

## CAPÍTULO IX

### Derechos reales por razón de carga

---

#### Del censo reservativo

La palabra censo procede del verbo latino *censere* (valuar ó tasar). También se estudia la enfiteusis como una de las tres clases de censos, pero, en rigor, es una forma de la propiedad dividida. Nuestro propósito en este capítulo es estudiar los censos reservativo y consignativo como derechos reales por razón de carga sobre un inmueble, y además los censales.

Gutiérrez ve el origen del censo reservativo en el cap. XLVII del Génesis, según el que, José, hijo de Jacob, cedió á los egipcios varias tierras en nombre de Faraón, reservándose el derecho de percibir la quinta parte de sus frutos. Según dicho texto bíblico, José dijo á los pueblos: «tomad semillas y sembrad los campos para que podáis tener frutos». Esto no constituye el censo reservativo, ni menos la enfiteusis; presenta los caracteres de la aparcería, en la que el dueño ponía su capital y semillas para percibir la quinta parte de los frutos á título de retribución, quedando las cuatro quintas á favor del llevador de la tierra, en recompensa á su trabajo. Un vislumbre de ese censo lo vemos en el Imperio Romano del siglo IV, pues, á partir de Constantino, los emperadores solían conceder el dominio de sus fundos patrimoniales mediante el pago de una pensión en dinero ó en frutos y aún por mera liberalidad á tí-



tulo de donación. La organización feudal favoreció el desarrollo del censo reservativo para que las tierras no quedasen yermas ó abandonadas. Los señores territoriales, que fundaron én ellas su jurisdicción, percibían una renta fija, en forma de canon, objeto de transmisión. Dispuso Felipe V, en su Pragmática, dada en Madrid á 2 de Febrero de 1705, que, de allí en adelante, no se pudiese constituir censo al quitar á menos precio que de 33 y un tercio el millar, y que los constituidos con anterioridad quedaran reducidos á este tipo, disposición que Fernando VI, en 9 de Julio de 1750, hizo extensiva á todo el distrito y provincia de la Corona de Aragón. Por la ley de 3 de Mayo de 1823 todos los censos son redimibles, y así lo entiende, entre otros escritores jurídicos, el ilustre Laserna (Véase sent. 26 Septiembre de 1860).

Hecha esta breve historia del censo reservativo, que ha contribuido poderosamente á prevenir un tanto el latifundismo, mejorar la condición de la tierra, favorecer la construcción de casas en los pueblos y á elevar, insensiblemente, mediante el esfuerzo y el ahorro, la condición del simple labriego á la de propietario, importa consignar que, al presente, apenas si se constituye; bien pudiera ser un poderoso agente de rehabilitación nacional á cuyos favores se ensanchará é intensificará la colonización interior y se restañase la sangría abierta de la emigración que arranca del solar de la patria el músculo sano, para llevarlo allende los mares, entre deslumbradores equívocos y espejismos.

El censo reservativo es un derecho real que atribuye la facultad de percibir un canon ó pensión ánua en equivalencia al pleno dominio de los bienes inmuebles transmitidos á quien la paga. En este censo concurren estos elementos: personales, reales y formales; constituidos los primeros, por el censalista y por el censatario, que han de tener capacidad para contratar; los segundos, por el bien, que ha de ser inmueble y la pensión, y el tercero, por el acto jurídico de constitución, debiendo distinguirse entre validez y eficacia en el establecimiento del censo; éste es un contrato consensual y, de consiguiente, se perfecciona por el consentimiento; pero, en orden á su eficacia y puesto que debe constar en escritura pública para que perjudique á tercero, los contratantes pueden competirse recíprocamente á llenar esta forma (art. 1.279 en relación con el núm. 1.º del art. 1.280 del Código).

Dice también á ese elemento formal lo prescrito en el art. 1.661 del Código, dispositivo de que no puede constituirse validamente el



censo reservativo, sin que preceda la valoración de la finca por estimación conforme de las partes ó por justiprecio de peritos.

Esta disposición le da cierto carácter de compraventa, porque la valoración de la finca equivale al precio; pero, en realidad, puede decirse que tan necesario requisito se ha establecido para que pueda hacerse la redención, consistente, según prescribe el art. 1.662, en la entrega por el censatario al censalista de una vez y en metálico del capital que se hubiese fijado, pues, por prescripción del artículo 1.608, es de la naturaleza del censo su redención, aunque se pacte lo contrario, incluso en los constituídos con anterioridad al Código civil, aún cuando puede pactarse que aquélla no tenga lugar durante la vida del censatario ó de una persona determinada (esto se asemeja á la renta vitalicia) ó que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico.

La pensión puede satisfacerse en dinero ó en frutos; en este último caso deberá fijarse la especie, cantidad y calidad de los mismos, sin que pueda consistir en la parte alicuota de los que produzca la finca acensuada, porque entonces dejaría de ser censo, lo mismo consignativo que reservativo y podría considerarse como una aparcería, ó la enfitéusis de que trata el apartado 2.º del artículo 1.630.

Se ha discutido si el censo reservativo da derecho de comiso por el no pago de las pensiones; el Código no establece esta condición resolutoria, lo cual no excluye el que pueda pactarse para que, inscrita en el Registro de la propiedad, perjudique á tercero. Lo único que hace el Código, en su art. 1.664, es prescribir que en los casos previstos en los 1.659 y 1.660, se obligue al censatario á redimir el censo ó á que abandone la finca á favor del censalista.

Ni en Aragón ni en Cataluña se registra disposición foral alguna referente al censo reservativo, siendo de aplicación en esas regiones el Derecho común.

En Navarra procede el comiso en el caso de no pagar el censatario las dos anualidades de pensión, siendo potestativo en el censalista, ó adquirir la finca por ese medio, ó exigir el cobro de aquéllas, sin que pueda hacer, á la vez, ambas cosas (caps. 3.º y 4.º del Fuero DE ZES Y DES TREBUDOS que, además, dispone que si la finca se enajena se transmite con ella el gravamen).



### Censo consignativo

Data su origen de los antiguos *juros*, que tuvieron gran importancia á últimos del siglo XV y especialmente en el siglo XVI cuando, después del descubrimiento de América, venían á España los galeones repletos de oro, parte del que se entregaba al Tesoro público, exausto con motivo de las guerras, especialmente la de la Reconquista. Algunos civilistas ven el origen del censo consignativo en una decretal del Papa Martín V, del año 1495, que coincidió con el descubrimiento del Nuevo Mundo y, por eso surgieron los *juros* á cuyos beneficios, no ya la Hacienda pública, si que también la propiedad privada acudió solícita para rehabilitarse del daño que le infligieran aquellas bélicas porfías.

No puede confundirse este censo, ni con la compraventa, ni con la hipoteca, y ciertamente que, en nuestro sentir, aventaja á ésta, porque el deudor, con satisfacer puntualmente el canon ó pensión y que la finca gravada no desmerezca, cumple su obligación, sin tener que devolver en un plazo determinado, entre apuros muchas veces y forzando la contratación, el capital que recibiera, cosa que ocurre con el préstamo hipotecario, pues vencido el plazo, el acreedor tiene derecho á exigir del prestatario el capital que le entregara, poniendo en otro caso en ejercicio su derecho en la vía judicial, ó vender la finca hipotecada si así se hubiese pactado. No obstante esta ventaja para el deudor, semejante censo no cobra desarrollo, efecto quizás á la fiebre del dinero y al exceso del capitalismo.

También exige en su constitución los requisitos personales reales y formales; dicen los primeros, á la capacidad de los contratantes; los segundos, á la condición inmobiliaria de los bienes sobre que se ha de establecer, y la de la pensión que puede ser en dinero ó en frutos, y los terceros, á la forma de su celebración contractual, pues, como contrato consensual, se perfecciona por el consentimiento, bien que para su eficacia debe constar en escritura pública, á la que pueden ser compelidos los contratantes, como hemos dicho al hablar del censo reservativo.

También es redimible, cuya redención consistirá en la devolución al censualista de una vez y en metálico del capital que hubiere entregado para constituirlo. Si se paga en frutos, deberá fijarse la especie, cantidad y calidad de los mismos, sin que pueda consistir



en una parte alícuota de los que produzca la finca acensuada (artículos 1.657 y 1658 del Código, respectivamente).

Puesto que el censo reservativo y la hipoteca mantienen alguna analogía, ya que ambos constituyen, con su respectivo carácter, un derecho real que garantiza el capital desembolsado y, en cierta extensión, los intereses, llámense réditos ó pensiones, el Legislador se creyó en el deber de darle garantías en perjuicio de tercero, para lo cual se escribieron los arts. 114 y 117 de la ley Hipotecaria, exigiendo, no solo la inscripción de esos derechos, como previenen los arts. 2.º, 27 y otros de la misma, sino el poder exigir el censalista la ampliación de hipoteca al censatario, que asegure las pensiones atrasadas, cualquiera que sea el poseedor del inmueble censido.

Marca ese carácter de derecho real al censo consignativo lo dispuesto en el art. 1.659 de que, cuando se proceda por acción de ese nombre contra la finca acensuada para el pago de las pensiones, si lo que *reste* del valor de la misma no fuera suficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más del mismo, podrá el censalista obligar al censatario á que, á su elección, redima el censo, complete la garantía abandone el resto de la finca á favor de aquél.

Veamos porqué se ha escrito esto. Si el censalista fuese un acreedor hipotecario, quedaría expedito su derecho, exigiendo, vencido el plazo del contrato, la devolución de su capital ó intereses no satisfechos; pero como no puede hacer esto, la Ley debe darle un medio de garantía en el caso preciso de que lo que reste del valor de la finca no sea suficiente para cubrir el capital y una cuarta parte más de éste, si proviene esa depreciación de hechos ajenos al censatario. Ese 25 por 100 es lo que se calcula que, vendida la finca, se podrá sacar de menos.

Pero el Código no procede con tiranía; á ese censatario le dice que elija una de estas tres cosas: redimir el censo, con lo cual se libera la carga; que complete la garantía, es decir hasta este 25 por 100 más del capital censido, ó á que abandone el resto de la finca á favor del censalista; esto no es el comiso, por cuanto aquel abandono es facultativo, en tanto que la reversión por comiso solo cabe en la enfiteusis, como condición tácita ó legal del contrato y, en el censo reservativo, en el caso de que expresamente se haya estipulado.

El derecho del censalista á que el censatario elija entre redimir el censo, completar la garantía abandonar el resto de la finca á



favor de él si su valor es insuficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más, lo tiene también cuando esa depreciación proviene de culpa ó negligencia de dicho deudor, aparte su responsabilidad por los daños y perjuicios, como también en el caso de que hubiese dejado de pagar la pensión por dos años consecutivos, pues de algún modo se ha de castigar su morosidad y prevenir la insolvencia en que pudiera quedar. Y por último, también procede en el caso de que el censatario haya sido declarado en quiebra, en concurso ó en insolvencia, pues aún cuando con la venta de la cosa censada se transmite, de pleno derecho, el censo, por constituir un derecho real de carga, llevado el deudor á esos juicios universales ó colocado en situación de insolvencia, su crédito queda en entredicho y las pensiones adeudadas no garantidas por extensión, quedan, como las obligaciones personales de todo deudor, sujetas á la clasificación para el orden en el pago, y puede resultar que el censalista quede por cobrar. A prevenir estas contingencias se le concede el derecho de que se ha hecho mérito.

Además, el estado de quiebra, como el de concurso de acreedores, según que el deudor sea ó no comerciante, lleva consigo que se hagan exigibles todos los créditos contra aquél, así de capitales de censos como los demás, considerándose vencidas todas las deudas y claro que el censalista, para no correr riesgo en sus intereses, debe tener derechos de garantía que son los indicados.

Como disposición aplicable, lo mismo al censo consignativo que al reservativo y al enfiteútico, es de citar el art. 149 de la ley Hipotecaria que les da el carácter de derechos reales, al prescribir que, cuando se redime un censo gravado con hipoteca, tendrá derecho el acreedor hipotecario á que el redimente, á su elección, le pague su crédito por completo con los intereses vencidos y por vencer ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo. De manera que el censo es hipotecable, por lo mismo que tiene carácter de enajenable. El censalista está en su derecho gravándolo con una hipoteca, lo mismo que el censatario pidiendo su redención, y con el fin dar garantías al crédito territorial se ha escrito ese precepto de la ley Hipotecaria, constitutivo de una fórmula económica y jurídica á la vez, bajo cuyas prescripciones se concilian los intereses legítimos del censatario y los del acreedor hipotecario, haciendo que el primero, si acude á la redención, pague el crédito por completo con los intereses vencidos y por vencer, si no ha vencido el plazo del contrato, ó le reconozca su misma hipoteca sobre



la finca que estuvo gravada con el censo y que queda libre por virtud de la redención. En nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» tratamos ampliamente este punto.

### Censales

El censo consignativo se conoce en Cataluña con el nombre de *censal*, que es de dos clases: eclesiástico y laical. Los primeros, ó sean los creados por la Iglesia, dan derecho á reclamar treinta y nueve pensiones atrasadas, y los segundos, que son los establecidos por un seglar aunque después hayan pasado á la Iglesia, tienen limitado ese derecho á las pensiones de 29 años, todo según doctrina constante en aquel Principiado; tanto unos como otros son redimibles y se introdujeron para evitar la usura. No se aviene esto con la Constitución del Papa Nicolás V, dada en 30 de Septiembre de 1452, á instancia del Rey D. Alfonso IV de Aragón, que hizo extensiva á la isla de Sicilia la facultad de crear censales muertos al estilo de Cataluña y otros estados del reino aragonés, prescriptiva de que la pensión ánua no excediese de la décima parte del precio y que la redención no se hiciera por mayor cantidad que la recibida al crearse el censal. Ese diez por ciento de interés, en contra de la máxima *PECUNIA NON PARIT PECUNIA*, es un tipo excesivo y, al admitirse por dicha Constitución pontificia, arguye un estado de rebajamiento moral en aquellos tiempos en que tan subido tipo no tenía condición usuraria.

Contrasta con aquélla la ley de anulabilidad de los préstamos de 23 de Julio de 1908, cuyo art. 9.º la hace extensiva á toda operación substancialmente equivalente á un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido. Dado este texto claro y el espíritu ético que resplandece en dicha ley, creemos que sus prescripciones alcanzan al censo consignativo, lo mismo que al censal, cuando éste se constituye con un capital que se entrega, ó se reconoce deber, con obligación el deudor, llamado censatario, de satisfacer al censalista una pensión que viene á ser realmente el interés convenido en dinero ó en frutos.

El censal es el derecho de percibir una pensión ánua por un capital impuesto sobre determinada finca raiz y fructífera. Requiere en su constitución: 1.º Pensión ánua que satisfacer. 2.º Capital



que sirva de precio á la adquisición de ese derecho á percibir la pensión. 3.º Facultad por parte del censatario de redimir la obligación de satisfacer la pensión. El *censal mort* es el propiamente censal, en contraposición al vitalicio ó *violari*, constituido por la venta de una pensión vitalicia por un precio determinado. El acto de asumirse una persona la obligación del deudor, constituido por el pago de la pensión, se llama *encarregament* y el de devolver el precio recibido cuando, por venta, se transmitió el derecho á percibir la pensión ó de redimirse ésta, se denomina *luir* y *quitar* ó simplemente *luisión*.

Se ha discutido acerca de si el censal es un derecho real, y á este propósito dice Durán y Bas que constituye solo un derecho personal en favor del comprador á quien el censalista le transmitió, por venta, la facultad de percibir una pensión ánua, carácter que no pierde por la circunstancia de que ese derecho se garantice con hipoteca, pues ésta es una obligación meramente accesorio, aparte de que puede establecerse sin mediar tal garantía hipotecaria, bastando la responsabilidad de los fiadores de ese vendedor.

A nuestro ver, el censal es, por naturaleza, un derecho personal, puesto que el censatario puede no haber gravado la finca ni constituido hipoteca sobre otra en garantía del pago de la pensión en favor del censalista, bastándole, en el antiguo Derecho, con la hipoteca tácita general sobre sus bienes ó con el ofrecimiento de fiadores personales; pero cuando afecta á cosa inmueble específica ó se hipoteca una finca determinada, el censal reviste carácter de derecho real de garantía de la pensión, dados los términos en que se halla escrito el art. 105 de la ley Hipotecaria.

Esta viene en apoyo de nuestro sentir, en su art. 387, dispositivo de que en los censales no impuestos sobre fincas determinadas, pero asegurados con hipoteca general de todos los bienes de los que constituyeron, podrá exigir el censalista que se imponga el gravamen de la pensión sobre bienes señalados que posea el censatario cuando éste no lo haga voluntariamente. De manera que están perfectamente deslindados el censal con garantía real y positiva sobre cosa raiz, y el censal sin esa responsabilidad específica ó sea la de las antiguas hipotecas generales sobre los bienes del deudor ó con afianzamiento personal del pago de la pensión. Lo mismo mediando la hipoteca general, que en este último caso, el censal no pasa de la categoría de derecho personal; pero, establecido sobre cosa raiz ó convertida aquélla, á petición del censalista, en hipoteca especial,



esto es, sobre bienes señalados que posee el censatario cuando éste voluntariamente no lo verifique, reviste el verdadero carácter de derecho real, porque, de lo contrario, no tendría objeto ese artículo de la ley Hipotecaria, encaminado á la liberación de los gravámenes existentes, opuestos al desarrollo del crédito territorial.

En Cataluña se ha acostumbrado á crear censales, no solamente entregando el censalista al censatario una cantidad de presente en el acto del otorgamiento de la escritura, sino con el de una deuda reconocida, proveniente de un préstamo ú otra causa de deber ó de la acumulación de las pensiones vencidas de otro censal ó con parte del precio en una venta común, si solo se paga al contado y en numerario el resto de él, según manifiesta Durán y Bas, cuyo jurisprudencia añade que lo que nunca se ha admitido es que se constituyan censales con precio pagadero á plazos.

Si se vende una finca y el comprador se obliga á satisfacer el total precio á plazos, no cabe que haya censal, porque es condición del mismo la de no tener plazo de devolución el capital; pero si el comprador se retiene parte del precio no determinando época de pago, entonces surge el censal como compra del derecho á percibir una pensión del censatario, en correspondencia al capital entregado á éste ó que haya confesado deber por razón de préstamo ú otra causa, incluso por la acumulación de pensiones vencidas de otro censal; todo esto forma un capital que reconoce el censatario, obligándose á satisfacer una pensión ánua, en equivalencia al disfrute del mismo. No es preciso, pues, que en la constitución del censal medie la entrega de dinero ante el Notario y testigos instrumentales, ya que en Cataluña, lo mismo que en Castilla, no se admitió el *MOTU PROPIO* de Pío V, exigente de ese requisito.

Discútese acerca de si los censales son prescriptibles; Durán y Bas, siguiendo la opinión de Mieres, se inclina á la negativa y dice que esa prescripción no cabe por el transcurso de treinta ó cuarenta años, según sean laicales ó eclesiásticos, y añade que, por excepción en el obispado de Gerona prescriben aquéllos por el transcurso de treinta años, sin haberse pagado las pensiones.

De acuerdo con Fontanella, opinamos de un modo muy distinto al de tan autorizado jurisprudencia: el *Usatge OMNES CAUSÆ*, que forma parte del Derecho foral de Cataluña, señala la prescripción de treinta años para todas las acciones civiles, entre las que figuran las de los censos, como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 27 Febrero de 1875. Cáncer también lo entiende así, si bien no se pro-



duce de una manera terminante en este punto, pero se infiere de sus palabras, según dice D. Benito Gutiérrez.

Como quiera que el censal es considerado como una venta de la pensión por un capital que recibe ó confiesa deber el censatario al censalista, se dice que es esencial en ellos el pacto de retroventa, en virtud del cual puede ese vendedor ó censatario devolver cuando quiera el precio para que se le redima de la obligación de pagar la pensión convenida. Esta debe satisfacerse de vencido, sin que sea lícito el pacto en contrario. El deudor censatario podrá ser ejecutado aún en el caso de que haga cesión de bienes, si hubiese renunciado á este beneficio. La quita y espera concedidas por los acreedores de ese censatario no perjudican al censalista, ley 8.<sup>a</sup>, tít. 11, lib. 7.<sup>o</sup> volumen 1.<sup>o</sup> de las Constituciones de Cataluña.

Hemos dicho que, para garantir el pago de la pensión, puede el censatario ofrecer fiadores que hipotequen sus bienes; si éstos son poseídos por terceras personas, no pueden ser molestados por razón de tal deuda, sino después de hecha excusión de los del vendedor, de los fiadores ó de sus herederos (ley antes citada).

Esta circunstancia hace que, hasta cierto punto, presente el censal el carácter mixto de derecho personal y de derecho real, porque, teniendo bienes el censatario ó sus fiadores, el censalista no puede repetir contra los terceros poseedores de los bienes hipotecados en garantía del pago de la pensión, hasta tanto no se excusionen aquéllos. Revistiera el carácter absoluto de derecho real, como el de hipoteca, y serían requeridos esos terceros poseedores para el pago de la deuda y, de no verificarlo, ó de no abandonar la finca hipotecada, se dirigiría el procedimiento contra ésta, pues según el art. 108 de la ley Hipotecaria, la hipoteca tiene la propiedad de sujetar directa é inmediatamente los bienes sobre que se constituye, al cumplimiento de la obligación contraída, cualquiera que sea su poseedor. De manera que esa suspensión del procedimiento contra la finca hasta tanto se excusionen los bienes del censatario, de los fiadores y de los herederos á modo de paréntesis abierto, da al censal el carácter mixto en dicho caso, de derecho personal y de derecho real. Claro que si el censatario constituye hipoteca ó si deja afecta la finca al pago de la pensión, entonces sí que presenta esa carga todo el relieve del derecho real, pero no cuando esto no ocurre, ni hay fiadores que garanticen hipotecariamente la obligación del censatario.

Creado el censal por un poseedor de bienes vinculados ó sujetos á restitución, no podrán ser reconvenidos los sucesores en los mismos



sino hasta el montante de los derechos que aquél tenga sobre ellos por legítima trebeliánica ó por otra causa (ley 10, tít. 7.º, lib. 11, vol. 1.º, Const.) Como quiera que se han proscrito los mayorazgos, apenas si tendrá aplicación este ordenamiento.

Requiere la luición ó quitamiento del censal que el deudor pague ante todo las pensiones vencidas (ley 5.ª Dig. DE SALUT). Si el perceptor fuese una obra pía ó una persona eclesiástica no podrá hacer la luición del precio para ser nuevamente empleado. (Carta circular de 1740). No puede obligarse en ningún caso al censatario á que redima el censal, á no ser que, habiendo prometido mejorar las hipotecas dadas al vender el pago de la pensión, ó alguna otra obligación en favor del censalista ó comprador, no quisiera cumplirla (ley 35, tít. 17, libro 7, vol. 1.º Const.)

Según la Ordenación del Valle de Arán no se pueden cargar ni fundar censales sobre las Universidades ni particulares personas, con mercaderías, sino con dinero de contado.

## NAVARRA

También se conoce el censo consignativo. Rigió el MOTU PROPIO de S. Pío V, CURA ONUS de 1569, que fué declarado ley del reino por la 3.ª, tít. 3, libro 4.º, de la NOV. RECOP., y, de consiguiente, para constituir ese gravamen tenía que otorgarse escritura pública y consistir los capitales en dinero efectivo que el censatario recibía del censalista á presencia del Notario y de los testigos instrumentales; disposición encaminada á prevenir la simulación del contrato, con perjuicio del deudor que, sin causa ó con causa falsa se comprometía á satisfacer una pensión. La cosa censada ha de ser inmueble y fructífera; lo primero, para que garantice el capital; lo segundo, para poderse pagar la pensión con los frutos. Los pactos de anticipo de pensiones, de comiso, de reintegro del capital, de prestación del caso fortuito y en general todos aquellos que agraven la condición del censatario son nulos; todo esto trasciende un sentido ético plausible que informa la ley 4, tít. 4, libro 3.º de la Novísima Recopilación, dispositiva, además, de que la pensión consistirá en el 5 por 100.

