere á la condenación en coetas y costos. Dice así: « Siendo la sentencia confirmatoria en « todas sus partes en cuanto á lo dispositivo de la de primera instancia las costas del recurso serán á cargo del apelante. — En la segunda apelación no se « cargarán costas aunque la sentencia « fuera confirmatoria—salvo que de la « prueba producida en esta instancia resultase de una manera evidente que la « parte vencida había litigado sin razón « ó con malicia en cuyo caso podrán imponérsele las costas de dicha instancia « y aun los costos conforme á lo establecido por el artículo 663 del Código Civil. » Hemos citado esta disposición porque tiene carácter general; pero además de ella existen otras muchas particulares que también deberán considerar los Jueces en los casos pertinentes.

Por último, el artículo dispone en su segundo inciso que « si contentándose el deudor con un documento simple de resguardo, el acreedor no supiese firmar, serán de cuenta de éste los gastos para el otorgamiento del resguardo correspondiente. » Esta disposición no existe en el Código Francés y la mayoría de los autores al tratar de la cuestión en teoría, opinan que no hay razón para establecer diferencia entre este caso particular y los generales sobre los que se legisla en el inciso 1.º. — Nuestro Código en cambio ha seguido la opinión de Toullier (1) quien da como fundamento que no debe soportar el deudor los resultados de la ignorancia del

(1) Toullier, tomo VII, núm. 95.

acreedor. La ignorancia de éste es la causa de que haya necesidad de otorgar una escritura pública; por consiguiente él debe pagar estos gastos extraordinarios.

No nos parece del todo aceptable la solución de nuestro Código y más bien nos inclinamos á creer que hubiera sido preferible adoptar una fórmula intermedia como la que propone Borsari (1). Dice este autor al respecto: « Me permitiré proponer una distinción. Si el deu-

dor se ha obligado hacia un analfabeto, que le constaba ser tal por el acto mismo de la obligación, creo que no debería tener derecho de pedir mayor pericia de parte del acreedor en el día del pago, desde que ya sabía la condición en que estaría éste para recibirla. Pero si el acreedor originario sabía escribir y el sucesor que recibe el pago no sabe, por cuya circunstancia se hace necesario el acto notarial, es justo que este último soporte el gasto imprevisto. De esta manera parecen conciliarse las dos opiniones.

(1) Tomo 3.º, parte 2.ª, pág. 654.

Montevideo, Julio de 1902.