Por donde resulta que la Nov. Recop. de Navarra, que pugnó con la ley de 14 de Marzo de 1856 proclamadora de la libertad en la estipulación de los intereses, ha venido, al cabo de luengos años, á darse la mano con la ley de 2 de Agosto de 1899 que fija preci-



samente en ese 5 por 100 el interés legal y, para coronamiento en esta coincidencia presidida por el sentido ético, se ha dado la ley de anulabilidad de los préstamos de 23 de Julio de 1908, dirigida á cortar la hidra de usura, que fué el mismo propósito llevado á dicho cuerpo legal navarro.

## GALICIA

Por costumbre existen los llamados foros frumentarios conocidos también por rentas en saco, constituídos por la obligación de satisfacer el llevador de la finca la pensión en frutos por razón del capital que se le entrega. A pesar de prohibirlos la Real pragmática de 1580, se han venido estableciendo, teniendo por aquélla la cualidad de redimibles, no obstante su naturaleza de perpetuos, mediante la devolución del capital. Los hay constituídos á 150 reales el *ferrado* de trigo, y la mayor parte de ellos datan del siglo XIX.

### Violario

En Cataluña existe el censo llamado violario, constituído por el derecho á percibir una pensión vitalicia en equivalencia al capital que se entrega, llamado precio, al censatario. Se debe pagar esa pensión anual durante la vida de una ó dos personas. Aquélla á solido ser la del 14 y  $\frac{2}{7}$  por 100, pero depende de los cálculos de probabilidad de vida y de las condiciones especiales de los pensionistas.

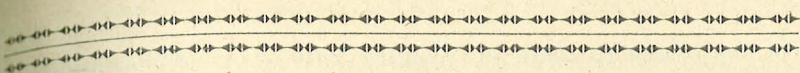
Trata del violario la ley 25, tít. 11.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña; se halla equiparado al censal; pero se diferencian, además de la duración, en que el primero es vitalicio y no admite el pacto de mejora, en tanto que el segundo es perpétuo.

Según la rúbrica 25, lib. IV de las Costumbres de Tortosa, se toma la palabra *violari* como sinónima de usufructo dejado ó dado por el marido á la mujer, y según la rúb. 26, en el sentido de usufructo temporal en contraposición al vitalicio.

### Vitalicio

Se constituye mediante la entrega de una finca en pleno dominio con la obligación de pagar una pensión ánua durante la vida del cedente. En realidad constituye una renta vitalicia, y se diferencia del violario en que es irredimible.





## CAPÍTULO X

### Derechos reales por razón de garantía

---

#### De la prenda

Fué regulada por las leyes de Moisés, que procuraron mitigar el rigor con que los judíos hacían sentir los efectos de esta garantía; la conocieron los griegos; la reguló el Derecho romano, tomando el nombre latino de *PIGNUS* (puño), que significaba las cosas aceptadas ó dadas con la mano para asegurar una obligación. Marciano la confundió con la hipoteca y dijo que ambas solo se distinguían en el nombre, cuya identidad subsistió hasta que el pretor Servio concedió á los dueños de fincas el derecho de prenda sobre los instrumentos y aperos de labranza del cultivador, concediendo al acreedor la acción llamada serviana, propia de la prenda; después surgió la cuasi-serviana que era la de la hipoteca. De la prenda trataron el Fuero Juzgo y el Viejo de Castilla, dedicándole escasos preceptos y exigiendo, como requisito, la entrega de la cosa al acreedor. La confusión entre la prenda y la hipoteca apareció también en la ley de Partidas, que llamó *peño* á aquélla; constituye un verdadero derecho real de garantía, puesto que recae en cosa mueble para la efectividad de un derecho, y da lugar al ejercicio de acciones reales, sin olvidar que presupone la existencia de una obligación principal válida, ya sea pura, ya esté sujeta á condición suspensiva ó resolutoria (art. 1.861 del Código civil).

A medida que se ensancha el crédito económico y adquiere desarrollo la riqueza mobiliaria, el contrato de prenda cobra importan-



cia, no solamente para el aseguramiento de operaciones bancarias, si que para el desarrollo de la Agricultura. Tan es así, que, encaminado á esto último y teniendo por modelo la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gandía, establecida en el año 1900, que realiza operaciones de préstamos sobre frutos y productos agrícolas, ganados, aperos de labranza, máquinas, etc., lo cual queda en poder de los deudores en concepto de depositarios, así como los estatutos del Banco Agrícola de Segovia que permiten la fianza solidaria de otra persona distinta del deudor, y el Banco Agrícola de Ciudad Rodrigo que faculta al consejo de administración para dar hasta el 50 por 100 del capital en préstamo con garantía de ganados, frutos, máquinas, etcétera, con lo cual tienen un parecido los estatutos de la Caja de socorros y ahorros de Orihuela, se han venido elaborando proyectos de ley con esa directiva de rehabilitación agraria, sustrayendo al país productor de los males de la usura á que al presente se halla entregado por cálculo de los explotadores y por pobreza y rutina de los explotados.

Esos proyectos son: el del Sr. Montero Ríos, en el que descuello esta disposición: «La prenda puede quedar confiada al deudor, pero su eficacia contra terceros, en esta forma, depende de su inscripción en el Registro de Crédito agrícola»; el de los Sres. Sánchez Toca y Gamazo que establece la prenda sin desplazamiento, debiendo verificarse el préstamo por su inscripción en el Registro sobre una lista valorada de los objetos ofrecidos en garantía, sirviendo de título al prestamista la certificación expedida por el Registrador; y el del Consejo superior de Agricultura cuya ponencia correspondió al señor Moret, que desarrolla el anterior y da carácter endosable á las certificaciones expedidas por el Registrador del Crédito agrícola.

A pesar de esos proyectos de carácter oficial y de otros debidos á la iniciativa particular, entre los cuales merecen citarse los de los Sres. Vizconde de Eza, Navarrorreverter y Ramos Bascuñana, la institución prendaria, en lo que al crédito agrícola se refiere, está todavía en mantillas, contrastando esto con su gran apoyo en Francia, Alemania é Italia. Comprendiendo el Gobierno que es depresivo para España ir á la zaga en la marcha de este progreso jurídico y económico, dió un R. D. en 8 de Julio de 1910, refrendado por el exministro de Fomento D. Fermín Calbetón, autorizando la presentación de un proyecto de ley en el que se crea el Instituto nacional de Crédito agrario, que vendrá obligado á proporcionar capitales á un interés no superior del 4 por 100, á los antiguos Pósitos, socie-



dades de crédito ó seguros agrícolas, cajas rurales de todo género, juntas de pantanos y cualesquiera otras análogas y se anuncia la creación de Bancos regionales intermediarios entre dicho Instituto nacional y los Pósitos.

Contrayéndonos al estudio de la prenda, y puesto que constituye un derecho real de garantía, importa decir que sus elementos ó requisitos, son de tres clases: personales, reales y formales. Los primeros dicen á la capacidad de los contratantes, quienes deben tener la libre disposición de sus bienes, ó en caso de no tenerla se hallen legalmente autorizados al efecto; las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurarla con prenda (art. 587). El elemento real lo constituyen las cosas; éstas han de ser muebles, hallarse en el comercio, ser susceptibles de posesión (art. 1.884) y pertenecer en propiedad al que las empeña (núm. 2.º, art. 1.857). El elemento formal se refiere á la celebración del contrato; no se exige el otorgamiento de escritura pública; puede celebrarse de palabra ó por escrito, pero no surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha, con el fin de que no quepa en esto suplantación (art. 1.865).

La promesa de constituir prenda ó hipoteca solo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudare á otro, ofreciendo en prenda ó hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, ó fingiéndose dueño de las que no le pertencen. Así lo prescribe el art. 1.862 que se enlaza con el 1.863, exigente, para tener por constituido el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor ó á un tercero, de común acuerdo; de donde resulta que el derecho real de prenda requiere la tradición, en el sentido de entrega de la cosa al acreedor, lo cual no excluye que éste, si no se le entrega, tenga facultad de exigirla por mérito de la promesa de contrato y sin perjuicio de la responsabilidad criminal á que el precepto se refiere. Esta responsabilidad, á juzgar por la letra del texto, parece que solo cabe exigirla si, contraída la promesa de constituir prenda ó hipoteca, no se cumpliere, y no cuando la prenda ó la hipoteca se han constituido entregando ó hipotecando lo que no pertenece al deudor ú ofreciendo como libre lo que este último sabía que estaba gravado. En buenos principios no cabe esta distinción.

Es de esencia del contrato de prenda, que, vencida la obligación



principal, pueden ser enajenadas las cosas en que consista aquélla para pagar al acreedor; éste no puede apropiarse ni disponer de ella, puesto que carece de derecho de propiedad (arts. 1.858 y 1.859), pero sí puede retenerla en su poder ó en el de tercera persona á quien hubiese sido entregada hasta que se le pague el crédito (art. 1.866). Este añade que, si mientras el acreedor retiene la prenda el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda á la seguridad de la segunda deuda, disposición que, si bien es razonable, porque es de presumir la existencia de esa tácita responsabilidad prolongada con la cual no sufre perjuicio ninguno el deudor, puede lastimar intereses de terceros acreedores, por cuanto, retrotraídos los efectos de la prenda á la fecha en que se constituyó, resultará ese acreedor con preferente derecho á los otros respecto del valor de la cosa pignorada.

No solamente el acreedor carece del derecho de propiedad de la prenda, sino que ni siquiera puede abusar de ella sin autorización del dueño; si lo hiciere ó abusare de la cosa en otro concepto, puede pedir el deudor que se la constituya en depósito (art. 1.870). Ese deudor no puede pedir la restitución de la prenda mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso. Así lo dispone el art. 1.871, con precedentes en la ley 9.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, lib. 13 del Dig., y en las 11, 20 y 24, tít. 7.<sup>o</sup> lib. 3.<sup>o</sup> de íd. El acreedor tiene el *JUS RETENTIONIS* de la cosa mientras no se le pague.

Asimismo, puede proceder por ante notario á la enajenación de la prenda en subasta pública y con citación del deudor y dueño de la misma en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado á dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

Este precepto tiene precedentes en las leyes 41 y siguientes, tít. 13, Part. 4.<sup>a</sup> y en él se procuran armonizar los intereses del acreedor, los del deudor y los de terceras personas, al objeto de que la venta no se haga clandestinamente y quizás con fraude, sino con toda la publicidad debida, citando al deudor y dueño de la prenda en su caso, ya porque pueden pagar antes la deuda, ya por si quieren presentar postores que cubran ó mejoren el tipo de licitación y se evite que el acreedor, desiertas la primera y segunda



subastas, se haga dueño de la cosa, dando carta de pago de la totalidad de su crédito.

Ese art. 1.872 es también aplicable, mediando pacto escriturado, en la venta de bienes hipotecados (Res. de la Dirección general de los Registros de 28 de Noviembre de 1893, 12 de Junio y 21 de Octubre de 1901, 5 de Diciembre de 1903, 19 Febrero y 28 de Mayo de 1904 y 19 de Septiembre de 1906 y Sent. del T. S. de 21 de Octubre de 1902).

### Legislación foral

#### CATALUÑA

La Instituta, § 4.º; QUIB. MOT. RE CONTR. OBLIG.; ley 238 Digesto, DE VERB. SIGN. y ley 3.ª Cód. DE PIGNOR. ACT. tratan del contrato de prenda, como de garantía de la obligación, mediante la entrega de la cosa al acreedor. Este, según la ley 9.ª, Dig. DE PIGN. ACT., tiene derecho á la retención de la prenda, hasta quedar satisfecho completamente, tanto de la deuda principal, como de los accesorios de la misma, siendo de advertir que también tiene derecho á que el deudor le reembolse los gastos hechos para la conservación de la prenda (ley 8.ª Dig. íd).

El acreedor no puede usar ni servirse de la prenda sin consentimiento del deudor (Inst. § 6.º DE OBLIG. QUÆ EX DEL NASC.); debe cuidarla con la misma diligencia que él tiene en las cosas propias (ó como un buen padre de familia, dice el art. 1.867 del Código civil), siendo responsable de los deterioros y pérdidas que aquélla sufre, pero los casos fortuitos no son de la responsabilidad del acreedor, sino cuando esto proceda según las reglas generales de los contratos (como el dolo, la morosidad, la culpa lata y la leve). A pesar de la pérdida de la cosa, conserva el derecho para reclamar su crédito (Inst. § 4.º QUIB. MOD. RE. CONTR. OBLIG.) Los frutos que hubiere percibido de la cosa sirven de descuento del capital que acredita (ley única, tít. 6.º, libro 4.º vol 11.º de las Const. de Cataluña; Decret. cap. 6.º DE PIGNOR.), disposiciones informadas en un sentido ético que no permite el enriquecimiento con perjuicio de otro. Y en esto también se funda la ley 8.ª, Dig. DE PIGN. ACT., de que el deudor debe reembolsar al acreedor los gastos hechos para la conservación de la cosa, lo mismo que dispone el art. 1.877 del Código civil.



La facultad de vender la prenda sin exigir el requisito de la pública subasta y sí solo el previo y oportuno requerimiento al deudor, aparece establecida en las leyes 4.<sup>a</sup> Dig. ídem y 3.<sup>a</sup> Cod. DE JUR. DOM. IM. Asimismo, lo dispuesto en el art. 1.866 del Código, de que si el deudor hubiese contraído nueva deuda á favor del que tiene la prenda no viene obligado éste á devolverla hasta quedar satisfecho completamente de la misma, consta en la ley 11, § 3.<sup>o</sup> Digesto, DE PIGN. ACT. Este cuerpo legal prescribe (leyes 9 y 40) que el acreedor está obligado á restituir la prenda con sus accesorios y frutos, luego de satisfecho su crédito y accesiones y lo que hubiese gastado para la conservación de la misma. Ese derecho á recobrar la prenda es imprescriptible mientras se halle la cosa en poder del acreedor ó de sus herederos (leyes 10 y 12 Cod. DE PIGN. ACT.) Mantiene relación con esto el art. 1.869 del Código, dispositivo de que mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella.

Tomárase esto último en absoluto y podrían quedar burlados los intereses del acreedor si, desaparecida de su poder la cosa, no pudiera reclamarla. En evitación de este riesgo, el Código le faculta para ejercitar las acciones que competen el dueño de la cosa pignorada, para reclamarla ó defenderla contra tercero, circunstancia que da relieve al derecho real de prenda. Este mismo carácter le asigna la Legislación romana y muestra de esto la tenemos en la Inst. § 14 DE OBLIG. QUAE ET DELICT. NASE. y ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE PIGN. ACT., dispositivas de que el acreedor que ha perdido la posesión de la prenda tiene derecho de recobrarla aún contra el mismo deudor si estuviese en su poder.

## ARAGÓN

No pueden ser objeto de prenda los toros bravos, yeguas, vacas y ovejas, so pena de multa, á menos que se den en prenda por el donador ó si el dueño de aquéllas no dispusiere otra cosa (Fuero 17 DE PIGNORIBUS). El dueño de la cosa dada en prenda por quien no es su dueño puede reclamarla jurando que es suya. (Ob. 13 DE PIGNORIBUS.) Si el deudor no paga dentro del término pactado puede pedir al acreedor que se venda la cosa, pasados diez días, dentro de cuyo plazo, aquél puede redimirla (Fuero 14 DE PIGNORIBUS).



## NAVARRA

El acreedor prendario está obligado á prestar el dolo, la culpa lata y la leve; pero no la levisima, ni el caso fortuito (cap. 1.º, título 16, lib. 3.º del Fuero); no puede usar de la prenda y en otro caso es responsable de los daños ó menoscabos que se causen y debe pagar 60 sueldos de multa (cap. 1.º tít. 8.º libro 5.º íd.); esto de la multa no creemos que esté vigente). Los ganados destinados á la labranza no pueden ser objeto de prenda (ley 10, tít. 21, libro 1.º del Fuero).

## Anticresis

Como quiera que la legislación hipotecaria es de carácter general nos creemos dispensados de tratar aquí del derecho real de hipoteca, cuyo estudio hemós hecho ampliamente en el tomo 3.º de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial». Nos ocuparemos de la anticresis, palabra griega que significa uso ó goce contrario.

Algunos remontan esta institución á los caldeos; desarrollose en Grecia; fué conocida en Roma, revistiendo la forma de pacto añadido, ya á la hipoteca, ya á la prenda, y consistió su objeto en compensar los intereses de la deuda con los frutos de la cosa mueble ó inmueble. De la anticresis no hablan los fueros; pero que se desarrolló durante la Edad Media no cabe la menor duda, pues entonces la hipoteca no daba garantía á las obligaciones por faltar el Registro de la propiedad. Dispuso la ley 2.ª, tít. 13, Part. 3.ª que los frutos de la cosa pertenecían á su dueño y claro que, no mediando pacto en contrario de esto, no podía darse la anticresis. De todos modos fué permitida, no sin que la Iglesia condenase por usurario el pacto anticrético. La ley Hipotecaria de Ultramar le dió carácter de derecho real, lo cual también hace el Código civil en su art. 1.881, dispositivo de que por la anticresis, el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al capital de su crédito.

Para constituir el contrato de anticresis no se requiere la entrega del inmueble, como se exige la de la cosa mueble, tratándose de la prenda, bien que para perjudicar á tercero ha de estar inscrito en el Registro de la propiedad.



El acreedor es el que administra la finca dada en anticresis, y viene obligado á pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre ella, y á hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación, deduciendo de los frutos las cantidades que emplee en uno y en otro objeto (art. 1.882). Concede el 1.883 el *JUS RETENTIONIS* al acreedor, al disponer que no puede readquirir el deudor el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente á aquél lo que le deba.

Como quiera que la anticresis puede ser gravosa al mismo acreedor, obligado á pagar las contribuciones, cargas y gastos necesarios para la conservación y reparación de la finca, pues el importe de los frutos cabe que no cubra estas atenciones, el art. 1.883 le autoriza para librarse de semejantes obligaciones haciendo que el deudor entre de nuevo en el goce de aquélla, á no ser que medie pacto en contrario, el cual, forzosamente, debe cumplirse si el deudor lo exige; sin que ese acreedor adquiera la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido, pacto que, por inmoral, es nulo, bien que ese acreedor, no autorizado para tomarse la justicia por su mano, puede pedir, en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda ó la venta del inmueble.

El goce contrario característico de la anticresis aparece reflejado en el art. 1.885, dispositivo de que los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en esa forma de garantía real; esto es que los frutos civiles equivalgan á los frutos naturales é industriales del inmueble.

No solo puede constituir la el deudor, sí que terceras personas extrañas á la obligación principal; si mientras retiene el acreedor la cosa, el deudor contrajere otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, puede aquél prorrogar la retención hasta que le sean satisfechos ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la anticresis á la seguridad de la segunda deuda, y por último, la anticresis, lo mismo que la prenda y la hipoteca, es indivisible, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor ó del acreedor, de cuya indivisibilidad trata el art. 1.860, no procediendo en el caso de que las cosas dadas en garantía respondan, cada una de ellas, de una porción determinada del crédito.

La anticresis puede estar sujeta á condición suspensiva ó resolutoria. No está prohibido el pacto de vender el comprador la finca al acreedor. (Sent. 1.º Marzo de 1895).



---

## CAPÍTULO XI

### De los derechos reales por razón de privilegio

Estos son los de tanteo, retracto, inscripción arrendaticia y de adjudicación de inmuebles en la forma del art. 45 de la ley Hipotecaria; del tercero de estos derechos nos hemos ocupado al tratar de los de disfrute de carácter temporal, derivados del contrato; no podemos ocuparnos del último, porque su exámen es más propio de la ley Hipotecaria; cúmplenos estudiar los dos primeros, llamados por algunos escritores jurídicos «medios conservadores de la propiedad».

#### Tanteo

Consiste en el derecho que tienen determinadas personas, por disposición de la ley ó por fuero de la voluntad ordenada ó concordada, á quedarse con la cosa que otro pretende enajenar por una cantidad igual á la que el adquirente ofrezca. Como quiera que implica un poder de atracción, derivado de la ley ó de la voluntad, sobre la cosa, excluyendo á quien pretenda adquirirla, es de naturaleza real, tanto más cuanto que para ponerlo en ejercicio se utiliza acción de este nombre.

El Código se ocupa del tanteo, refiriéndolo solamente al censo enfiteutico, y lo concede lo mismo al censalista que al enfiteuta para que cese esa forma de la propiedad dividida, consolidándose en uno de ellos los dominios directo y útil, en el caso de que esas personas traten de enajenarlo en forma de venta ó de dación en



pago, cuyo derecho no puede utilizarse en la enajenación forzosa por causa de utilidad pública (art. 1.636 del Código civil), pero sí en la transacción, mediante la cual los síndicos de la quiebra de un propietario de finca enfiteútica hayan donado, cedido y adjudicado en pago de lo que debía el quebrado los censos con los derechos de tanteo, laudemio y demás mencionados en la escritura de constitución (Sent. 21 Mayo 1899).

El derecho de retracto no lleva siempre el de tanteo, porque son doctrinalmente distintos; pero la concesión del primero en nuestras leyes lleva implícita la del segundo (Sent. 22 Noviembre 1901), sin que la existencia de varios censos y enfiteusis disvirtúa ni destruya, en las relaciones del enfiteuta con otro tercero á quien se ceden en sub-enfiteusis las respectivas fincas, el carácter de señor directo, en oposición al del útil que las aprovecha, á cuya doctrina no se opone la legislación especial vigente en Cataluña, porque la ley de Señoríos de 3 de Mayo de 1823, dispositiva de que, en adelante, el derecho de fadiga ó de tanteo se entenderá recíproco para los poseedores de uno y otro dominio, es de aplicación general (Sent. de 10 de Diciembre de 1907). Esta doctrina se halla informada en el interés público de procurar por la desaparición de esa forma de la propiedad dividida, haciendo que se convierta en completa, para lo cual el dueño directo tiene derecho á hacerse con el útil, con preferencia á quien trate de adquirir la sub-enfiteusis por compra ó dación en pago, pues de esta suerte desaparecen los señores medianos y, en general, todos los que se colocan con derechos, como intermediarios, entre el censalista y el enfiteuta.

Al estudiar la Legislación foral en materia de enfiteusis nos hemos ocupado de los derechos de tanteo y de retracto.

El de tanteo puede establecerse también por convención y aún por testamento, no gravando la porción legítima, puesto que no pueden imponérsele restricciones ni condiciones, conforme á lo dispuesto en el art. 813 del Código civil.

### Retracto

El legal es el derecho que tienen determinadas personas para adquirir la cosa con preferencia á quien se le haya entregado por venta ó dación en pago; constituye una de las formas de resolución del contrato celebrado por virtud de condición tácita.



### Del retracto convencional

Se llama retroventa; supone el establecimiento de una condición resolutoria pactada, á cuyos favores el vendedor recupera la cosa que vendió, devolviendo al comprador el precio, y cumpliendo, además, las obligaciones que le impone el art. 1.518 del Código, tales como las de satisfacer los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles realizados en la cosa vendida. Según Sent. de 31 de Diciembre de 1897, dicho artículo no exige la consignación de los gastos de compra, ni los hechos en la cosa, sino su reembolso, quedando subsistente la consignación solo en cuanto al precio. Lo mismo puede recaer sobre cosa inmueble que sobre mueble, pues el art. 1.507 no hace distinción en eso. El vendedor se ha de reservar precisamente en el contrato su facultad de retraer.

Es frecuente el retracto convencional, pues muchas hipotecas presentan el antifaz de ventas á carta de gracia, mejor, de desgracia.

En los contratos á carta de gracia se suele estipular que si el vendedor no satisface la merced convenida en calidad de arrendatario de la finca por él enajenada, se tendrá por cumplida la condición suspensiva y privado del derecho á retraerla, para lo cual se pondrá en el Registro la nota de consumación, si no resultase del mismo haberse verificado el pago de aquélla; pacto válido, según la doctrina del Centro directivo, como también lo es el que, por tal morosidad en el pago de la renta caduque el derecho de retraer (Sent. 18 Enero de 1900). Al establecerse de modo explícito, que si dentro de un término dado devuelve el vendedor el precio de la cosa vendida tendrá el derecho de recobrarla, se consigna claramente un contrato de venta con pacto de retro, y no el de préstamo, aunque se estipule que el vendedor haya de pagar, además del precio para retraer, determinado interés (Sent. 13 Noviembre de 1906).

Como quiera que el retracto convencional representa una especie de secuestro de la finca, pues ésta, afectada con esa condición resolutoria no goza de la libertad que exige la contratación, el Legislador ha procurado limitar la duración de aquél y, al efecto, dispone (art. 1.508) que, á falta de pacto expreso, durará cuatro años contados desde la fecha del contrato, y que, en caso de estipula-



ción, el plazo no podrá exceder de 10 años. Este plazo es prorrogable, pues el Código no lo prohíbe, y para que la prórroga perjudique á tercero debe inscribirse en el Registro (Res. de 18 Mayo de 1898).

El vendedor puede ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque, en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, salvo lo dispuesto en la ley Hipotecaria; siendo de citar el art. 36 de esta última que ampara los derechos del tercero contra las acciones rescisorias y resolutorias que no resulten del Registro. El retracto es enajenable y transmisible, no solo á título universal, sino á título singular, como el legado (Res. 14 Julio 1900). Esto, unido á dicha acción, que de él se deriva, le da carácter de derecho real.

El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones, y si aquél no cumple lo prescrito en el art. 1.518 que hemos estudiado, adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa vendida; de manera que esa consumación es de pleno derecho. La circunstancia de hacerla constar en el Registro de la propiedad, por medio de nota marginal, por tratarse del cumplimiento de una condición suspensiva (art. 16 de la ley Hipotecaria), no modifica ese estado jurídico de irrevocabilidad del dominio en favor del comprador.

Consecuencia de que el derecho de retracto tiene carácter real hoy día, aunque antes del Código no lo tuvo, pues se consideraba de naturaleza personal (Sent. de 12 Mayo 1875, que aplicó lo dispuesto en la ley 42, tít. V, Part. V.), es que los acreedores del vendedor pueden hacer uso del mismo, pero unicamente después de haber hecho excusión de los bienes de aquél, no porque se trate del ejercicio de una acción rescisoria exigente de tal requisito, sino porque, habiendo ya quien sea dueño de la finca, siquiera esté sujeto su derecho á retracto, no es cosa de arrancársela por los acreedores del vendedor porque así les plazca; esto unicamente cabe cuando el tal deudor no tenga otros bienes, surgiendo una acción subrogatoria en favor de aquéllos para, recobrada la finca, poder seguir contra ella el procedimiento judicial de apremio, á fin de que no queden ilusorios derechos legítimos. La excusión debe hacerse con audiencia del comprador, porque éste, acogiéndose á lo dispuesto en el artículo 1.832, puede señalar bienes suficientes del deudor para cubrir la deuda, realizables dentro del territorio español. Hemos dicho que el Legislador, propendiendo hacia la libertad del inmueble, por exi-



girlo las esencias jurídica y económica de la propiedad, procura desatarla de ligaduras, y confirma este sentir el art. 1.513 del Código, prescriptivo de que el comprador con pacto de retroventa de una parte de finca indivisa que adquiere la totalidad de la misma en el caso del art. 404, podrá obligar al vendedor á redimir el todo, si éste quiere hacer uso del retracto.

Para explicarnos este precepto que, á primera vista, se nos presenta raro, por su redacción escueta, es de significar que se refiere á finca común esencialmente indivisible; que parte de ésta se haya vendido con pacto de retro; que el mismo comprador adquiera la totalidad de la misma, y que el vendedor de aquella porción indivisa quiera hacer uso del derecho de retracto de lo que él hubiese enajenado.

Como quiera que dicho comprador es, en ese caso, dueño de la totalidad del inmueble, una parte sujeta al derecho de retracto y lo demás del mismo sin esa condición resolutoria, en completa libertad, dentro de la proindivisión, resultaría que si el vendedor pudiese recuperar por tal medio la porción enajenada, habría entre éste y aquel comprador una comunidad, precisamente lo que el Legislador quiere que desaparezca, para lo cual se han dado los arts. 400, 402, 403 y sus concordantes del Código.

En consecuencia de ello, ese comprador podrá exigir al vendedor, cuando trate de retraer la parte, que redima toda la finca, entregándole el precio dado por ella, con lo cual termina la proindivisión, bien entendido que si deja de hacerlo, no puede adquirir por tal medio la porción que enajenara.

De consiguiente, el derecho de retracto se halla, en este caso, cohibido por la condición común é indivisible de la cosa; si se pudiese dividir, no tendría aplicación el art. 1.513.

Cuando varios, conjuntamente en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercer este derecho mas que por su parte respectiva. Lo mismo se observará si el que ha vendido por sí solo una finca deja varios herederos, en cuyo caso cada uno de éstos solo podrá redimir la parte que haya adquirido.

Adviértase que el art. 1.514 exige que sean varios los vendedores, que la enajenación se haya hecho conjuntamente y en un solo contrato y que vendan con pacto de retro, no una porción de finca indivisa, si que su totalidad. Aunque todos ellos se hallan unidos por la proindivisión, su derecho real de retro unicamente se refiere



á su parte indivisa, no á la de los demás, porque, de lo contrario, resultaría esa facultad con mayor extensión de la que le es propia por su naturaleza, deducida contra el comprador que, por haber adquirido en un solo contrato las porciones de los que no retraen, es un porcionero, siquiera su derecho se halla sujeto á la condición resolutoria de retroventa. Lo que hace el Legislador en este artículo es dar al derecho de retro su círculo de acción, sin permitir que invada el que corresponde á los otros condóminos, pues esto sería conceder un derecho contra otro derecho. Cuando estos últimos quisieran utilizarlo se encontrarían con que otro comunero había adquirido para sí la finca por haber ejercitado una facultad indebida por lo extensa.

Las mismas razones apoyan la segunda parte del art. 1.514, que tiene sus precedentes en la ley 47, tít. 4.º, lib. 4.º del Digesto. Si el vendedor ha dejado varios herederos, aun cuando todos se hallen unidos por el vínculo sucesorio, cuando traten de hacer uso del derecho de retro que su causante se reservó, solo podrán redimir la parte que les haya correspondido en la finca enajenada, porque, si se les permitiera redimirla en totalidad, perjudicarían á sus otros coherederos.

En los casos arriba dichos, el comprador podrá exigir de todos los vendedores ó coherederos que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa vendida, esto es, si á todos se les ha de devolver ó á alguno de ellos; si no lo hicieren, no se le podrá obligar al retracto parcial (art. 1.515), porque todos los comuneros vendieron la cosa y los herederos del causante se hallan unidos por el vínculo sucesorio, y tanto en un caso, como en el otro, al comprador no le puede convenir permanecer en la proindivisión, ni menos tener afectado su derecho por la condición resolutoria, interín los demás interesados no retraigan sus porciones.

Cada uno de los copropietarios de una finca indivisa que hubiese vendido separadamente su parte, podrá ejercitar, con la misma separación, el derecho de retracto por su porción respectiva, y el comprador no podrá obligarle á redimir la totalidad de la finca (artículo 1.516). Este precepto es excepción del 1.514 y hay que relacionarlo con el 1.513, enlazado, á su vez, con el 404.

Con efecto; si la venta se hizo conjuntamente en un solo contrato por todos ó por varios de los porcioneros, á todos les une un título, en el sentido formal de la palabra; pero cuando la venta ha sido por separado, cada vendedor puede retraer su porción respec-



tiva, sin que el comprador pueda obligarle á redimir la totalidad de la finca; pero esto es en el caso de que no sea aplicable el art. 1.513 por no haber adquirido ese comprador la totalidad de aquélla, de condición indivisible, pues entonces, acogido á lo prescrito en dicho precepto, puede obligar (derecho facultativo) á que el vendedor redima el todo, si quiere hacer uso del retracto.

Si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino, por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuído entre ellos; pero si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado á uno de los herederos, la acción de retracto podrá intentarse contra él por el todo (art. 1.517). Esto último da carácter real á la acción de retracto, dirigiéndola contra quien haya adquirido la finca por adjudicación hereditaria. No ocurriendo esta circunstancia, como todos los herederos llevan la representación del *CUJUS*, contra todos debe dirigirse la acción, no en totalidad, sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuído entre ellos, no mediando la adjudicación á que nos hemos referido. Si el Legislador hubiera dispuesto otra cosa, se habría puesto en oposición con lo establecido en el art. 1.514, en su segundo apartado, y equivaldría ello á facultar al vendedor para ejercitar una acción en totalidad contra quien no tiene más que una parte alícuota en la cosa, pero que no le pertenece toda, resultando de este modo que no casaría la acción de retracto con la obligación de redimir.

El vendedor no puede hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y se pregunta: ¿Es válido el pacto por el que se obliga el vendedor á satisfacer mayor cantidad de la del precio? A primera vista parece que esto pugna con la moral, porque entraña una especulación, pero, si bien se advierte, puede obedecer ello á consideraciones especiales y, de consiguiente, creemos, de acuerdo con Manresa, que aquél es perfectamente válido. El precio se ha de consignar para que el vendedor pueda hacer uso de su derecho en la vía judicial; no así ocurre con los gastos del contrato y con cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, tales como el otorgamiento de escritura, papel suplido, derechos reales, honorarios del Registrador, etc., debidamente satisfechos por el comprador, pues no hay necesidad de que se consignen, sino que se comprometa el vendedor á abonarlos antes de la retroventa, al igual que los gastos necesarios y útiles, que, desconociéndose su cuantía, no hay manera de que pueda obligarse al retrayen-



te á que haga la consignación previa. Sent. 31 de Diciembre de 1897 que, aún cuando recayó en pleito sobre retracto legal, interpretó, por ser aplicable al mismo, el art. 1.518.

Cuando, al celebrarse la venta, hubiere en la finca frutos manifestos ó nacidos no se hará abono ni prorratio de los que haya al tiempo del retracto. Si no los hubo al tiempo de la venta y los hay al del retracto, se prorratiarán entre el retrayente y el comprador, dando á éste la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, á contar desde la venta.

El art. 1.519 se funda en el principio de compensación, para que ni vendedor ni comprador se enriquezcan uno en daño del otro; la fórmula armónica de esos intereses es el prorratio por el tiempo en que el segundo poseyó la finca, claro está que, descontando del valor de los frutos los gastos de siembra, cultivo y recolección de los mismos, que son de previo abono al que los haya hecho.

El vendedor que recobre la cosa vendida (el Código no distingue si es mueble ó inmueble) la recibirá libre de toda carga ó hipoteca, impuesta por el comprador.

Se explica esto, porque, afectado el derecho del comprador por la condición resolutoria del retracto, una vez extinguido, desaparecen los gravámenes que haya impuesto, y así se dispuso en el Real decreto de 20 de Mayo de 1880 sobre cancelación de hipotecas.

Añade el texto citado que el vendedor estará obligado á pasar por los arriendos que el comprador haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique la finca.

Son cosas distintas «poseedor de buena fe» y «actos de buena fe». De ese carácter participa el comprador, puesto que tiene derecho á que se le abonen los gastos necesarios y útiles, así como puede retirar las mejoras llamadas voluntarias, siendo aplicable á esto último lo dispuesto en el art. 454; pero aún con su buena fe, puede proceder de una manera dolosa ó engañosa en la celebración de los arrendamientos, poniéndose en connivencia con el arrendatario para perjudicar al retrayente, impidiendo, por tales artes, que entre en el goce real de la cosa, y esto es lo que el Código prohíbe, no dando validez á semejantes contratos, que lo mismo pueden referirse á cosa mueble que á inmueble, á rústica que á urbana. Este sentido, que damos al art. 1.520, es mucho más amplio del asignado por Manresa, cuyo comentarista funda esta excepción del precepto en el interés de la agricultura, siendo así que, constituido el arrendamiento sobre predio urbano, también es justo que se tenga en cuenta la costumbre



local, para respetar al inquilino en el disfrute, durante los quince días, un mes, etc., á fin de que pueda buscarse casa, mayormente si es un establecimiento industrial ó mercantil.

De donde resulta que el pensamiento del Legislador ha sido procurar que, en lo posible y á la sombra de una costumbre, el arrendatario de la cosa retraída no sufra el perjuicio consiguiente de verse privado, desde luego, de ella, por un acto ajeno á su voluntad.

El Legislador ha debido incluir en la sección dedicada al retracto convencional, lo dispuesto en el art. 1.572, de que el comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluído el plazo para usar del retracto. Esta prescripción da también relieve de *JUS IN RE* al de retracto, porque, como el comprador se coloca en el lugar del vendedor, viene obligado á respetar el arrendamiento que éste hubiera hecho, y solo podrá desahuciar al arrendatario cuando, por cumplimiento del plazo de redimir, adquiere en absoluto el dominio ó la posesión de la finca, si ésta fuera transmitida por el vendedor, sin semejante condición resolutoria.

Citaremos tres resoluciones del Centro directivo, á saber: La de 18 de Mayo de 1898, declarativa de que, aunque se encuentre embargado el derecho de retraer una finca vendida con pacto de retro, no constituye esto un obstáculo que impida poner la nota de consumación de la venta, una vez transcurrido el plazo pactado; la de 18 de Mayo de 1898, que mandó poner la nota de consumación, á virtud de haberse estipulado que, por falta de pago de la merced, se entenderá consumada la venta, pues el Registrador solo debe calificar por lo que resulte de los títulos que se le presenten, prescindiendo de cualquier otro dato de que pueda tener noticia; y la de 13 de Julio de 1901, reiterada su doctrina por la de 10 de Septiembre del mismo año, declarativa de que es inscribible la escritura por la que se vendía, como libre de cargas, una finca sujeta al pacto de retro, por no tener éste el carácter jurídico de carga.

### Del retracto legal

Es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago. Llámase legal, porque procede de la declaración de la Ley, y según Robles Pozo, este derecho de privilegio,



que supone una condición resolutoria tácita, constituye uno de los medios conservadores de la propiedad. Esta, al decir de Cimbali, tiene su lado social y nosotros añadiríamos que también presenta su aspecto familiar. De aquél y de éste se deriva el retracto legal, que son verdaderos torcedores de la propiedad, toda vez que quien trate de adquirir las cosas por venta ó dación en pago se halla amenazado de que le salga al paso alguien que, por razones especiales de la Ley, tenga mejor derecho á aquéllas, si lo utiliza en tiempo y forma.

El Código no reconoce otros retractos legales que el enfiteútico, el de comuneros y el de colindantes, por exigirlo el lado social de la propiedad, pero además registra el concedido á los herederos, (artículo 1.067 del mismo) para subrogarse en el lugar del comprador extraño á quien se hubiese transmitido el derecho hereditario, reembolsándole del precio de la compra, si lo verifican dentro del término de un mes desde que se les haya hecho saber el contrato. Ha recaído, respecto de este artículo del Código, la Sent. de 26 de Noviembre de 1900, exigente de ese conocimiento de la venta, cualquiera que sea el medio empleado para este objeto, sin que deba olvidarse la de 5 de Noviembre de 1908 declarativa de que, para ejercitar con éxito dicha acción, es necesario acreditar debidamente que quien pretende subrogarse en lugar del comprador es coheredero, y que la venta se hizo á un extraño antes de la partición.

El retracto legal puede recaer indistintamente en cosa mueble ó inmueble; tiene lugar en la compra y en la dación en pago y, siguiendo el sentir de Manresa, entendemos que procede siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación, criterio reflejado por el Tribunal Supremo en sus Sents. de 9 de Marzo de 1893 y de 11 de Junio de 1902, declarativas de que procede el retracto de comuneros en las ventas á censo reservativo.

Realizada la venta surge, IPSO FACTO, el derecho á retraer y, de consiguiente, prospera, aún habiéndose rescindido voluntariamente el contrato, como se declaró en Sent. de 13 de Abril de 1896, y se comprende, porque al retrayente no le pueden perjudicar fenómenos jurídicos realizados sin su aprobación.

El Código ha proscrito el retracto gentilicio, que se remonta á los hebreos, pues aparece en el libro Levítico y era propio de la condición familiar de la propiedad. El Rey Sabio le dió reglas en el Fuero Real; apareció estatuído también en el libro 4.º del Fuero Viejo y en el Ordenamiento de las Cortes de Nájera; pero donde se reglamentó



con mayor desarrollo fué en las leyes 70, 71, 72, 73 y 74 de las leyes de Toro y se conserva todavía en la Legislación foral de Vizcaya y en Aragón según el Fuero 4 DE COMUNI DIVIDUNDO y Ob. 21 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS, habiendo recaído la Sent. de 7 de Julio de 1909 que dice que, aunque el Código no registra ese retracto, su artículo 1.524 y no la ley procesal es aplicable en dicho territorio para contar el plazo en que debe interponerse, bastando que el retrayente consigne el precio de la adjudicación y los gastos de inscripción, no los demás, ni las costas del juicio ejecutivo.

### Retracto de comuneros

Es el que se concede á cualquiera de éstos para adquirir la porción de cosa indivisa, enajenada á un extraño. Fúndase en el interés social de que cesen las proindivisiones. Apareció regulado en las leyes de Partida y en la Novísima Recopilación. El Código prescribe (art. 1.522) que cuando dos ó más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo, á prorrata, de la porción que tengan en la cosa común, disposición que se enlaza con la del art. 1.524 en su última parte, prescriptiva de que el retracto de comuneros excluye al de colindantes. Esto último tiene su razón de ser, porque si conviene—equivocadamente por cierto—evitar el fraccionamiento de la propiedad, para lo cual las pequeñas parcelas rústicas deben incorporarse á los predios contiguos por exigirle el cultivo extensivo, mayor interés hay en que cesen las proindivisiones, con las cuales se cohibe el derecho dominical y son pasto de disensiones y litigios entre los copropietarios.

El prorrato de que habla el art. 1.514, tratándose de retraer la finca vendida por varios condóminos, difiere del establecido en el art. 1.522; aquél es forzoso, sin que pueda el comunero retraer mayor porción de la que vendió, en tanto que el prorrato del artículo 1.522 solo cabe cuando dos ó más copropietarios quieran hacer uso del retracto, pues si es uno solo, tiene derecho á adquirir en su totalidad la porción vendida ó dada en pago á un extraño. De todas suertes, ese prorrato es altamente equitativo, pues tratándose de intereses en la comunidad, cada porcionero atrae lo que quepa en proporción á su derecho.

Por Sents. de 13 de Noviembre de 1894 y 20 de Febrero de 1905, no se considera derogado el art. 1.618 de la ley de En-



juiciamiento civil, preceptivo de que el comunero contraiga el compromiso de conservar la participación del dominio que retraiga durante cuatro años, con cuya doctrina no está conforme Manresa, porque se opone al espíritu de la ley, de que terminen las proindivisiones y, además, porque, á su entender, el Código, al no exigir ese requisito, ha derogado en tal punto la ley procesal.

Aunque reconocemos que esta opinión es de gran peso y que no le falta fundamento, optamos por la doctrina del Supremo, por dos razones: una, porque esa obligación de no vender al comunero, aún cuando no debiera figurar en ley procesal y sí en el Código, obedece al interés de los porcioneros para evitarse, con la frecuencia de las ventas, en esos cuatro años, muchos condóminos que se sucedan y creen dificultades en la administración de la cosa y derechos sobre la misma, y la otra razón, porque el Código no ha derogado otros artículos de la ley de Enjuiciamiento civil que los que se oponen al mismo, en cuyo caso no se encuentra el 1.618 de esta última, antes completa la materia de retractos.

No procede el retracto de comuneros en la venta judicial de una finca y la mitad indivisa de otra por un solo precio englobado, si quien ejercita la acción es el dueño de la otra mitad (Sent. 26 Octubre 1891). No estando disuelto el matrimonio, carece la mujer de derecho, so color de que le corresponde la mitad de los gananciales, para utilizar el retracto en los bienes muebles de su marido, vendidos judicialmente (Sent. 28 Febrero de 1898). Se consideran como copropietarios, para los efectos del retracto legal, las personas que, respecto de la misma finca, tienen, una el derecho de siembra y la otra el de arbolado (Sent. 9 Marzo de 1893). El dueño de dos habitaciones de una casa puede retraer el resto de ella (Sent. 17 Abril de 1896). No procede el retracto en la venta de participaciones de minas representadas por acciones (Sent. 16 Mayo de 1894).

La nueva reserva hecha por el demandante de la tercera parte de un manantial en favor de una huerta suya, no demuestra el dominio del mismo en la cosa común (Sent. 26 Octubre 1895). El adquirente extraño deja de tener este carácter cuando ha entrado ya en la comunidad y no puede darse contra él la acción de retracto (Sent. 13 Junio de 1903).



### Retracto de colindantes

Es el derecho que tienen los propietarios de las tierras colindantes á adquirir, con preferencia al que no tenga éste carácter, la finca rústica que no exceda de una hectárea ó que, aún cuando no tenga esta cabida, no se halle separada del predio, cuyo dueño utiliza ese medio, por arroyo, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas. Hacemos esta definición ajustándonos á los términos del art. 1.523, el cual, en su última parte, prescribe que si dos ó más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieren igual, el que primero lo solicite.

Requírese para que pueda prosperar el retracto, que existan predios colindantes, no separados por arroyo, acequia, etc. pues habiendo estos signos no lindan aquellos entre sí, sino con lo que les separa. Si dos suertes de tierra se hallan separadas por una pared, no por eso dejan de ser colindantes, sentir éste apoyado en la Sent. de 23 de Febrero de 1899, pues como se dice en la de 26 de Noviembre de 1895, el Código hace derivar este retracto (no registrado por la legislación antigua) de la relación de continuidad de las fincas rústicas, para corregir, en lo posible, la exagerada división de las mismas, sin que quepa aplicarlo á los predios urbanos, porque otra cosa sería extender el nuevo derecho á cosas que están fuera de la letra y del espíritu de la ley.

No diremos que el propósito del Legislador al establecer este retracto (que suele burlarse en la practica) con la venta de una pequeña parte de finca en su centro para adquirir el comprador el resto de ella á título de colindante, firme su inscripción registral) ha sido favorecer el latifundismo; pero nosotros lo conceptuamos perjudicial para la economía agraria, por dos razones; una, porque el cultivo intensivo, aún cuando sea más costoso que el extensivo, á causa de faltarle capitales en forma de simientes, máquinas, etcétera, estimula poderosamente el esfuerzo del labriego, que cultiva con afán la tierra, haciéndola que llegue al máximum de producción, en la cual pone sus amores y el bienestar de su familia, y otra, porque constituyendo esas pequeñas parcelas verdaderos pabellones del trabajo y la depauperada despensa del pequeño agricultor, son



un dique á la huelga del proletario rural que, por tener algo que perder, no se entrega á las exageraciones irreflexivas del colectivismo. El mejor preservativo contra esta enfermedad social, que presenta sus pródomos en la economía agraria, es que el suelo tenga muchos propietarios.

No podemos negar que este retracto constituye un antemural á la ocultación de valores en las ventas, pero entraña un privilegio en quienes contratan sobre fincas de cabida mayor de una hectárea, cuyo comprador, sabiendo que no se la pueden retraer, señala en el contrato precio inferior al verdadero, con perjuicio del Notario, del Registrador y del Fisco, pues los tipos del amillaramiento relativos á la renta líquida suelen estar muy por bajo y no corresponden al verdadero capital.

Mejor nos explicamos el retracto en las fincas urbanas en favor de las casas colindantes á la que se enajene. Estableciérase y ganarían la salud pública, el Fisco y el ornato de las poblaciones; la salud, porque si la casa objeto de retracto es pequeña y sin ventilación, al adosarla á otra más capaz se procuraría por la higiene y salubridad pública y privada; el Fisco, porque no se darían las frecuentes simulaciones en el precio, pues el comprador no querría estar á merced de que le salieran al paso los colindantes, á quienes se les debería notificar el contrato; y la urbanización, porque no se daría el triste espectáculo, que achica el buen nombre de una población, viendo junto á un soberbio edificio una miserable y sucia pocilga.

De modo que en el retracto urbano, valga la palabra, sí que palpita ese interés social, uno de los lados de la propiedad, al contrario de lo que ocurre en el retracto rústico, introducido, sin percatarse el Legislador de sus consecuencias, para oprimir á las clases desheredadas, haciendo inaccesible el empleo del ahorro y del trabajo, para ir acaparando la propiedad en pocas manos, sin advertir que las regiones donde la tierra está dividida son mucho más prósperas que aquellas en que se halla acumulada.

Y contrayéndonos al estudio jurídico de este retracto, es condición, que quien haya comprado la finca no sea colindante, porque, de serlo, falta la razón de su establecimiento, como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 1.º de Diciembre de 1902, siendo también de citar la de 18 de Julio de 1903, declarativa de que, para los efectos del retracto, solo pueden considerarse fincas rústicas las destinadas á la explotación agrícola y, por consiguiente, no se hallan sujetas á esa acción real los terrenos situados dentro de población y entre



ellos los jardines y huertos anejos á las casas de habitación, aunque en ellos se cultiven plantas y árboles para recreo ó utilidad de sus dueños, y aunque para otros efectos legales pudiera calificárselos de fincas rústicas.

Y puesto que hemos dicho que el retracto constituye una acción real, es de consignar que, según Sent. de 23 de Febrero de 1899, la cuestión de si el demandante ha acreditado ó no su carácter de propietario colindante, es de puro hecho, cuya apreciación corresponde á la Sala sentenciadora; retracto que, según Sent. de 26 de Noviembre de 1895, procede, respecto de fincas colindantes, en el caso de que éstas y otras sin tal circunstancia, se han dado en pago del resto de un préstamo por cierto precio global. La doctrina contenida en la Sent. de 26 de Noviembre de 1895 ha sido reproducida por la de 3 de Julio de 1908, la cual añade que la circunstancia de que, sumada la cabida de las fincas, exceda en su cómputo de una hectárea, no impide el ejercicio de la acción, si cada una de ellas, distantes y separadas entre sí (como se ve, la solución de continuidad es factor obligado en este caso para que el retracto prospere) no rebasa el expresado límite.

En la duda de si un predio es rústico ó urbano, se declaró en Sent. de 8 de Febrero de 1907, que, si bien puede obstar al ejercicio del derecho de retracto de colindantes que la finca rústica adquiera la condición de urbana por haberse edificado en ella una casa, se hace preciso que el edificio reúna las condiciones normales y ordinarias para servir de morada, de tal suerte que la tierra contigua venga á constituir lo accesorio, siendo lo principal la casa destinada á habitación.

No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal (lo mismo el de comuneros que el de aledaños) sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

Como quiera que ésta puede versar lo mismo en cosa inmueble que en mueble, el Legislador no podía disponer que ese plazo se contara desde la inscripción en el Registro, ya que no son objeto de éste las inscripciones de la propiedad mobiliaria, y aún tratándose de la inmobiliaria, puesto que su registración es voluntaria, pudiera ocurrir que el comprador no inscribiese su contrato en evitación del retracto.

A prevenir todo esto y á sustraer á la propiedad de la amenaza del retracto indefinido se ha escrito dicho precepto, señalando un



plazo, que no es el de nueve días desde el otorgamiento de la escritura, ni desde la fecha del asiento de presentación del título en el Registro, sino desde su inscripción, como se declaró en sentencia de 11 de Junio de 1902.

Pero puede ocurrir que no se presente la escritura en el Registro; en este caso se han de contar los nueve días desde que el retrayente haya tenido conocimiento de la venta, porque constándole el contrato, pudo poner en ejercicio su derecho. Pero ¿qué conocimiento de la venta es ese á que el precepto se refiere? A nuestro ver, habida cuenta á que no se comprende ni cabe ese contrato sin comprador y vendedor, cosa y precio, el conocimiento ha de versar acerca de todos estos elementos, pues si el retrayente ignora quién es el comprador, no podrá dirigir contra él su acción; y si desconoce el precio, no le será posible consignarlo, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 1.608 de la ley de Enjuicimiento civil. La primera parte de este párrafo la confirma la Sent. 30 Junio de 1910.

Importa citar la Sent. de 31 de Diciembre de 1897, declarativa de que el marido tiene personalidad para representar á la mujer ejercitando el derecho de retracto de colindantes por razón de una finca de carácter parafernial. Son aplicables al retracto legal los artículos 1.511 y 1.518 que hemos estudiado.

Como nota común á ambos retractos, diremos, siguiendo el sentir de Manresa, que cabe siempre que exista una enajenación, palabra que debe tomarse en sentido amplio, no en el restrictivo de venta, pues lo esencial es que haya transmisión de dominio, de tal naturaleza que el retrayente pueda subrogarse en el lugar del que adquiriera la cosa. Esta subrogación es uno de los caracteres del retracto, según se declaró en Sent. de 10 de Mayo de 1904, la cual añade que la acción de retracto tiene carácter real, puesto que su objeto es adquirir la propiedad de una finca; adquisición que no puede lograrse, sino de quien la tenga en su poder á título de dueño. Completando esta doctrina, recayó la Sent. de 21 de Diciembre de 1908 y, antes, la de 11 de Octubre de 1905 dijo que la demanda debe dirigirse conjuntamente, no solo contra el primitivo comprador, sino contra el que, por compra posterior, adquirió la finca, por no ser lícito declarar la rescisión de las sucesivas enajenaciones á espaldas del segundo ó tercer adquirente, ni haber términos hábiles para condenar al primero al cumplimiento de obligaciones que no puede cumplir.



## Retracto convencional

## CATALUÑA

La ley 2.<sup>a</sup> Cód. DE PACT. INT. EMPT. ET VENDIT., concede al vendedor que utilice el pacto de retroventa, llamado también venta á carta de gracia ó al quitar, la facultad de recobrar la cosa siempre que quiera, mediante la restitución del precio. El vendedor puede deshacer la venta, aunque aquélla hubiese tenido ulteriores transpasos (ley 31 Dig. DE PIGN.; ley 4.<sup>a</sup> DE IN DIEM. ADD.) y quedará libre de las cargas que hubiese impuesto el comprador (ley 31 ídem). Pero la facultad de pedir la retroventa prescribe á los treinta años (Usat. OMNES CAUSÆ; tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup>, Const. y sentencias de 30 de Diciembre de 1867 y 9 de Febrero de 1878).

El comprador tiene derecho á que se le reintegren los gastos necesarios que no sean de pura conservación (ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE IMP. IN RES. DOT.; ley 5.<sup>a</sup> Cód. DE REI VINDIC.) Puede recobrar los útiles, á menos que, por ser muy excesivos, impidan al vendedor utilizar el derecho de retraer, en cuyo caso puede llevárselos, si no se causa detrimento á la cosa (ley 10 Dig. DE NEG. GEST.; ley 10 DE MAND. VEL CONT.; y leyes 37 y 38 DE REI VINDIC.) El comprador debe reintegrar al retrayente de los deterioros que, por sus hechos ó culpa, hubiese sufrido la cosa (ley 7.<sup>a</sup> Dig. DE SALUT. MATR.; ley 18 DE PIGN. ACT.)

## ARAGÓN

Existe el retracto convencional llamado de *saca*; la acción para retraer, considerada allí como mixta, dura treinta años. La jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza se inclinó á suponer que el comprador adquiría la cosa en precario, pero este concepto fué modificado en el sentido de que la adquiría con verdadero dominio, afectado por la condición resolutoria de la retroventa. Como quiera que en Aragón rige desde luego el Código civil, cuyas prescripciones en materia de retracto convencional no se oponen á su régimen jurídico, creemos que éstas son allí de aplicación.



## NAVARRA

La carta de gracia puede ser perpetua y con establecimiento de plazo (ley 16, tít. 37, libro 11, Nov. Recop.). Como en este territorio rige con carácter supletorio el Derecho romano, damos aquí por reproducidas las citas hechas al tratar de este retracto en Cataluña.

**Retracto legal**

En Cataluña se desconocía el retracto de comuneros y el de aldeanos, porque no los registró el Derecho romano; pero como quiera que se hallan regulados por el Código civil, son de aplicación en el Principado, siendo de citar la Sent. de 4 de Diciembre de 1896, declarativa de que los arts. 1.521 y 1.525 de dicho cuerpo legal rigen en el mismo.

En Navarra se conoce el retracto gentilicio ó familiar, que puede ejercitarse por los parientes, comprendidos desde el abuelo hasta el primer hermano, á cuyo efecto deberán ser requeridos en forma. Cuando no haya quien deduzca el derecho de tanteo, podrán los hermanos, si los hubiere, retraer la finca dentro del plazo de un año y día, contados desde la fecha de la venta, cuyo término no es susceptible de restitución por causas de ausencia, menor edad, incapacidad etc. (ley 1.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, libro 3.<sup>o</sup> Nov. Recop.)

El plazo de un año y día parece que queda reducido á nueve días, ante lo dispuesto en el art. 1.618 de la ley de Enjuiciamiento civil, de general observancia, y así lo entiende el Sr. Sánchez Román, con cuyo sentir no está conforme la Sent. de 24 de Septiembre de 1872, cuya doctrina tenemos por subsistente, aún después de publicado el Código, porque ni aquélla ni éste pueden menoscabar el derecho sustantivo y personal del retrayente, lo cual ocurriría limitando la duración de la acción. No tuviera este plazo de vida legal, y sería el de nueve días, que es el de la regla procesal.

En el caso de retracto de fincas rústicas, que fuesen de tierra blanca ó de pan llevar, é intentado el retracto antes del 25 de Marzo, pertenecerán los frutos al retrayente, lo mismo que si se tratase de olivar ó viña y se dedujese antes del 24 de Junio. Intentado después de estas fechas, corresponderán los frutos al poseedor de



las fincas retraídas, sin que quepa el prorrateo, viniendo obligado el retrayente que haga suyos los frutos á abonar al comprador los gastos de producción (ley 3.<sup>a</sup>, texto antes citado).

El Derecho navarro no registra el retracto de comuneros, ni el de aledaños y dúdase si son aplicables en este territorio los artículos 1.521 á 1.525 del Código civil, que regulan aquéllos; Sánchez Román se resuelve por la negativa, porque el Derecho supletorio no tiene otra finalidad que llenar las especialidades en cuanto á las instituciones que el derecho especial admite, pero no respecto de otras que el mismo no reconoce. Nos separamos de esta autorizada opinión, porque si las instituciones que el Código regula son realmente beneficiosas en la mecánica jurídica nacional, no es cosa de privar de ellas á los territorios aforados, so color de que su derecho peculiar no las haya registrado.

## VIZCAYA

La ley 1.<sup>a</sup>, tít. 17 del Fuero regula el retracto gentilicio en favor de los parientes, cuando se venden á extraños los bienes troncales, pero, en realidad, más que retracto es nulidad de la venta, como se declaró en Sent. de 2 de Marzo de 1861, siendo de añadir que, según la de 23 de Febrero de 1866, para usar de ese derecho los parientes es indispensable que la finca objeto de venta sea troncal y que ha de presentarse el pariente durante los tres llamamientos haciendo oposición y manifestando que quiere haber aquella finca como tal pariente. No mediando esa oposición, el dueño la puede vender á quien quiera, sin que ningún pariente la pueda demandar al comprador por vía ni manera alguna.

Ese derecho de anulabilidad de la venta es un recuerdo de la copropiedad familiar; exige, según la anterior sentencia, que la finca sea de patrimonio ó abolengo del vendedor, al cual pertenezca el retrayente.

Los llamamientos á que nos hemos referido son los anuncios durante tres domingos consecutivos en la Iglesia parroquial del término donde la finca radique, con el objeto de que llegue á conocimiento de los parientes del vendedor y puedan adquirir preferentemente la finca por el precio de su tasación.

Si se presenta algún profincuo, la hace suya, pagando el precio al contado si no excediere de mil maravedises «y si fuere dende



arriba en tres tercios; la tercia parte luego en notificándose el precio; el otro tercio dende á seis meses y el tercio que es de la entera, dende á otros seis meses».

Concurriendo varios parientes, son preferidos los de la línea de donde la finca procede; dentro de cada línea, los más próximos en grado, y siendo del mismo grado, ninguno será preferido sino que concurrirán por partes iguales. No anunciándose la venta, pueden pedir su nulidad los parientes dentro del año y día contados desde el otorgamiento.

## MALLORCA

Realizada la venta de un predio urbano ó rústico debe proclamarse públicamente durante treinta días para que, dentro de este plazo, puedan reclamar los censualistas, acreedores hipotecarios ó quienes, por cualquier otro título, tengan derechos que invocar respecto de la finca (Ordenación 61).

## VALLE DE ARÁN

El cap. 8.º del Privilegio de Jaime II dice así: «Item: concedemos el capítulo que contiene que cualquier hombre de dicho valle, si quiere vender casas, viñas, tierras, prados, molinos, ó algunos bienes inmuebles, debe requerir á los hermanos, si los tiene ó primos hermanos, ó mas propincuos en la línea de parentela, si quieren comprar dichas cosas vendibles, que él quiere vender, y si rehusan comprar, no obstante el derecho llamado vulgarmente tornería, puede lícitamente vender á quien quiera, aunque no le corresponda la tornería. Y después de un año y un día no puede ningún propincuo recuperar la cosa vendida, mayormente si antes ha sido requerido por el vendedor, y si el propincuo ó consanguíneo por el vendedor no hubiese sido requerido, podrá recobrar si quiere, después de prestado el juramento de que no oyó ni supo que estuviere hecha la venta».

Según costumbre observada sin interrupción, no ha lugar á este retracto en las ventas á carta de gracia, mientras no se conviertan en perpetuas, es decir, mientras no se enajene lo que en el Valle de Arán se llama la deuda (Vives, t. 5, pág. 193, núm. 3, ap. 1.º)



---

## CAPÍTULO XII

### Del título y del modo de adquirir

Por considerarlo común al régimen jurídico patrimonial en su doble aspecto de Derecho de bienes y de Derecho de obligaciones, así como al Derecho sucesorio, dedicamos este capítulo al estudio del *título* y del *modo* de adquirir.

Acerca del sentido y alcance de estas palabras, cuya distinción consideran caprichosa autorizados tratadistas, andan discordes las opiniones de los autores y en muchos Códigos se emplean como sinónimas. Bajo la denominación genérica de *razón* ó *causa*, comprenden algunos escritores estas palabras; otros, como Zacariae, ven en ellas un acto ó hecho determinante de la prueba del mismo, de cuyo sentir participa Thibaut, considerando el *modo* como acto circunstancial que completa la adquisición de la propiedad, lo que Laboulaye llama el principio de notoriedad ó exteriorización de los derechos reales, esto es, la verdadera tradición en sus distintas clases, tal como fué exigida en Roma, cuando el sistema formulista sofocó al espiritualista, único agente que presidió á la contratación en los primeros tiempos de la Ciudad eterna; espiritualismo que consagraron el Código de Manú y las leyes de Solón muchísimos siglos antes de Jesucristo, de cuya conquista jurídica son deudoras las civilizaciones romana y cristiana á la Oriental, especialmente á la Brahmánica.

Priva aún en las escuelas la doctrina de Heinecio, que dice ser el modo la *causa* primera y el título la *causa* remota de la adquisición; pero una nueva doctrina, contradictoria de este sentir, se va



abriendo paso, á las luces del Derecho científico, hallando acogida en las obras de los expositores jurídicos y encarnando en la Legislación positiva.

Según el Sr. Sánchez Román, constituye el título la expresión real tangible y plástica de la voluntad del hombre realizando un acto jurídico. Para D. Augusto Comas, el título es la relación jurídica. Morell dice que es la causa por la que se adquiere ó posee, esto es, la causa eficiente de las relaciones jurídicas, el acto de derecho que da nombre á la adquisición.

Vemos en el título dos aspectos, uno inmaterial ó sea la causa generadora del derecho, producto ó resultado inmediato de una relación jurídica, y otro, el material ó plástico, que objetiva la voluntad, dando forma á aquella causa de adquisición, cuyo sentido en el lenguaje oficial es el que da, en su art. 6.º, el Reglamento de la ley Hipotecaria, donde se dice «Que se entenderá por título para todos los efectos de la inscripción, el documento público y fehaciente entre vivos ó por causa de muerte en que funda su derecho sobre el inmueble ó derecho real la persona á cuyo favor deba hacerse la inscripción misma.»

No es que el título sea rigurosamente el documento, sino que para los efectos hipotecarios, este último toma el nombre de aquél, sin que pueda negarse que, en el lenguaje jurídico, el documento es la revelación escrita del título y aún en el lenguaje vulgar, título es todo aquello que demuestra graficamente el derecho que uno tiene lo mismo en las cosas que á los créditos, á cuanto constituye el derecho patrimonial, y aún más, al ejercicio de facultades y desempeño de cargos que se tienen por derecho, ó se adquieren de quien los puede otorgar.

La misma distinción que hemos hecho del título, cabe verificarla respecto del modo, presentándolo en su doble aspecto de inmaterial de una parte y plástico ó sensible de otra. En el primero, es la preexistencia del derecho por el que lo transmite, por respeto al principio, NEMO DAT, QUOD NON HABET. La compraventa es un título, puesto que consiste en el concierto de voluntades sobre la cosa y el precio; pero el vendedor no puede transmitir lo que no tiene, y esa relación propia de su derecho con la persona del cual lo adquirió, que ha de preexistir á la venta, constituye el modo en su aspecto inmaterial. Pero no basta con esa preexistencia; hay que exteriorizar el contrato, dándole lo que Laboulaye llama su notoriedad, para que se respete el derecho del adquirente, y esto consti-



tuye el modo en su aspecto material, llamado tradición, que reviste distintas formas y es de diversas clases.

La erudita Roma siguió, en un principio, lo que ha venido á llamarse el sistema de espiritualización en la producción de los fenómenos jurídicos, al que rindió homenaje el Código de Napoleón y han seguido el belga, el italiano, el de Venezuela y otros, según los cuales, la voluntad y solo la voluntad en los contratos es bastante para la adquisición de los derechos, con arreglo á las leyes; pero aquel espiritualismo de Roma, propio de los pueblos vírgenes en que el recelo y la desconfianza no han maculado todavía su inocencia, hubo de ceder á cierto condicionamiento que el Poder público impusiera en la transmisión de los bienes realizada por medio de la *MANCIPIATIO* y de la *IN JURE CESSIO*, y como éstas fórmulas dificultasen la contratación y solamente podían darse entre los ciudadanos romanos *EX JURE QUIRITUM*, hubo de introducirse la *TRADITIO*, para que los extranjeros, privados del *JUS COMMERCIUM*, pudiesen tener acceso en aquélla; por esto es conocida la célebre máxima *TRADITIO, NON NUDA CONVENTIONE DOMINIUM ACQUIRITUR*. La tradición, pues, llevada de ese espíritu igualitario, para que del Derecho participaran lo mismo los ciudadanos romanos que los extranjeros, constituyó un progreso frente á aquellas ficciones.

A medida que toma relieve y se desarrolla el intervencionismo del Estado, va cediendo el puro espiritualismo en la contratación, pues interesa á la sociedad, políticamente considerada, conocer, apreciar y garantizar los fenómenos jurídicos, especialmente los que al régimen de la propiedad inmobiliaria se refieren, y de aquí la prescripción, en las legislaciones donde la inscripción registral es forzosa, de exigir como en Alemania, que se lleven á la oficina pública los transpasos de la propiedad; que el código suizo no reconozca otras servidumbres que las inscritas, que á tanto obliga procurar por la libertad del inmueble, y que en nuestro Derecho hipotecario, si bien no se ha llegado á tanto, se arma el derecho del tercero de defensas y se le cubre de prerrogativas hasta el punto que, según profundamente ha dicho D. Pablo Martínez Pardo, en la inscripción se reúnen el título y el modo.

Con efecto; prescribe el art. 20 de la ley Hipotecaria, secuela del principio llamado del tracto sucesivo, que ha de tener inscritos sus bienes ó derechos en el Registro la persona que los transmita ó grave, para poderse hacer la inscripción solicitada, pues, de lo contrario, los Registradores deben denegarla ó suspenderla. Arguye esto



la exigencia del modo, como causa preexistente del derecho de quien lo transmite ó grava; pero donde el modo, en su aspecto plástico, presenta mayor relieve y tiene imposición más poderosa es en el artículo 17 de aquélla, preceptivo de que: «inscrito ó anotado preventivamente en el Registro, cualquier título traslativo del dominio ó de la posesión de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse ni anotarse ningún otro de igual ó anterior fecha por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble ó derecho real».

De manera que, así como el art. 20 de la ley Hipotecaria exige el modo en su aspecto de preexistencia, el 17 le da el valor de verdadera tradición, por cuanto con la registración del título, el derecho transmitido ó gravado ha tenido notoriedad oficial, perjudicando á todos aquellos que no hayan inscrito ó anotado su derecho de fecha igual ó anterior al del inscribiente, doctrina que el Código civil consagra en el § 2.º del art. 1.473, preceptivo de que, tratándose de venta de cosa inmueble, la propiedad pertenecerá, no á quien haya tomado posesión de la cosa con buena fe (tradición material) sino al adquirente que antes lo haya inscrito en el Registro; claro está que éste ha de tener el carácter de tercero, según lo dispuesto en el art. 27 de la ley Hipotecaria, para quien se ha escrito este código de garantías.

### División de los modos de adquirir

En el Derecho romano se dividían en naturales y civiles, según procediesen del Derecho natural ó de la Ley escrita. A su vez se clasificaban los naturales en originarios y derivativos; subdivididos los primeros en originarios *SIMPLICITER* y originarios *SECUNDUM QUID*. La ocupación era un modo de originario *SIMPLICITER*; la acepción, originario *SECUNDUM QUID*, y la tradición un modo derivativo. Los civiles se subdividían en universales y singulares, según que por ellos se adquiriese una universalidad patrimonial como la herencia y con ésta el derecho de representación del *CUIUS* ó el dominio de una cosa; en esta última categoría entraban la prescripción, la donación, el legado y el fideicomiso singular.

Sin desconocer lo científico de esta clasificación, parécenos impropia la palabra *modo* á que va referida, siendo así que tenemos por más adecuada la de título en su sentido de causa eficiente del



derecho. Todas aquellas clasificaciones, sin perder los encantos de la erudición, no tienen al día importancia positiva, quedando reducidos aquellos modos de adquirir á los llamados universales y singulares que son, tanto unos como otros, intervivos ó mortis-causa.

No ya la propiedad si que los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por la donación, por sucesión testada é intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Así lo prescribe el art. art. 609 del Código, en el cual, además, se dice que la propiedad se adquiere por la ocupación y que también pueden adquirirse ésta y los demás derechos reales por medio de la prescripción.

No poca enjundia tiene este texto legal; analizado, resulta que la ocupación solo es modo de adquirir la propiedad, pero no los demás derechos sobre los bienes. De manera que no cabe la ocupación de un censo, de una servidumbre, de una hipoteca, etc.

La prescripción es modo adquisitivo de la propiedad y de los derechos sobre los bienes, pero no de todos, como hemos visto, especialmente tratándose de servidumbres discontinuas y de las continuas no aparentes; de donde resulta que el adverbio *también*, empleado en el último apartado del art. 609, no ha debido escribirse, porque su empleo indica una conformidad á lo consignado en el apartado segundo del mismo. Hubiérase escrito que por la prescripción pueden adquirirse los derechos reales susceptibles ó que permite este modo adquisitivo y de fijo que no había lugar á la duda á que se presta, por lo escueto, dicho ordenamiento. Y aún cuando, con las salvedades de la ley, la prescripción constituye un medio adquisitivo de la propiedad y de los derechos reales, no es, según la estructura del precepto, medio transmisivo de los mismos; esto no quiere suponer que el adquirente del bien ó derecho de quien lo disfrutó de buena fe deje de aprovecharse del tiempo en que este último los tuvo, pues con semejante continuación no se rompe la relación de derecho, antes se afirma, al objeto de que la cosa ó derecho correspondan á quien, á título de tal continuador, hayan ido á parar.

Según el Código, la ley es un modo de adquirir y transmitir la propiedad y los derechos, no en el sentido de que ella es la causa originaria de todos los otros antes registrados, tales como la ocupación, la donación, la sucesión testamentaria, la prescripción, etcétera, sino en el sentido de que, por la mera disposición legal, aquellos pueden adquirirse y transmitirse sin necesidad de que medie ningún



acto jurídico, como ocurre con el aluvión, el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, el del cónyuge viado, en las servidumbres legales, etc.

Suscribimos el sentir de Falcón de que la ley no es por sí un modo adquisitivo de la propiedad; no pasa de ser una fórmula reguladora de todos los demás modos. Si hay derechos que se adquieren por su ministerio, obedece esto á la manera como se regulan las instituciones tanto familiares como de la propiedad; así es que el usufructo de los padres en los bienes de los hijos y el usufructo viudal son consecuencia de las relaciones paterno-filiales y conyugales establecidas por el matrimonio, para cuya unión la voluntad concurre indispensablemente, pues, faltando, no se concibe el consorcio conyugal, resultando por esto que la ley no hace otra cosa que consagrar y regular derechos que son propios de la institución familiar. Y aún en el aluvión, que hemos citado, implica, como se ha dicho, un pacto tácito entre los predios ribereños al río de adquirir ó perder lo que les dé ó quite la Naturaleza por efecto del INCREMENTUM LATENS.

Sin duda, por exageración del principio de soberanía de la ley (que ha venido á achicar el de la soberanía de la costumbre y de la del individuo, derivada ésta del STATUS INDIVIDUI) y como una reacción contra las doctrinas de antaño, se considera por el Legislador á aquella norma jurídica, siguiendo lo establecido en el Código italiano, no solo como modo de adquirir en general, sino en concreto, dentro del derecho de obligaciones, como una de las causas de éstas.

Ese art. 449, no resistente á la crítica, considera la ley como un modo de adquirir, de cuyo carácter participa la sucesión intestada ¿Qué es ésta sino un modo adquisitivo por ministerio de la ley? Holgaba, pues, incluirla en el precepto. Lo propio decimos de la prescripción, tanto la adquisitiva como la liberatoria ¿No es cierto que su causa está en la ley, ya porque se presuma la voluntad en hacer dejación del derecho, ya porque lo exija un supremo interés social ante la necesidad de dar consistencia y valor á intereses legítimamente creados? Pues también huelga su expresión en ese artículo del Código, puesto que reconoce en la ley uno de los modos adquisitivos de la propiedad y de los derechos sobre los bienes, el más supremo de todos, el único diría Mirabeau y los que consideraron á aquélla como el fundamento del Derecho de propiedad.

El medio de adquirir más vulgar é histórico es la ocupación; consiste en la apropiación de las cosas que carecen de dueño.



En puridad, no es un modo, si que un título de adquirir. Fúndase en el principio jurídico *RES NULLIUS PRIMO OCUPANTE FIT* y, según Azcárate, exige estos tres requisitos: 1.º Que la cosa no esté apropiada ó no pertenezca á nadie. 2.º El hecho del apoderamiento ó aprehensión, mediante el que pone el aprehensor el sello de su personalidad á la cosa y 3.º La intención, esto es, la voluntad deliberada del ocupante de llevarla á su patrimonio. Este fundamento hay que combinarlo con el principio de derecho, en forma de homenaje al tiempo, como decían los jurisconsultos romanos, *QUI PRIOR EST TEMPORE POTIOR EST JURE*. De las clases de ocupación hemos tratado en el cap. XI de este tomo.

Réstanos dedicar unas palabras á la tradición, una de las supervivencias del Derecho romano que, como hemos dicho, sofocado el principio espiritualista en la contratación, sucedió á la *MANCIPTIO* y á la *IN JURE CESSIO*.

Puede ser real, fingida y por ministerio de la ley; además existe la cuasi-tradición que se refiere á las cosas incorporales ó derechos y que Sánchez Román define diciendo, que es el ejercicio del derecho por parte del adquirente y la aquiescencia por la del transmitente.

Se verifica la tradición real por la entrega de la cosa, si es mueble, y siendo inmueble mediante ciertos actos posesorios del adquirente, tales como la entrada y salida de la finca, arrancar matas ó cojer frutos ó un puñado de tierra, etc., implicando todo esto la notoriedad del derecho que recibe el nombre de toma de posesión.

La tradición fingida, llamada también simbólica, queda constituida por la entrega de signos de la cosa entregada, como las llaves ó títulos de una finca; pero no siempre ocurre así, y de aquí que, dentro de esa ficción á que fueron dados los jurisconsultos romanos para que su legislación no fuera deficiente, se introdujeron: la tradición *LONGA MANU*, que es aquella mediante la cual el transmitente señala la cosa al adquirente que tiene á la vista, sin penetrar en ella; *BREVI MAUM*, en el caso de que el poseedor de la cosa por título distinto al de dominio, por ejemplo, el arrendatario, comodatario, etc., siguen poseyéndola á los favores de este título, y la *CONSTITUTUM POSSESIORIUM*, opuesta á la anterior, que se efectúa cuando el dueño de una cosa la enajena, pero continúa en ella por título distinto al de dueño, esto es, que queda, por ejemplo, de arrendatario, comodatario, etc. Algunos entienden que consiste esta última



forma en el hecho de que el dueño, al otorgarse el contrato, pone en posesión, de palabra, al adquirente en la cosa.

Por ministerio de la ley se da la tradición desde el momento en que, sin necesidad de hechos materiales ó entrega de signos de la cosa se produce la transmisión del dominio, surgiendo todos los derechos á favor del adquirente; y esto es lo que prescribe el Código civil en su art. 1.462, de que, cuando se haga la venta por medio de escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario.

De la tradición simbólica se ocupa el art. 1.463 del Código y de la cuasi-tradición el 1.464 del mismo. De todo esto nos ocuparemos al tratar de la compraventa. Repárese que el art. 609 de aquél no exige forzosamente la tradición en todos los contratos para adquirir, por este modo derivativo, la propiedad y los derechos reales, sino que lo requiere en *ciertos* de ellos, constituyendo esta salvedad una transacción entre ideas radicalmente opuestas, tales como la clásica romanista, de superioridad jurídica incontrastable, como dice Giorgi, apoyando el sentir de Teófilo Huc, que distinguió entre *JUS AD REM* ó de crédito y *JUS IN RE* ó real, y la moderna proclamada por el Código de Napoleón, que al atribuir á la voluntad humana una potestad única en la creación de los fenómenos jurídicos referentes al régimen patrimonial, lo mismo en el orden de la propiedad que en el de las obligaciones, ha establecido que los derechos reales se adquieren y transmiten, sin necesidad de la tradición, por el solo consentimiento, al igual que los créditos. De modo que el Legislador español, rindiendo pleitesía al Derecho tradicional, no precisamente el exótico romano que fué, por su intérprete las Partidas, uno de sus más poderosos sustentáculos, y abierto á otras corrientes genuinamente españolas proclamadoras de la espiritualización en los contratos de que es fórmula la consagración del consentimiento, alma y vida de los mismos, se ha colocado en una zona de prudencia, calificada de ecléctica, y á una honesta distancia de aquellas doctrinas que se disputan los honores del triunfo en las escuelas y en las leyes.



## Legislación foral

## CATALUÑA

En orden á los modos de adquirir, el Derecho del Principado catalán se basa en el romano, cuyo estudio hemos hecho. Rige allí el principio, en cuanto á la tradición, NON NUDIS PACTIS SED TRADITIONIBUS ET USUCAPIONIBUS, DOMINIA RERUM TRANSFERENTUR, no por los simples pactos ó la usucapición se transfiere el dominio de las cosas. De manera que el Derecho catalán es totalmente opuesto al francés.

La palabra enajenación tiene dos sentidos: uno, lato, que comprende todo acto de transmisión del dominio, incluso la prenda, la hipoteca, la dación en pago, el arrendamiento, el censal y la constitución de usufructo y de servidumbres prediales. (Cost. de Gerona, rúbr. 17) y otro sentido extricto en el que se comprende la donación, la insolutundación, la permuta, la venta, la carta de gracia, la enfiteusis, el feudo, la *pagesia*, la subenfiteusis y el subfeudo (Constituciones de Cat. volúmen 1, libs. 2.º, 4.º y 8.º). La enajenación de cosa inmueble comprende la donación, la venta, el empeño, la hipoteca, el establecimiento perpetuo á censo ó tributo y otras formas semejantes. (Const. de Cataluña vol. 1, libro 4.º y Usat. 2.º de Jaime I) La costumbre 18 de Pedro Albert distingue la enajenación en que el transferente se retiene alguna señoría, como ocurre en *Vacapte* ó enfiteusis y aquella en que el enajenante no se retiene ese derecho, que Leher llama las insignias de la propiedad.

Los títulos de adquisición de ésta se clasifican en legítimos é ilegítimos, lucrativos y onerosos, provinientes de contrato y de última voluntad. Son lucrativos, la donación, el legado, la institución de heredero, la sustitución y el vínculo, y son onerosos la permuta, la venta, la dación en pago, etc. (Const. de Cat., vol. 1.º, lib. 4.º, título 31).

La Legislación catalana se basa en el Derecho romano, y á los preceptos de este último, que hemos citado, son de añadir: las leyes 3.ª y 6.ª Dig. DE ADQ. POSSES. y 31 DE ADQ. RER. DOM., dispositivas de que para transpasar el dominio con la tradición requiérese que la cosa se entregue por quien siendo dueño se halle en posesión de ella. La entrega no produce, por sí sola, transpaso de dominio; tiene que haber título de enajenación (ley 18 Dig. DE VERB. CRE-



dit). Producirá efecto la tradición habiendo título para transmitir el dominio, aunque el transferente crea verificarlo por una causa y el adquirente de la cosa se haga entrega de ella por otra (ley 36 Dig. DE ADQ. RER. DOM.) cuya entrega puede hacerse y recibirse por procurador ó por quien legalmente represente á los interesados (Inst. § 42 DE RER. DIVIS.) La tradición condicional no produce efecto si no se cumple la condición (ley 8.<sup>a</sup> Dig. DE RER. CREDIT.)

El Derecho romano aceptó como última forma de tradición, la llamada *CONSTITUTUM POSSESIORIUM*, ó sea el pacto por virtud del cual el enajenante de la cosa se constituye en poseedor de la misma en nombre y representación del adquirente; esta clase de tradición fué aceptada por el Derecho canónico (cap. 5, Decretales, tít. 13, libro 2.<sup>o</sup>)

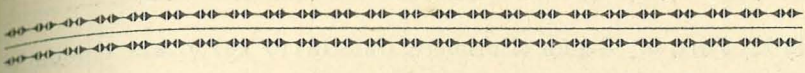
## ARAGÓN

En Aragón no era necesaria la tradición para la transmisión del dominio de los bienes. Aquel derecho verdaderamente espiritualista se adelantó en muchísimos siglos á la doctrina consagrada por el Código de Napoleón, de que basta la voluntad expresa para transmitir y adquirir los bienes y derechos reales, pero como quiera que en aquel reino rige desde luego el Código civil, éste es allí obligatorio en la materia que nos ocupa, puesto que sus disposiciones, aunque opuestas al sentir de los juristas, no atentan al derecho escrito y consuetudinario de aquélla región.

## NAVARRA

Como quiera que tiene por derecho supletorio en primer lugar al romano, damos aquí por reproducidas las citas que hemos hecho de éste.





## DEL DERECHO PATRIMONIAL (2.<sup>a</sup> parte)

---

### CAPÍTULO XIII

#### De las obligaciones

---

Dos aspectos presenta el Derecho patrimonial: uno, de bienes; otro, de crédito. Habiendo estudiado el primero, cúmplenos tratar el segundo.

La palabra obligación se compone de las latinas OB (alrededor) y LIGARE (atar, ligar). En sentido general es sinónima de deber, de exigencia moral para hacer el bien. No vamos á considerarla desde este punto de vista puramente ético, si que desde el jurídico; lo cual no quiere decir que la Etica y el Derecho, ambas ciencias prácticas que estudian las leyes de la voluntad para la realización del bien, estén ó puedan estar en rivalidad fuera de un criterio de razón.

Giorgi define la obligación jurídica, la que tiene forma coactiva, diciendo que es vínculo jurídico entre dos ó más personas determinadas, en virtud del cual, una ó varias de ellas (deudor ó deudores) quedan sujetas respecto de una ú otras á hacer ó no hacer alguna cosa. Philipis dice que es la relación jurídica en la que determinadas personas están vinculadas ó sujetas á hacer ó no hacer un acto en beneficio de otra persona también determinada. Según Sánchez Román, es la necesidad jurídica de cumplir una prestación.

Tributando un recuerdo al pasado, son de consignar aquí las definiciones dadas en el proemio de la Instituta y en la ley 5.<sup>a</sup>, títu-



lo 12, Part. 5.<sup>a</sup> Según el primero, OBLIGATIO EST JURIS VINCULUM, QUO NECESITATE ADSTRINGIMUR, ALICUJUS SOLVENDI REI, SECUNDUM NOSTRÆ CIVITATIS JURA, y según la segunda, es «ligamiento que es fecho segund ley é segund Natura».

Diremos, al paso, y perdónesenos la osadía, que consideramos deficientes las definiciones dadas por Giorgi y Philipis, porque, según su estructura, no se comprenden otras obligaciones que las de hacer y no hacer, no las dar ó no dar, aunque en aquellas palabras parecen comprendidas, implícitamente, éstas últimas y así lo demuestra el primero de dichos tratadistas cuando estudia el contenido de la obligación. Vemos también esa deficiencia en la escueta definición dada por el Sr. Sánchez Román.

Respecto de la que dió la Instituta, hállase saturada de puro civilismo, pues solo considera obligación el vínculo jurídico que es conforme con el Derecho de la Ciudad, la civil, no la natural, por más que esta última también produjo sus efectos indirectos cuando hubo necesidad de acercar gradualmente el JUS CIVILI, con todos sus rigores, á la equidad, estableciéndose entre ambos la armonía por obra de los jurisconsultos, según observa Giorgi.

La definición de las Partidas, que solo atiende á la naturaleza del vínculo, diciendo que es «ligamiento que es fecho segund ley é segund Natura», no deja nada que desear; en ella se comprenden, aunque no expresa para qué se establece el nexo ó sea su contenido, el orden ético y el orden del Derecho. El primero es, como dice el Sr. Dato, condición necesaria y precisa, derivada de la propia naturaleza de las obligaciones, á la vez que consecuencia indiscutible de la trascendencia y de sus efectos en la multitud de relaciones de derecho que puedan producir, como indica Ahrens.

La obligación es la exigencia jurídica de realizar una prestación económica ó de abstenerse de realizarla; presenta dos aspectos; uno, positivo (el de dar ó hacer) y otro negativo (el de no dar ó no hacer). Tanto por unas obligaciones como por otras, se restituye la libertad del deudor en pro de la persona pretensora de la prestación económica.

El Código no define la obligación; solo dice que ésta consiste en dar, hacer ó no hacer alguna cosa, que es precisamente su contenido.



### Clasificación de las obligaciones

Ahrens las clasifica en dos grupos: ético-jurídicas y relativas al patrimonio. Las primeras consisten en una prestación moral, revestida de carácter jurídico, como la fidelidad conyugal en el matrimonio; las segundas dicen al patrimonio ó intereses materiales, cuyo tratadista las subdivide en esta forma:

1.º Obligaciones que resultan de negocios jurídicos ú *obligaciones de negocios*.

a) Obligaciones *unilaterales* procedentes de la voluntad de una de las partes.

b) Obligaciones *bilaterales*, que nacen de la voluntad concertada de dos partes ó *contratos*.

b-1) Contratos *unilaterales*, desiguales ó benéficos.

b-2) Contratos *bilaterales*, iguales, onerosos ó sinalagmáticos.

2.º Obligaciones que nacen de *delitos*.

3.º Obligaciones que nacen de *estados* ó *situaciones* que ninguna de las partes ha creado por su voluntad.

Según el Sr. Sánchez Román, las obligaciones son producto de la ley ó de la voluntad individual; las primeras constituyen el resultado, parte y contenido de un orden general de derecho preestablecido, más permanente y de menor limitación en su alcance, y nunca de fines tan singulares como las que tienen por origen la voluntad ó son consecuencia de un orden general, también de protección y garantía del derecho general anterior, como el penal, por mas que necesite iniciativas particulares que determinen su aplicación. Estas últimas son las que el art. 76 del Código suizo llama obligaciones que se fundan en los principios del Derecho público. Las obligaciones llamadas legales en su amplio sentido, nacen, según el Sr. Dato, de la convivencia de los hombres y se hallan impuestas por la sociabilidad humana, representando los vínculos de recíproco auxilio ó de servidumbre mútua que ligan entre sí á los asociados para la satisfacción de las respectivas necesidades, que no podrían ser satisfechas dentro de los límites de la actividad individual.

Añade el Sr. Sánchez Román que las obligaciones pueden clasificarse en legales, contractuales y penales, según que procedan de la ley, del contrato ó del delito. Las contractuales tienen por origen la voluntad, ó son consecuencia de omisión ó responsabilidad acce-



soria del contrato, derivada de causas adjuntas ó incidentales, como el dolo y la culpa, ó accidentales, como el caso fortuito.

El Código de Napoleón y los que han seguido su sistema determinan, como única causa de la obligación, la voluntad expresa ó el pacto. Nuestro Código se ajusta al italiano, y prescribe que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi-contratos y de los actos y omisiones ilícitos ó en los que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia.

Dice Giorgi que el Derecho es el fundamento principal y la fuente primaria ó mediata de las obligaciones. No puede menos de ser así, porque la obligación, llámese ligamen, vínculo ó nexa, constituye una exigencia jurídica y claro que en el Derecho se ha de apoyar. Esto no excluye, como añade aquel tratadista, que la mayor parte de las obligaciones nazcan de otras fuentes inmediatas, tales como el contrato, el cuasi-contrato, los delitos y los cuasi-delitos (esto último es de un sabor romanista muy pronunciado), pero que—añade—esos hechos son fuente de obligaciones, gracias al Derecho, «el cual comparte con ellos la fuerza necesaria, para producir las obligaciones». Añade que de las obligaciones derivadas de ciertos actos humanos comprendidos por algunos jurisconsultos antiguos en la fórmula genérica *VARLE CAUSARUM FIGURÆ*, no hablan los legisladores modernos, bastándoles con decir que nacen directamente de la Ley, que vale tanto como expresar que tienen su fuente en el Derecho. Dicho tratadista hace la afirmación de que el derecho consta de autoridad y de razón y que el ciudadano debe obedecer los preceptos del Poder legislativo sin razonar.

Con esta última parte—cuya dureza suaviza tan ilustre escritor diciendo que en la ley debe brillar la justicia y dirigirse al bien común—no estamos conformes, porque el derecho de razonar lo tiene todo ciudadano, pues constituye por sí una prerrogativa de su espíritu; sin ella no puede discernirse entre lo bueno y lo malo. Nada es mas opuesto al progreso que poner yugo á la razón. La honesta crítica de las leyes señalando sus defectos para su mejoramiento gradual, no las mancella; esto no está reñido con el deber de respetarlas.

También está tocado nuestro Código del civilismo romano de los primeros tiempos, puesto que no habla de obligaciones naturales. Los jurisconsultos de aquel pueblo les concedieron virtualidad y eficacia indirecta, atribuyéndoles, como dice Giorgi, ciertos efectos jurídicos, merced á los cuales, el acreedor tenía la *SOLUTI RETEN-*



TIO para oponerse á la acción del deudor que, después de haber pagado voluntariamente, pedía la devolución de lo que había satisfecho. Esto fué incluido en la ley 5.<sup>a</sup>, tít. 12 de la Part. 3.<sup>a</sup>, que no autorizaba el reintegro de lo pagado por obligación personal, la *CONDITIO INDEBITI*. Además, las obligaciones naturales eran objeto de compensación, de fianza, de prenda, de hipoteca y de novación, que surtían sus efectos, aún cuando aquélla no las produjese; pero no daba acción para compeler á su cumplimiento.

El Legislador, al no registrar las obligaciones naturales, se ha separado de las tradiciones romana y alfonsina y del Código francés, pero, sin embargo, de ellas indirectamente trata en los arts. 32, 62, 1.156, 1.304, 1.798 y 1.799.

Obligación civil, según el Derecho romano, es la que, si bien se funda en el rigor del Derecho, carece de efectos por ser contraria á la equidad; y obligación mixta es la que, siendo conforme á equidad, se halla autorizada por la ley y produce, por ministerio de ésta, una acción eficaz para exigir su cumplimiento. (Ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE PEC. CONST.; Inst. § 1.<sup>o</sup> DE EXCEPT.)

No puede ser mas científica esta clasificación de las obligaciones por su naturaleza, que nos hemos creído en el deber de presentar, puesto que en Cataluña rige el Derecho romano. Para no insertar la legislación de aquel Principado en esta materia de obligaciones, lo haremos, á medida que vayamos examinando los textos del Código civil, estableciendo una relación entre aquélla y éste, tanto mas cuanto que apenas si entre ambos existe variante de bulto.

Según sea la fuente inmediata de las obligaciones, así será el carácter y eficacia de las mismas. Las derivadas de la ley (¿porqué no de la costumbre, si una y otra son manifestaciones de la voluntad social?) no se presumen, y es claro, porque semejante norma lleva consigo el mandato y cuando éste no se da de modo expreso, el hombre no falta en sus acciones y omisiones; otra cosa sería compelerle á hacer ó no hacer lo que la ley no determina. Solo son exigibles las obligaciones legales determinadas en el Código civil y en las leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiese establecido, y en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del libro 1.<sup>o</sup>.

Según la Instit. § 2 DE OBLIGAT., la obligación personal se constituye por medio de convenio ó contrato entre las partes, ó sin él, en virtud de hechos productores de ella. ¿Quiere esto decir que en Roma no se conocieron las obligaciones cuya fuente es la ley? De



ningún modo, pues aquel Derecho registra instituciones, entre éstas la cuasi familiar, donde aquéllas se regulaban, como lo demuestra el que los cargos de tutor y curador eran obligatorios.

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (art. 1.091 del Código). Así también lo dispuso la ley 24 Dig. DE REG. JUR., según la que, los convenios legalmente formados tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, sin perjuicio de tercero, si los que se obligan tienen capacidad para ello, son lícitos los objetos sobre que recaen, constan los límites y extensión de las obligaciones y tienen los requisitos especiales que para determinados contratos establece la ley. Esos convenios deben ser cumplidos de buena fe (ley 4.<sup>a</sup> Cod. DE OBLIGAT. ETACT.).

El art. 1.091 del Código rige en Cataluña (Sent. 8 Enero de 1892) y se entiende subordinado á lo dispuesto en el 1.255 del mismo, que no permite establecer pactos contrarios á las leyes, á la moral, ni al orden público (Sent. 2 Diciembre 1902).

Parangonando el Derecho romano con el Código, no vemos, según los textos citados, que exista entre ellos diferencia alguna; pero no estará de más decir que en Roma las obligaciones civiles daban origen á los contratos y á los pactos sancionados por el Derecho civil, los primeros, clasificados en nominados é innominados, y los nominados, en consensuales, reales, verbales y literales, en tanto que los segundos, esto es, los pactos con sanción en el Derecho civil, clasificábanse en añadidos, pretorios y legítimos. Las obligaciones naturales provenían de las demás convenciones y se denominaban pactos nudos que no producían acción, sino tan solo excepción.

Esta gama de obligaciones, esta distinción de pactos nudos y no nudos sin fuerza ó con fuerza de obligar, desapareció del Derecho castellano y antes del catalán, merced á la influencia de la Legislación canónica, que consignó que los pactos debían cumplirse: *PACTA ETIAM QUE NUDA SUNT SERVANDA*, principio de libertad de contratación, proclamado después en la ley única del tít. XVI del Ordenamiento de Alcalá.

En el art. 1.091 del Código civil se aplicó en Sent. de 13 de Febrero de 1904, declarativa de que lo convenido en un contrato es ley para las partes, pero no para quien no intervino en la convención, ni trae causa de ella. El Código consagra y respeta esa soberanía contractual, prescrita en la ley 2.<sup>a</sup> Dig. DE OB. ET



ACT.; ley 31 Dig. DE OEDIL. EDIT., y ley 11 Dig. DE ACT. EMP. ET VEND., de que los convenios no solo obligan á lo que expresamente se haya contratado, sino también á todas las consecuencias que la equidad, el uso y la ley dan á la obligación según su naturaleza, y por si no fuera esto bastante, añadió la ley 55 Dig. DE REG. JUR. que solo pueden ser revocados los convenios por el mutuo consentimiento de las partes ó por los motivos particulares que autorice la ley. Esta última disposición refleja dos fecundas ideas: una, la de respeto y virtualidad de esa soberanía del pacto, derivada del STATUS INDIVIDUI, como manera que tiene el hombre de regirse en sociedad y establecer vínculos de derecho á que la satisfacción de sus necesidades le obliga, y otra, la de la soberanía de la ley, como suprema y obligatoria norma, á que los hombres deben ajustar sus acciones para obrar el bien y no hacer el mal.

Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos ó faltas se regirán por las disposiciones del Código penal (art. 1.092 del Código, que se relaciona con los arts. 18 y siguientes y 121 á 128 del Código penal y 100 al 107 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

Este precepto, por su naturaleza, es obligatorio en todas las regiones, pues el Código punitivo á todas alcanza. El Legislador se ha separado de la clásica nomenclatura de delitos y cuasi delitos. Los hechos punibles, tanto de acción como de omisión, constituyen delitos y faltas, comprendiéndose en este grupo, las imprudencias. De esos hechos ú omisiones derivanse acciones penales y civiles ejercitables de oficio ó á instancia de parte.

Es potestativo en el perjudicado deducir la acción civil juntamente con la penal, para, por la primera de éstas, obtener la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho justiciable, bien entendido que, ejercitada la penal, se entiende utilizada también la civil, á no ser que aquél la renunciare ó se la reservara expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si á ello hubiere lugar. Ejercitándose solo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, por ejemplo, la injuria, se considera extinguida, desde luego, la acción penal.

Decimos esto, tomándolo de la ley de Enjuiciamiento criminal, con dos objetos: uno, para demostrar esa relación entre los códigos, civil, penal y de enjuiciamiento criminal, y otro para sentar el supuesto de que no es preciso exigir en procedimiento criminal el cumplimiento de las obligaciones civiles nacidas de delitos ó de



faltas; claro está que si el perjudicado las utiliza en esa vía ó no se las reserva expresamente al deducir la acción penal, tiene que estar y pasar por las consecuencias del proceso, para que no quepa el NON BIS IN IDEM, doctrina establecida en Sent. de 26 de Marzo de 1909. El perjudicado por un delito no tiene obligación de deducir la acción civil que le compete en el procedimiento criminal; puede prescindir de éste y promover el pleito correspondiente. Es de citar la Sent. de 19 de Febrero de 1902 declarativa de que lo dispuesto en el art. 1.092 es para el caso de que los Tribunales de lo criminal hagan declaraciones dentro de los límites de su competencia, así como la de 28 de Noviembre de 1908, de que no existiendo acto ú omisión en que interviniera culpa ó negligencia no penada por la ley, caso único en el cual serían aplicables los arts. 1.093 y 1.092, y no pudiendo, por tanto, prosperar la acción deducida en la demanda, fundada en tales circunstancias, cae por su base el recurso, y es ineficaz para la casación, aún no procediendo la excepción de cosa juzgada, por no tratarse de obligación proveniente de delito ó falta.

Las obligaciones que se deriven de actos ú omisiones (los no constitutivos de delitos ó faltas) en que intervenga culpa ó negligencia no penadas por la Ley, quedarán sometidas á las disposiciones del cap. 2.º, tít. 6.º del lib. 4.º del Código.

### De la naturaleza y efectos de las obligaciones

Se establece la obligación para algo; no así los hombres se ligan; ese algo ó contenido de aquélla es la cosa, el servicio ó la abstención. Por esto se dice que las obligaciones se clasifican en positivas ó negativas, subdivididas las primeras en de dar y de hacer y las segundas en de no dar y de no hacer.

En rigor, todas las obligaciones entrañan un servicio que es su objeto, y como dice el Sr. Dato, (Prólogo á la «Teoría de las obligaciones» de Giorgi) un «movimiento psicológico, un acto jurídico de la voluntad del deudor, pudiendo decirse que el derecho del acreedor se refiere siempre á la voluntad del obligado; pero la mecánica propia de las obligaciones, el modo como esa actividad debe obrar, la dirección que la acción del acreedor debe seguir para obtener su efectividad y realización, y los recursos con que la ley debe garantizar el cumplimiento coactivo de la obligación, cambian según el acreedor esté obligado á dar, á hacer ó á no hacer alguna cosa».



El supuesto cardinal en la clasificación de las obligaciones es, como dice el Sr. Comas, el de dividir las en de dar, de hacer y de no hacer, porque constituye el objeto de las mismas, expresado con la palabra «prestación», y de «abstención» agregamos nosotros para diferenciar las positivas de las negativas, aunque todas ellas implican la idea de servicio por parte del deudor y de utilidad por parte del acreedor.

Acerca de la obligación de dar, prescribe el Código (arts. 1.094, 1.095 y 1.096) que el obligado á dar alguna cosa lo está también á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, prescripción que vemos también en la ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE OBLIG. ET ACT., añadiendo la 23 Dig. DE REG. JUR. que dice que la responsabilidad del deudor es mayor ó menor según la naturaleza del contrato; si éste es en utilidad del acreedor, bastará que se tenga en la cosa el cuidado que cualquiera tiene en las propias (leyes 5.<sup>a</sup>, 10 y 18 Digesto DE CONMOD.; 31 Dig. DE LOCAT. y DE PRES. VERB.; si el contrato es en utilidad de ambas partes contratantes, el que de éstas tiene que entregar la cosa debe poner en ella el cuidado y vigilancia que suele tener en las suyas (ley 18 IN FIN Dig. DE CONMOD.); y si fuere solo en utilidad del que ha de entregar la cosa, deberá cuidarla con el esmero propio del más diligente padre de familia (ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE OBLIGAT. ET ACT.).

El Código no hace esas distinciones; impone al deudor dos obligaciones; una, entregar la cosa; otra, conservarla con la diligencia de un buen padre de familia.

Dice Chironi que la tendencia del Derecho moderno es reconocer grados en la culpa. Sin embargo de esto, lo positivo en las legislaciones es mantener la culpa contractual en los límites de la leve, la que debe prestar un diligente padre de familia, como prescribe el Código.

Si la obligación de dar recae en cosa específica ó determinada, comprende la de entregar, además, todos sus accesorios, aún cuando no hayan sido mencionados (art. 1.097); no recayendo en cosa determinada no cabe esa entrega de lo accesorio, puesto que se desconoce cual es la principal.

La obligación de entregar una cosa se perfecciona con el solo consentimiento (ley 6.<sup>a</sup> Dig. DE PACT.; ley 35 Cód. DE DONAT., y ley 6.<sup>a</sup> Cód. DE DOT. PROM.); de manera que hay derecho á exigirla; pero no se tiene derecho en ella; su dominio y riesgo es del que la recibe, desde el momento en que ha sido entregada (ley 14 Dig. DE



PER. ET COM.) Y como no se tiene dominio, faltando la entrega, el arrendador carece de derecho para ejercitar las acciones petitorias y posesorias contra tercero.

La segunda parte del art. 1.095 del Código se halla embebida en esa doctrina romanista, cuando prescribe que el acreedor no adquirirá derecho real sobre la cosa, hasta que le haya sido entregada, precisamente lo contrario de lo dispuesto en los Códigos francés, belga, italiano, el de Venezuela y otros que, rindiendo homenaje al criterio espiritualista, consideran bastante la fuerza creadora de la voluntad, á modo de cuasi tradición, para que, por la sola virtud del contrato, adquiera el acreedor la cosa que debe darle el deudor.

Pero ya que el primero de éstos no tiene, según el Código, derecho real en la cosa mientras no se le entregue, le corresponden los frutos de la misma, tanto determinada como indeterminada, desde que nace la obligación de entregarla. Esto, en parte lo vemos también establecido en la ley 17, Dig. DE REI VINDIC.; ley 5.<sup>a</sup> Cód. IBIDEM.; leyes 34 y 92 Dig. DE USUR., y ley 13 Cód. íd. prescriptivas de que desde el día en que el deudor se halla en mora debe los frutos é intereses de la cosa, cuya entrega ha retardado.

Comparando los textos del Derecho romano con el del Código, resulta que, según aquéllos, la facultad de percibir los frutos surge cuando el deudor se constituye en mora, en tanto que, conforme éste, ese derecho se tiene desde que nace la obligación de entregar la cosa, y aún el abono de frutos, intereses y perjuicios por causa de incumplimiento de la obligación no existe según la ley 62 Digesto DE OEDIL, ley 2.<sup>a</sup> Cod. DE EVICT., si esta última dimana de causa no lucrativa; excepción no incluida en el Código, pues, según ordena, cualquiera que sea la obligación contraída, por el hecho de su nacimiento, adquiere el acreedor un derecho á los frutos de la cosa debida.

Esto se funda en que la obligación entraña un fondo de utilidad, y que se tiene lo mismo en la cosa que en sus producciones: Distinguir entre aquélla y éstas, estableciendo respecto á su adquisición reglas distintas, equivaldría á dividir lo que no es divisible por naturaleza: el servicio de la cosa misma.

Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor tiene dos derechos: exigir la entrega y pedir la indemnización de daños y perjuicios causados por dolo, negligencia ó morosidad, y por los que se causen con la contravención de las obligaciones. Si la cosa fuese indeterminada ó genérica, el acreedor sólo



puede pedir que se cumpla la obligación á expensas del deudor, acudiendo para ello á los Tribunales. Si el obligado se constituyere en mora, ya sea genérica ó específica la obligación de dar, ó estuviere comprometido á entregar una misma cosa á dos personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos, desde que se realice la entrega (art. 1.096 del Código).

Mantienen alguna relación con el precepto anterior los siguientes textos del Derecho romano: 1.º La ley 5.ª Dig. DE CONMOD.; 25 Dig. DE REG. JUR. 1.ª Dig. DE POSIT., y 27 Dig. DE PACT., prescriptivas de que los deterioros causados por dolo del que tiene obligación de entregar la cosa, se prestan en todos los contratos, sin que sea válido el pacto que se hiciere en contrario, prohibición muy lógica, puesto que todo *enartamiento* es inmoral. 2.º Las leyes 23 Dig. DE REG. JUR. y 1.ª Cód. DE CONMOD. dispositivas de que los casos fortuitos no producen responsabilidad, á menos que se haya expresamente pactado; pero el Código no toma esta exención como el Derecho romano, sino que, á base del principio sentado en el artículo 1.095 de que el acreedor no tiene derecho real en la cosa mientras no le haya sido entregada, concluye disponiendo que son de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega, no siempre, sino cuando haya incurrido en mora ó se hubiese comprometido á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas; lo primero, porque le es achacable el incumplimiento de la obligación y no debe aprovecharse de su propia falta, y lo segundo, porque el hecho de obligarse á entregar una misma cosa á diversas personas, arguye mala fe de su parte, porque, ya obligado, no debió contraer segundo vínculo. Pero cuando esa simultaneidad de nexos no existe, el deudor está exento de reparar el daño y el perjuicio provinientes de los casos fortuitos. Y 3.º Las leyes 91 Dig. DE VERB. OBLIG. y 72 Dig. DE SOLUT., prescriptivas de que cualquiera que sea la responsabilidad exigible al deudor según la naturaleza del contrato, queda limitada á los deterioros provinientes de dolo, en el caso de que el acreedor rehusare recibirla.

Según Sent. de 12 de Diciembre de 1906, en la obligación de devolver la fianza sin haberlo efectuado, nace la mora desde la interposición judicial.

En orden á la obligación de hacer, si el deudor no la cumpliera se mandará ejecutar á su costa; esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho (art. 1.098).



Acudiendo al Derecho romano, nos encontramos, como reglas de esta clase de obligaciones de hacer y de no hacer, los siguientes textos: 1.º Las leyes 72 y 112 Dig. DE VERB. OBLIG. y ley 24 Digesto DE COND. ET DEM., dispositivas de que toda obligación de hacer ó de no hacer queda reducida, en caso de incumplimiento, á la de prestar el obligado todos los daños y perjuicios que por esta razón sufra el acreedor, á menos que aquél provenga de culpa de este último ó de caso fortuito. 2.º La ley 14 Dig. DE VERB. OBLIG., preceptiva de que cuando la obligación es de hacer no puede entablarse la reclamación de daños y perjuicios, hasta después de pasado el tiempo en que debió y pudo cumplirse lo prometido. 3.º La ley 24 Dig. íd. ordenatoria de que aunque haya pasado el tiempo en que debió y pudo concluirse el hecho estipulado, se librará al deudor de toda responsabilidad, verificándolo antes de la contestación de la demanda judicial sobre daños y perjuicios; reclamación que, según dispone la ley 4.ª Dig. íd., puede hacerse tratándose de obligaciones de no hacer, desde el día en que se obró contra lo prometido.

Parangonando el Derecho romano y el Código, vemos que no concuerdan sus disposiciones; aquél no prescribe que en las obligaciones de hacer pueda mandarse la ejecución del hecho á costa del deudor, y el Código lo ordena. Si el Estado no tiene medios de compeler al deudor á que ejecute lo que se halla obligado á practicar; si el acreedor no puede administrarse la justicia, coaccionando al deudor á que verifique aquello á que se obligó, y si en algunos casos no satisface al derecho la indemnización de daños y perjuicios, única responsabilidad impuesta por la Legislación romana, tenía que buscarse una fórmula adecuada para que la obligación de hacer se cumpliera, y no podía ser otra que la de ejecución del hecho ó servicio á costa del deudor.

En la de naturaleza negativa no dice el Código que deberá decretarse que se deshaga lo mal hecho, sino que «podrá decretarse»; esto constituye una facultad de los Tribunales, apreciando el valor jurídico de los intereses creados á la sombra de un hecho indebidamente realizado, pues las consecuencias de éste pudieran alcanzar á quienes, ignorantes de tal obligación, hubiesen fundado de buena fe un derecho, y no es cosa de que se les perjudique por actos ajenos á su voluntad; pero tanto en el incumplimiento de la obligación de hacer, como en la contravención á la de no hacer y á fin de que el agravio sea satisfecho, se faculta al acreedor para pedir la indemnización de daños y perjuicios, no en el supuesto de que haya mediado dolo por



parte del deudor, como disponía la ley 5, tít. 6.º de la Part. 5.ª, sino por el hecho de que tales obligaciones no se hayan cumplido. Claro que se entiende esto en el caso de que por parte del acreedor no hubiere mediado culpa, ó que el incumplimiento se deba á caso fortuito, no habiendo mora en el obligado.

### De la mora

Prescribe el art. 1.100 del Código que incurren en mora los obligados á entregar ó á hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial ó extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. La ley 24 Dig. DE VERB. OBLIG. determina, como momento desde el cual hay derecho á exigir la indemnización de daños y perjuicios en las obligaciones de hacer, el trámite de contestación de la demanda judicial y en las obligaciones de no hacer, desde el día en que se ha obrado contra lo prometido.

El Código se separa, un tanto, de estas reglas, estableciendo, como principio general, que la mora de los obligados surge desde que el acreedor les exija judicial ó extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación de dar ó de hacer; de manera que no se requiere precisamente, ni la interpelación judicial, ni que se conteste á la demanda, pues la reclamación extrajudicial produce efectos de nacimiento de mora.

Aún esa intimación, tanto judicial como extrajudicial por parte del acreedor para acojerse á los beneficios de la mora, no es necesaria: 1.º Cuando la obligación ó la ley lo declaran así expresamente (porque existe la notificación, de derecho en el primer caso y de hecho en el segundo, á ese deudor, el cual no puede alegar ignorancia); y 2.º Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa ó hacerse el servicio fué motivo determinante para establecer aquélla.

El Código no distingue, respecto al momento en que empieza la mora, entre obligaciones con plazo y sin él, como lo hizo la ley de Partidas, prescribiendo que, respecto de las primeras no se exigía el requerimiento, comenzando los efectos de esta situación anormal desde que aquél se cumplía, cuya prescripción, no recogida por el Legislador, se inspiraba en el aforismo romano *DIES INTERPELLAT PRO HOMINE*.



Si el motivo determinante para establecer la obligación según su naturaleza y circunstancias, (que son de apreciación en cada caso concreto) fué la designación de la época (y esto debe resultar de la misma y no inferirlo) para hacer la entrega ó prestarse el servicio, llegada esa época, surge la mora, como por ejemplo, si se trata de la venta de frutos, hay que atender al tiempo en que se recolectan y no antes ni después de éste.

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Se explica esta última parte del art. 1.100, porque la mora supone la idea de retraso en el cumplimiento de las obligaciones; las de carácter recíproco se casan; palpita en ellas una condición resolutoria tácita; en tanto se obliga uno en cuanto el otro es un obligado para con él, y la dilación en el cumplimiento de las obligaciones de una parte, queda neutralizada con esa misma dilación del otro obligado; esto constituye la *COMPENSATIO MORA*, esto es, aquella en que incurren los que entre sí tienen, dentro de un mismo nexo jurídico, las condiciones de deudor y acreedor.

Para terminar este punto, réstanos decir que la mora ó demora del deudor, constituida por el retardo injustificado en el cumplimiento de una obligación, es lo que los prácticos decían: *DILATIO CULPA NON CARENS, DEBITI SOLVENDI, VEL CREDITI ACCIPIENDIS*, siendo de consignar que no constituye siempre la mera negligencia del deudor, pues, salvo las citadas excepciones, requiere interpelación judicial ó extrajudicial, sin que en esta última haya necesidad de acudirse á la intervención de Notario: puede probarse por otros medios.

Los Sres. Sánchez Román y Clemente de Diego, siguiendo la doctrina romana, subdividen la mora en *SOLVENDI* y *ACCIPIENDI*; la primera, es la del deudor; en la segunda incurre el acreedor cuando se resiste, sin razón, á recibir la prestación económica. La primera se subdivide en *MORA SOLVENDI EX RE* y *MORA SOLVENDI EX PERSONA*, constituida aquélla por la no entrega de la cosa, y la segunda por no haberse efectuado el hecho convenido.

En la mora, puesto que constituye una situación anormal y voluntaria, tiene que haber, además de retraso, culpabilidad en quien responde de ella; esto constituye el factor subjetivo, y como objetivo, requiérese la existencia de deuda y de crédito. Uniendo estos



dos factores surge un tercero, añadido por Giorgi: el de posibilidad de cumplimiento de la obligación.

Además de la *MORA EX CONTRACTU*, existe la llamada *EX LEGE* que se refiere al incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley.

Quedan sujetos á la indemnización de daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia ó morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.

El derecho de indemnización no constituye una sanción penal; su existencia real y positiva debe probarse. (Sent. 19 Febrero de 1904). Siendo una justa y necesaria garantía de las obligaciones, para cuya efectividad se exigen (Sent. 26 Junio de 1903) requiere estas circunstancias: que haya una obligación constituida; que el obligado deje de cumplirla, y que por la falta de cumplimiento se irroguen aquéllos, perjuicios que han de ser imputables al obligado, porque, aún existiendo el daño y justificada su existencia, no procede su indemnización si obedece á causas extrañas á la persona y conducta del deudor. (Sent. de 15 Diciembre de 1904). De manera que si los perjuicios ocasionados al acreedor son producto de causas fortuitas y extraordinarias, el deudor no viene obligado á indemnizarlos (Sent. 28 de Junio 1903).

El requisito de la existencia de perjuicios por incumplimiento de obligación, como supuesto real de la indemnización, fué también exigido en Sent. de 6 de Octubre de 1908. La lesión mayor ó menor que uno pueda sufrir por haber contratado más ó menos conscientemente no puede confundirse con el dolo. Este es exigible en toda clase de obligaciones. Es nula la renuncia de acción para hacerlo efectivo.

El dolo á que se refiere el art. 1.102 del Código, no es el que vicia desde su origen al contrato, sino el que tiende á eludir el cumplimiento de las obligaciones (Sent. 22 Octubre de 1894), sin que el de cálculo en que haya incurrido un contratista con el Estado, tenga tal carácter, ni el de lesión que permita anular el contrato (Sentencia 8 Abril de 1901). La renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, es la anterior á éste y á su conocimiento por el perjudicado, por ser inmoral, pero no la posterior, toda vez que la indemnización es renunciable por persona capaz para hacerla. El dolo no se presume, porque la ley supone que los hombres proceden bien en sus actos.



El precepto del Código que hemos estudiado tiene sus precedentes en el Digesto, DE PACTIS ILLUD NULLA PACTIONI EFFICI POTEST NEDORUS PRAES TETUR.

El art. 1.101 del Código rige en Cataluña (Sent. 12 Abril 1897).

### De la culpa ó negligencia

La responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de obligaciones, pero podrá moderarse por los tribunales según los casos.

El art. 1.103 toma por sinónimas las palabras culpa y negligencia, siendo así que la primera es una expresión genérica que comprende las acciones y las omisiones imputables al obligado, en tanto que la segunda solo se refiere á la omisión.

Defínese la culpa ó negligencia diciendo que es toda acción u omisión plenamente voluntaria (porque habiendo inconciencia ó caso fortuito no cabe semejante imputabilidad), por la cual resulta incumplida una obligación, sin que la persona responsable de ella tuviese propósito de perjudicar (si lo tenía, ya es el dolo) no obstante lo cual ha producido consecuencias dañosas ó lesivas para el derecho de otro que la misma había de producir. La verdadera culpa, que es la de acción, se llama culpa IN FACIENDO; la de omisión, IN NON FACIENDO: tan responsable es el que obra contra derecho ó sin derecho, como el negligente, el que no hace lo que por derecho es debido.

Son elementos de la culpa según el Sr. Sánchez Román: 1.º Un estado de derecho ú orden jurídico anterior á ella; 2.º Una acción ú omisión voluntarias, pero no intencionadas para causar el perjuicio ó daño que sobrevenga, y 3.º Un perjuicio, daño ó agravio positivos, contrarios á aquel estado de derecho anterior.

La culpa se divide en contractual y extracontractual según que el derecho violado surja de un contrato ó de un orden jurídico civil ó penal.

Debe distinguirse entre graduabilidad, graduación y prestación de la culpa; lo primero es la aptitud de la misma como entidad jurídica para ser establecida en diferente grado determinando responsabilidades; lo segundo es el resultado de la graduabilidad, y lo tercero representa la nueva obligación producida en cada caso por la culpa.



En el Derecho romano aparecieron tres teorías relativas á la culpa. La primera ó clásica, expuesta por Heinecio, distinguió entre culpa lata, leve y levísima, que representando responsabilidades en un orden contrario al que tales palabras indican, se contraponían. Incurrían en la primera, los que no prestaban la diligencia que solían poner en sus negocios los hombres poco cuidadosos y se equiparaba al dolo; en la segunda, los regularmente diligentes, y en la tercera, los diligentísimos.

Signieron los romanos un criterio apriorístico en orden á la prestación de la culpa, fundándolo en la utilidad que el contrato pudiera reportar al deudor, y al efecto dijeron que en los contratos celebrados en beneficio del acreedor, como el depósito, el deudor respondía de la culpa lata; en aquellos que se contraían en interés recíproco de los otorgantes, como por ejemplo la compraventa, se prestaba la culpa leve, y en los que resultaba solo favorecido el deudor, como el préstamo, éste respondía de la culpa levísima. Frente á esta teoría apareció otra, sacada de la ley 28, tít. 3.º, lib. 2 del Digesto, que redujo á dos los grados de la culpa contractual, y negó la levísima, subdividiendo la leve en *IN ABSTRACTO* ú ordinaria, cualquiera que fuere el padre de familia regularmente diligente, y la *in-concreto* que se refería á la omisión del cuidado que solía poner la persona de que se tratara; ésta se asimilaba á la culpa lata.

Esa doctrina moderna que no admitía la culpa levísima, reconoció una excepción: la de la ley Aquilia que introdujo la culpa llamada aquiliana, que existía cuando se había causado un daño importante (*IN LEGE AQUILIA ET LEVÍSIMA CULPA VOLET*) La tercera teoría distinguió tres grados de responsabilidad derivada de omisión de cuidado, representada por las ideas de culpa, negligencia (tratándose de contratos cuyo objeto produce frutos) y custodia, si las cosas se ponen en guarda especial para su conservación á virtud de contrato.

La Teoría de Ulrico Tassio, seguida más tarde por Bigot-Préa-menon, que pudiera calificarse de simplicista, sigue la tendencia diametralmente opuesta á la romana; mira la culpa en su totalidad suprema de *hecho inconsiderado*, (expresión genérica, dentro de la que se comprenden la imprudencia, la irreflexión y el descuido).

Hay otra doctrina que, negando la conveniencia y hasta la posibilidad de establecer, con aquel criterio, reglas generales acerca de la medida y prestación de la culpa, somete en cada caso concreto su determinación al criterio judicial. Las legislaciones se mantienen, tratándose de culpa contractual, en los límites de la culpa leve,



constituída por la falta de diligencia que suele poner en sus cosas un buen padre de familia, y según que esa diligencia sea mayor ó menor, hay culpa lata ó levísima.

Examinando el art. 1.104 resulta: que la culpa ó negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Esto significa que el Legislador ve en la culpa una entidad jurídica cuyo contenido es la obligación que afecta á las personas y se desenvuelve en las condiciones de lugar y tiempo, y según sea la naturaleza de aquélla y las circunstancias de éstos, así será mayor ó menor la culpa ó negligencia; de esto se infiere que la ley combina, para la exigibilidad de la culpa, dos criterios, uno A PRIORI, que dice á la naturaleza de la obligación, puesto que tiene su marco en el Código, y otro á POSTERIORI, constituido por la apreciación, en cada caso, de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El Código acepta implícitamente la posibilidad de grados en la culpa, sin determinar cuáles sean; confía su apreciación á los Tribunales, á quienes inviste de facultad moderadora, según los casos (art. 1.103), cosa que no hace tratándose del dolo; refiérese á la culpa incidental en el cumplimiento de una obligación, y de aquí que debe apreciarse en concreto; toma por medida para la graduación, la diligencia de un buen padre de familia en el caso de que la obligación no exprese cuál debe ser aquélla, y en suma, manteniéndose en los límites de la culpa leve, ni sigue las tres teorías del Derecho romano, ni la simplicista de que hemos hablado, ni, por último, entrega en absoluto la graduabilidad de la culpa al criterio judicial, bastando con facultar á los Tribunales para moderar, en cada caso, la responsabilidad procedente de ella, juzgada como entidad jurídica, con sus propios elementos y desenvuelta en las condiciones de lugar y tiempo.

### Caso fortuito

Entraña la idea de algo excepcional, y puesto que por él queda incumplida la obligación, al deudor incumbe probarlo, puesto que se aprovecha de sus efectos. La ley 11, tít. 33 Part. 7.<sup>a</sup> lo definió diciendo, que es «ocasión que acaesce por ventura de que non se puede antever». El Código alfoncino, que siguió dando forma expli-



cativa á ese concepto, estableció como ideas fundamentales del caso fortuito la eventualidad y lo imprevisto.

El Sr. Sánchez Román lo define: Todo acontecimiento independiente de la voluntad humana que no ha podido preverse ó que previsto no ha podido evitarse. Baldo ya consideró el caso fortuito como un accidente (la *aventura* de que habla la ley de Partidas) que no puede evitarse ni por la custodia, ni por el cuidado, ni por la diligencia de la mente humana; pero no añadió que debía ser independiente de la voluntad, porque si se produce por la voluntad del obligado ó por culpa del mismo, ya no existe el caso fortuito, y si es por voluntad extraña, sí que merece tal concepto, tomando el nombre de fuerza mayor. Esto explica porqué los antiguos tratadistas presentan el caso fortuito revistiendo una de esas tres formas: VIS DIVINA, VIS NATURALIS y VIS MAIOR.

Giorgi dice que es un acontecimiento no dependiente del hecho del deudor, no preveible ó, á lo menos, inevitable, por efecto del cual aquél se encuentra en la imposibilidad de cumplir total ó exactamente la obligación. Este tratadista comprende en ese concepto cuantas formas presenta el caso fortuito, y es precisamente lo dispuesto en el art. 1.105 del Código, que señala al caso fortuito estas dos formas: que pueda preverse el acontecimiento ó que, previsto, sea inevitable.

No se ha ocultado al Legislador que el caso fortuito puede revestir la forma de fuerza mayor, pues emplea esta palabra, como sinónima de aquél, en el art. 1.625, como tampoco ignora su clasificación en ordinario y extraordinario (el art. 1.575), considerando comprendido en el de esta última clase el que proviene de incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto, ú otro igualmente desacostumbrado. El Legislador sigue como criterio en esta distinción, no la naturaleza del hecho, sino la frecuencia del mismo para considerarlo como caso ordinario ó extraordinario.

Habiendo previsión ó mediando negligencia por parte del obligado no cabe el caso fortuito (véanse para esto las sentencias de 22 de Noviembre de 1904 y 12 de Junio de 1909). La máxima CASUS NEMO PRESTAT ni podía tomarse en absoluto en el Derecho romano ni la admite así el Código civil. Aquél, en la ley 23 Dig. DE REG. JUR. y en la 1.<sup>a</sup> Cód. DE CONMOD., dispone que los casos fortuitos no producen responsabilidad, á menos que se haya expresamente pactado, y el art. 1.105 de dicho cuerpo legal prescribe que, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo



declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos, etc. De manera que, en Roma, por ordenamiento de la voluntad concordada, y por ésta ó por disposición escrita del Poder público, según el llamado Derecho castellano, cabe la prestación del caso fortuito; pero ¿es aplicable el art. 1.105 del Código á los territorios aforados? En sentido general creemos que sí, porque aun cuando el texto romano solo señala como excepción el pacto y omite la ley, el Código ha hecho extensivas á aquellos las disposiciones del mismo, comprendidas en sus títulos preliminar y cuarto, en donde también son aplicables las referentes á la institución tutelar, por haberlo declarado así el Tribunal Supremo, amen de que el Código tiene en dichas comarcas su carácter de Legislación supletoria. De esto se colige que, directa é indirectamente, el citado artículo es en ellas aplicable, ora porque regula instituciones generales en España, ora porque bajo la palabra ley se comprende no unicamente la civil, sino la de otras clases, ora, por último, porque si no se opondría la de derecho privado al régimen jurídico excepcional, se ha de estar á la misma, por ese carácter de penetración preferente ó supletoria de ese cuerpo legal quedando de esta suerte integrado lo que llamaríamos el todo legislativo.

Son de citar las Sents. de 4 y 24 de Diciembre de 1906 que se refieren al cobro de talones del Banco de España, que este establecimiento satisfizo indebidamente por no haber tomado las precauciones exigidas, sin que cupiese por tanto la excepción de caso fortuito. Este supone imposibilidad en el cumplimiento de la obligación; de modo que no puede alegarse si ésta se puede cumplir.

### Resarcimiento de daños é indemnización de perjuicios

Comprende no solo el valor de la pérdida (el daño emergente) que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante), palabras estas que tienen su base en la doctrina de Paulo, expresada así: *NIQUI HABEST QUANTUMQUE LUCRARE POTUI*. Los romanos definieron el daño y el perjuicio *QUOD DIMINUIT PATRIMONIUM NOSTRUM*. Esta disminución, si proviene por haberse lastimado la cosa, se llama daño y si es por privación de la ganancia ó del lucro legítimo, perjuicio; tanto aquél como éste deben justificarse derechamente por los medios probatorios que la ley autoriza (Sent. 12 Febrero de 1896) y, de consiguientemente



te, la existencia de los mismos debe probarse en el pleito, aún cuando su fijación, en cantidad, se deje á la ejecución de sentencia, excepción hecha de la responsabilidad proviniente de cláusula penal, por tenerse que cumplir lo prescrito en el art. 1.152.

Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos ó que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

El art. 1.107 distingue entre deudor de buena fe y deudor que procede con dolo; al primero no le alcanzan otras responsabilidades por daños y perjuicios que las previstas al constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de falta de cumplimiento por parte del deudor. Como quiera que esa copulativa no se ha escrito caprichosamente, ambas circunstancias tienen que concurrir; de modo que cuando al constituirse la obligación se hayan previsto esos daños y perjuicios, al deudor de buena fe—si á éste no le son imputables por mora—no se le pueden exigir, y aún cuando se le exijan por su falta de cumplimiento, aquéllos han de ser *consecuencia necesaria* de ésta; de suerte que tiene que haber una relación estrecha de persona, de necesidad y de falta, por respeto á esa circunstancia de la buena fe, elemento ético no desatendido por el Legislador.

No así ocurre con el deudor que procede dolosamente, el cual responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, es decir, sean ó no consecuencia necesaria de semejante morosidad; tanto en un caso como en otro, aquéllos, por ser supuesto de morosidad, deben probarse, y expresarse en la sentencia cuál es la cuantía de los mismos, y en defecto, contener las bases para fijarla, y unicamente cuando ni lo uno, ni lo otro pueda tener lugar, es cuando puede dejarse tal determinación para el período de ejecución de aquélla (Sent. de 3 de Marzo de 1892), siendo de añadir que, según la de 22 de Abril del mismo año, el que exista un documento renunciando á una determinada indemnización de daños y perjuicios no se opone á la reclamación de otros posteriores ocasionados por la misma causa y que sean mayores.

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y de perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los



intereses convenidos y á falta de convenio en el interés legal; éste, según la ley 2 de Agosto de 1899, es el 5 por 100. Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto. (En los negocios comerciales se estará á lo que dispone el Código de comercio - arts. 316 y 317—y los Montes de piedad y Cajas de ahorros se regirán por sus reglamentos especiales). El recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto á los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto á éstos; el recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciere reservas, extinguirá la obligación en cuanto á los plazos anteriores.

Gran parte de lo antes escrito es de aplicación en los territorios aforados. Con efecto; la ley de 14 de Marzo de 1856, modificada por el Código y la de anulabilidad de los préstamos de 23 de Julio de 1908, son de carácter general. El Código no se opone en sus prescripciones á las leyes 32, Dig. DE USUR.; ley 114 Dig. DE VERB. OBLIG. y ley 12 Cód. DE CONTR. ET COM. STIPUL., prescriptivas de que el deudor se halla en mora cuando ha sido requerido por el acreedor para que efectúe la entrega ó, finido el término prefijado en el contrato, si así se convino.

El art. 1.109 del Código se halla en contradicción con las leyes 37 y 35 Dig. DE USUR.; éstas prescriben que solo pueden reclamarse los intereses desde el día de la contestación de la demanda judicial de la cantidad adeudada, en tanto que aquél dice que se devenga el interés legal desde que son judicialmente reclamados. El art. 8.º de la ley de 14 de Marzo de 1856, prescribió que el interés legal debe abonarse por el deudor legítimamente constituido en mora.

En nuestro sentir, las disposiciones del Código, ajustadas unas á la referida ley y otras modificativas de ésta que, por tener carácter general, derogó en la materia objeto de la misma el Derecho excepcional, son aplicables á los territorios aforados. La diferencia entre el Derecho romano y el Código, en orden á desde cuándo se devenga interés, si desde la contestación á la demanda ó desde la interpelación judicial, debe resolverse en este último sentido, porque es muy distinto el sistema de enjuiciar seguido en Roma y el existente en el día, aunque ambos descansan en las mismas bases, y puesto que tal punto dice relación, siquiera indirecta, con el procedimiento, y la ley reguladora de éste es obligatoria en toda España, creemos que los preceptos del Código tienen ese



carácter de generalidad obligatoria; pero para que la cantidad reclamada devengue interés legal es preciso que sea líquida. (Sent. 27 Febrero 1901, ajustada á la doctrina establecida por las de 24 de Abril de 1867 y 19 de Noviembre de 1869.) El art. 1.110 no es aplicable á los contratos anteriores al Código civil (Sent 1.º Marzo de 1899).

Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes á su persona, y pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. (Art. 1.111).

La primera parte de este precepto concede á los acreedores la llamada acción subrogatoria, que es pretoria.

En el patrimonio del deudor tienen los acreedores la garantía de sus derechos y, de consiguiente, contra esa universalidad de bienes deben dirigirse; pero puede ocurrir que el obligado tenga derechos y acciones que no sean de carácter personalísimo (*JURA PERSONIS IPSIS ANEXA*) y fuera injusto que, por no reclamarlos, se encontraran aquéllos sin cobrar.

El todo jurídico patrimonio, integrado por lo que á la persona corresponde, es el afecto al cumplimiento de la obligación; y los acreedores, al subrogarse en el lugar ó situación jurídica del deudor para con las personas ligadas con éste por ley ó contrato y por hechos ó por omisiones, no rebasan su acción, la ejercitan, dentro de lo que es de carácter patrimonial, sin que esto revista el inhumano aspecto de la *MANUS IN JECTIO*, como apoderamiento de la persona deudora por su acreedor, admitido en Roma como una de las acciones del primer sistema, ni el de la otra acción llamada *MISSIO IN BONA* implicadora de un juicio universal de quiebra en el que el Magistrado vendía (*BONORUM EMPTOR*) el patrimonio entero del deudor; ni, por último, tenga el carácter de la *BONORUM DITRACTIO*, introducida en tiempos de Diocleciano, que autorizaba al Magister la venta parcial de bienes.

La acción subrogatoria solo se dirige al ejercicio de derechos y acciones del deudor cuando éste no los haya utilizado, (con exclusión de los inherentes á su persona), no contra sus bienes, pues, teniéndolos, á ellos debe dirigirse la reclamación, siendo de citar la Sent. de 23 de Junio de 1903, de que nõ es forzoso para la debida aplicación del art. 1.111 que en juicio previo se acredite la falta



de bienes del deudor, pudiendo suministrarse la prueba de este requisito en el mismo que el acreedor promueva contra un tercero ejercitando la acción de aquél; y se explica, porque durante esa excusión pudiera prescribir la acción, ó resultar insolvente el demandado.

Pero ese artículo tiene una segunda parte, prescriptiva de que pueden también los acreedores impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. Estos actos son los que, fraudulentamente, se hayan hecho para que desaparezca el patrimonio del deudor con enajenaciones simuladas, alzamientos de bienes, etc. Sin perjuicio de la acción penal, si los hechos presentan caracteres de delito, compete á los acreedores la civil, siempre que no haya prescrito, para invalidar los actos, cualquiera que éstos sean, pues donde la ley no distingue, no debe distinguirse.

Mediante que los derechos adquiridos en virtud de una obligación, cualquiera que sea, constituyen, al igual que los bienes, el patrimonio del acreedor, llevan impreso el sello de su transmisibilidad, no arbitraria, si que con sujeción á las leyes, á menos que se hubiese pactado lo contrario, pues el pacto es norma á la que deben ajustarse los contratantes. Esa transmisibilidad, secuela del *JUS DISPONENDI*, no reza con los derechos personalísimos ó inherentes al individuo, ni con los derivados del orden familiar, producto de relaciones ético-jurídicas; ni cabe hacerla, como se ha dicho, en contravención á la ley, al orden público, ó en perjuicio de tercero (art. 4.º), como tampoco cabe que se la selle con el pacto prohibido de no enajenar, porque castra la facultad más importante del dominio.

## De las diversas especies de obligaciones

### De las obligaciones puras, condicionales y á plazo

Por razón de la perfección y caducidad jurídica, se clasifican en puras, condicionales y á plazo. Son puras aquellas cuya eficacia no resulta afectada por condición ni término; y puesto que su cumplimiento no depende de un suceso futuro é incierto ó de un suceso pasado que los interesados ignoran, son exigibles desde luego. Llámase condicional aquella cuyo cumplimiento depende de un hecho futuro é incierto; en ésta, la adquisición de los derechos, así como la



pérdida de los ya adquiridos, depende del acontecimiento que constituye la condición. Y llámase á término ó á plazo la que vive afectada por el señalamiento de una fecha; ésta puede tener carácter suspensivo, que toma el nombre de EX DIE, ó de término resolutorio, ó sea hasta cierto día. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución; de manera que las de este carácter se equiparan á las puras.

Son cosas muy distintas (y así se declaró en Sent. de 20 de Octubre de 1892) la exigibilidad de la obligación pura (esto también es aplicable, por esa paridad, á la condicional resolutoria) y el plazo prudencial que los Tribunales pueden dar al deudor para el cumplimiento de su obligación. Esta distinción aparece en las leyes 13 Digesto DE VERBORUM SIGNIF. tít. 17, 22 íd. DE JUD. y 13 Digesto DE RES JUDICAT, preceptivas de que esta clase de obligaciones surten efecto desde el día en que se contraen, sin embargo de lo cual, puede el Juez conceder al deudor un breve plazo para verificar el pago, distinción que no hizo la ley 2, tít. 1.º Part. 5.ª, tocada de gran rigorismo, que hubo de suavizar la jurisprudencia de los Tribunales, resultando por todo esto que el Código, sin hacer la distinción entre obligaciones que llevan aparejada ejecución y las que producen acción ordinaria (art. 62 del Código de comercio) se ha inspirado en los textos del Derecho romano. La expresión de «pagar cuando las circunstancias lo permitan» es redundante y la obligación que la contiene es pura (Sent. 29 Marzo de 1894).

Para que la obligación sea condicional requiérese que la adquisición de los derechos (condición suspensiva) ó la pérdida de los adquiridos (condición resolutoria) dependa de estas dos circunstancias conjuntas y concurrentes en el acontecimiento; que éste sea futuro é incierto; si hay certidumbre, la obligación no es condicional, sino á plazo.

La condición suspensiva afecta á la existencia de la obligación y al nacimiento de su correlativo derecho que estaba en situación potencial; el hecho, si no se realiza, la relación jurídica muere con su esterilidad. No así ocurre con la condición resolutoria; el derecho y la obligación, productos de aquella relación, gozan de vida hasta que el acontecimiento futuro é incierto sobreviene; aquél puede exigirse, sin perjuicio de los efectos de la resolución. Si ese acontecimiento no sobreviene, el derecho amenazado de caducidad se consolida, surtiendo todos los efectos, como si tal modalidad no se hu-



biera establecido, lo mismo que si fuese resultado de una obligación pura; pero, si sobreviene, queda decapitado el derecho.

En las condiciones, según se trate de las suspensivas ó de las resolutorias, se presentan estos tres periodos llamados *pendiente*, *existente* y *deficiente condición* con sus efectos que señalaremos.

Del sentir de Manresa, —al cual seguimos,—que hace depender el nacimiento y caducidad de la obligación, de la expresión de un hecho futuro é incierto, participan la Inst. § 4.º DE VERB. OBLIG. y las leyes 46, 99, 108 y 115 Dig. IBID., y que la condición no afecta á la obligación, sino al derecho, lo declara la Sent. de 12 de Marzo de 1903, que habla de nuda propiedad afectada por condición resolutoria; aquélla es un derecho, no una obligación; siendo de citar la de 20 de Marzo de 1896 de que las obligaciones recíprocas tienen firmeza, aunque dependan de una condición no cumplida por el deudor, si el acreedor la da por cumplida ó le releva de ella.

Clasificanse las condiciones en potestativas, casuales y mixtas. Potestativa es aquella cuyo cumplimiento depende de la voluntad de la persona interesada en la obligación; si el cumplimiento depende de la voluntad del deudor, la obligación será nula, pues ésta se establece para que se cumpla, no para que se eluda. Si dependiere de la suerte ó de la voluntad de un tercero, esto es, del que no tenga ni la condición de deudor ni la de acreedor, como tampoco la de subrogado en los derechos y acciones de éstos, la obligación surtirá todos sus efectos. La que depende de la suerte se llama casual, y la que participa su cumplimiento, en parte de la voluntad del deudor, de la voluntad de un tercero y de causas que son ajenas, llámase mixta, que es, como decían las Partidas, una mezcla de potestativa y de casual. El Código no habla de estas últimas, pero su licitud la autoriza implícitamente el art. 1.515, al disponer que es nula la obligación condicional dependiente de la exclusiva voluntad del deudor, lo cual quiere decir que tal nulidad no reza cuando no haya esa nota excluyente, por depender su cumplimiento, además de esa voluntad, de la del acreedor ó del evento.

Las leyes 17, 46 y 108 Dig. DE VERB. OBLIG. prescriben que la obligación contraída bajo una condición potestativa por parte del deudor no surte efecto, pero sí la que depende de la voluntad ó hecho de un tercero. (Leyes 43 y 44 íd.).

Las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anulan la obligación que de ellas dependa (art. 1.116 que se ajusta, menos en lo que se refiere á las



obligaciones prohibidas por la ley, á lo dispuesto en las leyes 1.<sup>a</sup> y 31 Dig. DE OBLIG. ET ACT.; y ley 7.<sup>a</sup> Dig. DE VERB. OBLIG.). El Código respeta la facultad de los contratantes para establecer las condiciones; pero cuando éstas son imposibles por naturaleza, parece que su establecimiento constituye una burla, y cuando se oponen á las buenas costumbres ó se contraviene á la ley no es cosa de admitirlas porque pugnan con la Moral, ó constituyen una rebeldía á la soberanía legislativa. No es imposible, ni física ni legalmente, la condición absoluta de deber hacer desaparecer todos los gravámenes que afectan á una finca (Sent. 22 Octubre de 1903).

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta; toma el nombre de condición imposible negativa, distinta de la imposible positiva; mientras ésta anula la obligación, aquélla se considera como no establecida, teniendo la condición de pura como se dice en la ley 7.<sup>a</sup> Dig. DE VERB. OBLIG.; siendo de citar la Sent. de 8 de Junio de 1906, de que para los efectos de la nulidad de los contratos solo pueden estimarse como imposibles las condiciones que en absoluto lo sean, pero no las que dependen de la situación accidental del deudor, que puede variar de un momento á otro por azar de las circunstancias ó por un esfuerzo de la voluntad del mismo para cumplir sus compromisos.

La condición referida á un hecho determinado presenta estos dos aspectos: uno positivo y otro negativo; en el primer caso quedará extinguida la obligación desde que pasare el tiempo ó fuere ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar; en el segundo, esto es, cuando esta condición casual se refiera á que no acontezca el suceso en tiempo determinado, la obligación será eficaz desde que pase el tiempo señalado ó sea ya evidente que el acontecimiento no pueda ocurrir. En este último caso la falta de determinación de tiempo hace que la condición se repute cumplida en el que verosímilmente se hubiera querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, esto es, interpretando la voluntad de los contratantes, no arbitrariamente, sino teniendo por supuesto jurídico la peculiar naturaleza de la obligación contraída, siendo de citar la Sent. 23 Mayo de 1905, de que la reserva del deudor en un reconocimiento de deuda de su causante para practicar algunas averiguaciones sobre la existencia ó inexistencia de la obligación, no envuelve plazo, sino una condición que puede resolver el compromiso.

Los arts. 1.117 y 1.118 del Código tienen sus precedentes en las leyes 99 y 115 Dig. DE VERB. OBLIG.; el art. 1.119 de aquél contie-



ne la misma disposición de la ley 85 Dig. DE COND. ET DEM. y ley 39 Dig. DE REG. JUR. de que cuando por parte del deudor se impide que tenga efecto la condición, se tiene ésta por cumplida, no bastando, á juicio de Manresa y el nuestro, que dicho incumplimiento se intente, es necesario que exista ese impedimento como un hecho consumado.

Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. El art. 1.520 toma la palabra obligación, no en el sentido general de vínculo ó ligamen, sino en el específico de lo correlativo al derecho; éste tiene existencia incierta, pero probable, dependiente de que ocurra el acontecimiento incierto y futuro cuya realización hace que lo que estaba IN POTENTIA, que es algo más que esperanza, se convierta en IN ACTU y claro que los efectos de aquél se han de retrotraer al día en que tuvo nacimiento la relación jurídica.

Esto no obstante, cuando esa relación supone recíprocas prestaciones de los interesados, de modo que vienen á ser entre sí deudores y acreedores, se entenderán compensados los frutos é intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición; ésta es un elemento accidental de inferior categoría que los requisitos esenciales del acto jurídico, ora ordenado, ora concordado. Pero si la obligación fuese unilateral, no cabe semejante equivalencia; el deudor hará suyos los frutos é intereses percibidos anteriores á la fecha del cumplimiento de la obligación, á menos que por la naturaleza y circunstancias de ésta deba inferirse que fué otra la voluntad del que la constituyó, lo cual es justo, porque habiendo estado la cosa en poder del deudor, quien prestó los cuidados y satisfizo los gastos exigidos por su posesión y productibilidad debe ser de algún modo retribuido, y de aquí que haga suyos los frutos é intereses percibidos, á menos de que otra cosa se infiera de la naturaleza y circunstancias de la obligación, ó resulte del contrato, por más que esto último no lo expresa el Código, pero que debe darse por supuesto, en respeto al principio general de que lo pactado tiene fuerza de ley para los contratantes.

Pendiente la condición, los aumentos y disminuciones que sin culpa del deudor hubiese tenido la cosa objeto del contrato, correrán de cuenta del acreedor (ley 8.<sup>a</sup> Dig. DE PER. ET COM. REI VIND.); la pérdida corre á cargo del deudor (íd.)

En las obligaciones de hacer y de no hacer los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumpli-



da (último apartado del art. 1.120); y como es muy difícil suplir la ejecución de lo que no se hizo ó de lo que se hizo indebidamente, lo regular es que, en ese caso, se dé la indemnización de perjuicios, como medio reparador del agravio.

La doctrina del Código, en su primer apartado, se halla contenida en la Inst. § 4.º *IBID.* y ley 59 Dig. DE COND. ET VEND. que dan efecto retroactivo al derecho, una vez cumplida la obligación. Antes de este cumplimiento puede el acreedor ejercer todos los actos conservatorios de su derecho, según dispone la ley 14 Dig. DE NOVAT. y 39 Dig. DE PEC. CONST., que es lo mismo que prescribe el artículo 1.121, el cual, en su segunda parte, añade que el deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado.

Confirma este precepto nuestro sentir de que, mediando condición suspensiva, el acreedor tiene algo más que esperanza de un derecho, un derecho *IN POTENTIA*, porque antes de cumplirse aquella puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación del mismo (estado de *pendiente conditione*).

Hay condiciones que se establecen, no para la efectividad de un derecho, ni para su caducidad, sino para suspender la eficacia de la obligación, á modo de veto suspensivo, en cuyo caso, el art. 1.122 provee de fórmulas relativas á cuando la cosa mejor, se pierda ó se deteriore pendiente la condición, esto es, mientras el acontecimiento incierto y futuro no sobreviene y son: 1.º Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, queda extinguida la obligación. 2.º Si la pérdida fué por culpa del mismo, queda sujeto al resarcimiento de daños é indemnización de perjuicios, pero claro está que al acreedor incumbe probar esa culpa; y se entiende que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece de modo que se ignora su existencia ó no se pueda recobrar; de manera que la imposibilidad temporal de entregarla no puede constituir causa de pérdida. Esa desaparición, á los efectos del Código, ha de ser definitiva. 3.º Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor; siendo aplicable á esto lo que hemos dicho al tratar de la indemnización de daños y perjuicios. 4.º Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor puede optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos (de esto hemos hablado en el presente capítulo, diciendo que los perjuicios deben ser reales, y según sea de buena ó mala fe el deudor, así será mayor ó menor la indemnización). 5.º Si la cosa se mejora por su naturaleza, ó por el tiempo,



las mejoras ceden en favor del acreedor, ya que el menoscabo corre de cuenta del mismo. Y 6.º Si se mejora á expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

En las condiciones resolutorias establecidas en la obligación de dar, una vez cumplidas, deberá restituirse lo que se hubiese percibido, puesto que sobrevenido el acontecimiento del cual dependió la vida del derecho, deben volver las cosas al ser y estado que tenían al establecerse la relación jurídica. Esa restitución debe hacerse, no solo de las cosas, si que, además, de sus productos; pero es claro y de justicia que á quien haya hecho los gastos de producción le sean abonados, al amparo del art. 356.

En el caso de pérdida, deterioro ó mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución, las disposiciones arriba expuestas. Y respecto á los efectos de la resolución en las obligaciones de hacer y de no hacer, se estará á lo dispuesto en el § 2.º del art. 1.120, ó sea que los Tribunales determinarán en cada caso el efecto retroactivo de la condición cumplida.

Con las disposiciones arriba expresadas mantienen relación las leyes 2.ª Dig. DE PER. ET COM. REI VEN. y 16 Dig. IBID., prescriptivas: la primera, de que la obligación contraída con condición resolutoria surte todos sus efectos, como si fuera pura, mientras no se cumpla, y la segunda, de que si la condición se cumple, desaparece la obligación con todas sus consecuencias, debiendo restituirse las cosas que hayan formado su objeto, con los frutos y accesorios.

El Derecho romano no dice cuales son los efectos de las obligaciones de hacer y de no hacer, cuando se cumple la condición resolutoria, cosa prevista en el Código, como hemos dicho y es de aplicación general.

No terminaremos este punto sin decir que, según la Inst. § 6.º DE VERB. OBLIG. y la ley 18 Dig. DE COND. IND., las condiciones cuyo cumplimiento es indudable no suspenden el efecto de los contratos; que según la ley 8.ª Dig. DE PER. ET COM. REI VEND. que ha tenido en cuenta el Código, como acabamos de decir, pendiente la condición (se refiere á la suspensiva), los aumentos y disminuciones que sin culpa del deudor, hubiese tenido la cosa objeto del contrato, corren á cargo del acreedor, y que la pérdida total de la cosa, pendiente la condición, corre á cargo del deudor; pero el Código, en los núms. 3.º y 4.º del art. 1.122 hace una distinción que no vemos en el Derecho romano expresamente, por más que se sobreentiende, y es la de si hubo ó no culpa por parte del deudor, pues, habiéndola,



viene obligado al resarcimiento de daños y perjuicios, cosa que el Derecho romano también prescribe al tratar del cumplimiento de las obligaciones.

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Así, por ejemplo, en la compraventa, que es un contrato bilateral, en tanto el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa en cuanto el comprador le pague el precio, existiendo en esa convención jurídica una condición resolutoria tácita, á cuyos favores el contratante puede resolver el vínculo, si su obligado no cumpliera lo que le atañe. Y decimos «podrá» porque el tal perjudicado puede escojer (derecho facultativo que le atribuye el artículo 1.124) entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación con el resarcimiento de los daños y perjuicios y abono de intereses en ambos casos, resolución que también puede pedir aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

No pueden deducirse juntamente las acciones pidiendo el cumplimiento del contrato y su resolución (Sent. 8 Abril de 1903), porque son términos que se excluyen; ni cabe exigir el resarcimiento de daños é indemnización de perjuicios por tal incumplimiento, si no se prueban en el pleito, aún cuando su graduación puede hacerse en el período de ejecución (Sent. 20 Abril 1897). La condición resolutoria á que este artículo se refiere no es absoluta, porque depende del derecho de opción del perjudicado (Sent. 9 Enero 1904), añadiendo la de 9 de Julio del mismo año, que faltando á lo convenido una de las partes contratantes, puede pedir la otra desde luego la resolución del contrato, sin que sirva para ello de obstáculo el que el demandante dejase también de cumplir, después, sus obligaciones, porque la conducta del primero es la que motiva el derecho del segundo y le libera, desde entonces, de sus compromisos. Y se explica esto, porque el derecho de resolución, fundado en la naturaleza de las obligaciones recíprocas, surgió IPSO FACTO, al faltar el contratante, sin que la circunstancia de que falte luego el otro desnaturalice aquella facultad, y como consecuencia de la misma, la indemnización, como sanción civil del incumplimiento.

Este artículo hay que relacionarlo con los que tratan de la mora, que han sido objeto de nuestro estudio, especialmente, en lo que se refiere á desde cuándo empieza el retardo.

Por la resolución del contrato cesa una legalidad que estable-



cieron los otorgantes del mismo; y como pueden haber causas justificadas para que no termine, á petición del que la demande, el Tribunal puede señalar plazo dentro del que se cumpla la obligación, sin necesidad de recurrir á ese medio extremo, y aún cuando la resolución se decreta, se entiende sin perjuicio de los terceros adquirentes, con arreglo á los arts. 1.295 y 1.298 y á las disposiciones de la ley Hipotecaria, porque no pueden quedar desamparados los legítimos intereses adquiridos de buena fe, á la sombra de un contrato perfecto, puesto que la resolución presupone la validez del mismo, en cuyo caso, no pudiéndose intentar con éxito ese medio resolutorio, se da, como suplencia, la indemnización de perjuicios, como medida correctora, en lo posible, del agravio, á favor del que lo hubiese sufrido.

Las obligaciones para cuyo cumplimiento, se haya señalado día cierto, solo serán exigibles cuando el día llegue (*dies venit*, á diferencia de la condición suspensiva que es *nec dies cedit, nec dies venit* y la resolutoria cuya expresión es *dies cedit nec dies venit*. Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuando (v. gr.: la muerte de alguien). Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar ó no el día, la obligación es condicional.

El art. 1.125 no se halla en oposición con el Derecho romano; éste, en la Instituta, § 2.º DE VERB. OBLIG., dice que la obligación á término se diferencia de la condicional en que aquélla no está en suspenso, sino que se retarda su ejecución.

Aparte esta diferencia entre la condición y el plazo, existe la de que la condición expresa un acontecimiento futuro é incierto, en tanto que el plazo significa que el suceso ha de ocurrir. El plazo hace á la efectividad del derecho, no á su nacimiento IN ACTU ni á su extinción.

Ya en día cierto, como una fecha determinada, ya en día incierto, como la muerte de un individuo, tanto en un caso como en otro, la obligación es perfecta, pero su exigibilidad depende de que el día llegue ó de que el acontecimiento sobrevenga.

El plazo es de dos clases: suspensivo EX DÍE y resolutorio IN DIE; este último significa que hasta que el acontecimiento sobrevenga goza de vida el derecho, el cual, por la realización de aquél se extingue, y con él todas las situaciones jurídicas creadas y todas las facultades nacidas á la sombra del mismo, como por ejemplo, en el contrato de compraventa con pacto de retro, que, liberada la finca



dentro del plazo, quedan sin efecto los contratos otorgados por el comprador, por ser incompatibles con el derecho de redimir que el vendedor se reservó, lo cual también ocurre con los contratos otorgados por el reservista, que, resuelto su derecho por la muerte, toda vez que pasa al reservatario, se extinguen por decapitación los derechos que aquél estableciera mientras poseyó los bienes.

Revisten la forma de plazo los hechos ciertos en el *si* y ciertos en el *cuándo* y los que, siendo ciertos en el *si*, son inciertos en el *cuándo*. En el plazo suspensivo, ya por señalamiento de día ya por expresión de un hecho que ha de sobrevenir, la obligación no es exigible mientras aquél no curra; pero lo que anticipadamente se hubiese pagado no se podrá repetir; y como puede haber ignorancia por parte del pagador respecto á la existencia del plazo, tendrá derecho á reclamar del acreedor, no la cosa, sino los intereses ó los frutos que éste hubiese percibido, doctrina toda ésta contenida en el art. 1.128, relacionado con las leyes 10 y 16 Dig. DE COND. IND.; Inst. § 2 DE VERB. OBLIG., preceptivas de que, antes del vencimiento del plazo, no puede exigirse el cumplimiento de la obligación; pero lo que haya sido pagado anticipadamente no puede repetirse.

La última parte del art. 1.125 concuerda con la ley 21 y siguientes Dig. QUAN. DIES LEGAT. CERT., de que si el cumplimiento del plazo fuese dudoso ó incierto, la obligación es condicional.

No existe esa analogía entre el art. 1.127 y las leyes 41 Código DE SOLUT.; 2.<sup>a</sup> Dig. QUOD CERTO LOC.; y 122 Dig. DE VERB. OBLIG. Con efecto; prescribe el Código que siempre que en las obligaciones se designe un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, á no ser que, á tenor de aquéllas ó de otras circunstancias, resultare haberse puesto en favor del uno ó del otro; en tanto que disponen esas leyes romanas, que siempre se presume estipulado el plazo en favor del deudor, á menos que de los términos ó circunstancias del contrato resulte que lo ha sido también en favor del acreedor. De manera que en el Derecho romano, el deudor tenía mejor consideración de la que le da el Código, pero tanto en un caso como en otro, caben estos ordenamientos tratándose de obligaciones unilaterales, lo mismo que han de ser de esta naturaleza aquellas cuyo deudor se acoja á lo dispuesto en el art. 1.126 y á condición de que no sean de las *de hacer* ó *no hacer*, pues el derecho á pedir la devolución de intereses ó frutos presupone la entrega de la cosa á que los mismos se refieren.

Quedamos, pues, en que la regla del Código es que se presume



establecido el plazo, no en favor del deudor solamente, si que en beneficio de éste y del acreedor, pero esto tiene una excepción, á saber: que en el tenor de las obligaciones ó de otras circunstancias, esto es, aún por actos distintos de ella, se puede deducir con sano criterio, que el plazo se estableció en favor del acreedor ó del deudor, viniendo á ser esas circunstancias, á modo de interpretación tácita de la voluntad de éstos; de todas suertes, á los Tribunales compete apreciar este punto, sin que podamos establecer un criterio apriorístico. Esa apreciación judicial figura también establecida en la Inst. § 5.º DE VERB. OBLIG. y ley 137 Dig. IBID. al disponer que la obligación de dar una cosa en un lugar determinado, incluye tácitamente la concesión del tiempo necesario para fijarlo (esto no lo prescribe el Código, porque, como hemos dicho, ha seguido un criterio distinto al del Derecho romano; tiempo que se estimará prudentemente por el Juez, atendidas las circunstancias.

Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél, lo mismo que si hubiese quedado á voluntad del deudor.

El plazo es de tres clases: legal, voluntario y judicial; á este último se refiere el art. 1.128, cuyo es lo arriba dicho; y como las obligaciones se contraen para que se cumplan, cuando no tienen plazo determinado por la ley ó por el convenio, tiene que haber otro, y éste es el que el Juez señale, lo mismo que si hubiese quedado á voluntad del deudor, porque, en este caso, no cumpliría lo que se comprometió. Esa facultad de señalamiento de plazo corresponde, en sentir de Manresa, al Juez á quien incumbe el conocimiento del juicio; así también lo entendemos porque ese señalamiento implica conocimiento de la cuestión que á su resolución puede llevarse.

Perderá el deudor todo derecho á utilizar del plazo: 1.º Cuando después de contraída la obligación resulte insolvente (no es preciso que se halle en quiebra, concurso ó suspensión de pagos, sino que basta el hecho real de la insolvencia), salvo que garantice la deuda, porque en este caso no corren peligro los intereses del acreedor. 2.º Cuando no otorgue el acreedor las garantías á que estuviese comprometido; porque quien falta á su compromiso no puede merecer el beneficio del plazo. Y 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuído aquellas garantías, después de establecidas, y cuando por caso fortuito desapareciesen, á menos de que sean sustituidas



por otras nuevas é igualmente seguras. El criterio seguido por el Código es que el plazo otorgado, como un beneficio al deudor, no se convierta en perjuicio para el acreedor que vea amenazados sus intereses.

Si el plazo de la obligación está señalado por días á contar desde uno determinado, quedará éste excluído del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente. En esa computación entran los días festivos (Sents. 6 Marzo 1865 y 11 Julio 1868), á no ser que las partes hubiesen pactado lo contrario. Es de aplicación lo dispuesto en el art. 7.º del Código, como supletorio, en este respecto, á lo convenido por las partes.

Es de citar la siguiente jurisprudencia: El art. 1.125 del Código, rige en Cataluña. El hecho de declararse en suspensión de pagos el deudor cediendo los bienes á los acreedores da carácter de vencidas á todas las deudas pendientes, sin prelación alguna por concepto de tiempo. (Sent. 8 Enero 1892). En tanto tiene aplicación el artículo 1.127, en cuanto no se dé alguno de los casos taxativamente previstos por la excepción del 1.129 (Sent. 4 Octubre de 1908).

### De las obligaciones individuales y mancomunadas

Las obligaciones, en lo que al sujeto de ellas se refiere, se dividen en únicas, individuales ó simples y múltiples, colectivas ó compuestas. Estas últimas, constituidas por una pluralidad de acreedores y deudores, rebiben el nombre genérico de mancomunadas (*mano común*) las cuales, á su vez, se subdividen en solidarias y á prorrata. La mancomunidad significa contraer compromiso de deber (los deudores) ó de adquirir derecho á pedir (acreedores) respecto de una misma obligación en el todo ó en parte de ésta, y supone pluralidad de sujetos, ya de acreedores, ya de deudores; en el primer caso es activa, en el segundo pasiva. Si el derecho ó la obligación resulta, respectivamente, atribuido ó imputable por partes, la mancomunidad se llama simple ó á prorrata y, por el contrario, si el derecho ó la obligación corresponde ó es exigida total é íntegramente á cada uno de los acreedores ó deudores unidos entre sí, aquélla se llama solidaria.

El Derecho romano estableció la regla *CONCURSU PARTES FIUNT* y por esto se dispuso en la Novela *XCVIII*, cap. 1, que aunque sean muchos los que se hayan obligado al pago de una cosa, la obli-



gación no es solidaria, si no se ha pactado expresamente; como que es de presumir que cada cual se obliga á lo menos que puede. Esa regla mediante la cual las obligaciones mancomunadas de acreedores ó de deudores se suponen establecidas á prorrata (á rata porción) á menos que la obligación determine expresamente la solidaridad, aparece en el art. 1.137 que se refiere solo á las de carácter contractual, siendo así que la solidaridad puede hallarse establecida por la ley como la de los socios colectivos (art. 127 del Código de Comercio) y la de los culpables de delitos ó faltas respecto á su responsabilidad civil establecida en el Código penal, y aún dentro del Código civil, las obligaciones nacidas de los cuasi contratos son por su naturaleza solidarias, según se declaró en Sent. de 22 Diciembre de 1903. La circunstancia de que la deuda no sea solidaria sino mancomunada no obsta á que el gravamen constituido para asegurarla sobre una finca de los deudores responda íntegra é indivisiblemente de la totalidad de la obligación, cualquiera que sea la participación de aquéllos en el inmueble. (Sentencia 23 de Abril de 1903).

Al texto de la obligación hay que acudir para ver si ésta es de las llamadas á prorrata, de crédito ó de deuda, ó si solidaria; si esto último no resulta, se entenderá aquella dividida en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, reputándose distintos unos de otros. De manera que la solidaridad es la excepción. Para considerarse establecida ha de resultar del texto del contrato ó la ha de determinar la ley expresamente, doctrina que vemos establecida en Sent. de 30 de Noviembre de 1904, referente á la responsabilidad de concejales por préstamos que hizo un Pósito y por la de 28 de Febrero de 1906, relativa á la obligación de los vecinos de un pueblo, en el pago de pensiones de un censo; se declaró que ni unas ni otras eran solidarias.

Los juriconsultos romanos entendieron que la obligación co-real ó sea la establecida entre deudores, debía considerarse como solidaria, mientras no resultase que era mancomunada simple, esto es prorrateada: PRO PARTE TENERI VIRILEM PARTEM STIPULARIS; PARTES VIRILES DEBERI; PRO PORTIONE VIRILE CONVENIRE). Este sentir se opuso á la citada Novela, que consideró como regla la obligación A PRORRATA, y como excepción, la solidaria. A las leyes de Partida llegó también la opinión de aquellos juriconsultos y establecieron la solidaridad como norma y el prorrateo como excepción, sin duda para dar mayor robustez al vínculo contractual y



mayores garantías á los acreedores, y como esto se opone á lo que es natural, pues no hay que presumir que uno se obligue á más de lo que quiere, en Cataluña no se siguió ese criterio, y de acuerdo con la Novela XCVIII, se ha considerado como excepción la solidaridad en la deuda, que es precisamente lo que vino á disponer la ley 10, tít. 1, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que sirve de precedente al art. 1.137 del Código civil.

La solidaridad puede provenir, no solo de la obligación, sino de la imposibilidad de dividir el crédito ó la deuda en tantas partes como acreedores haya, en cuyo caso, no rezando la regla *CONCURSU PARTES FIUNT*, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, quienes unicamente podrán hacer efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados á suplir su parte; á esta solidaridad la llamamos anormal, constituyendo una forma intermedia entre la verdadera solidaridad y la de obligación ó crédito á prorrata. Son cosas distintas hacer efectiva la deuda (palabra empleada en el art. 1.139) y reclamarla; lo primero solo pueden hacerlo los acreedores colectivamente; lo segundo, puesto que lejos de perjudicarles les beneficia, creemos que lo pueden verificar para que se interrumpa la prescripción.

Ese art. 1.139 tiene por precedentes las leyes 9 y 15 *DIG. DE DUOB. REI*, de que para que la obligación de los deudores sea solidaria es necesario que se obliguen á entregar la misma cosa (caso de indivisibilidad de prestación) contrayendo todos igual responsabilidad.

La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones; de manera que puede haber solidaridad de deudores sin haberla de acreedores; solidaridad de éstos y no de aquéllos, y solidaridad de unos y otros, y como el plazo y la condición no son requisitos esenciales de la obligación, cabe que uno y otra no ligen del mismo modo á acreedores y deudores, bien entendido que al acreedor ó al deudor imposibilitado ó no tenido á cobrar ó pagar por no haberse cumplido la condición ó vencido el plazo, no le será lícito repetir, ni queda tenido á satisfacer, porque se halla sujeto á la influencia de estos accidentes. Esta doctrina aparece en la *Inst.* § 2.º *DE DUOB. REI*, donde se dice, que puede un deudor obligarse puramente y el otro bajo condición ó á plazo, sin que en estos casos esté imposibilitado el acreedor de poder accionar contra el primero de aquéllos.



Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil á los demás, pero no lo que les sea perjudicial; esto tiene parecido á la comunidad de crédito: al hacer lo que sea útil, se pone en ejercicio, más que un mandato tácito de los otros coacreedores solidarios, el derecho de ese acreedor, pero nunca su facultad puede llegar á causar lo perjudicial, porque en esto no puede presumirse el tácito consentimiento de los demás interesados ante su desaprobación, á quienes, por haber contravenido la ley, debe indemnizarse. No participamos de la opinión de Manresa de que el cedente del crédito solidario responda para con los demás coacreedores de los actos perjudiciales verificados por el cesionario, porque aquél no obra utilizando un mandato al hacer esa cesión, sino usando de su derecho y, de consiguiente, no cabe invocar, por analogía, lo dispuesto en el art. 1.921. Hubieran querido prohibir los acreedores solidarios semejante cesión y medios tenían para ello.

Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán á todos éstos. Así lo prescribe el art. 1.141, que tiene por precedentes el Derecho romano, cuyos textos, aplicables en este punto y en otros que luego presentaremos, son los siguientes: la ley 5.<sup>a</sup> Cod. DE DUOB. REI. de que la instancia hecha contra uno de los deudores solidarios interrumpe la prescripción con respecto á los demás, y la ley 28 Cód. DE FID., prescriptiva de que el acreedor puede dirigirse contra todos los obligados juntamente ó contra cualquiera de los demás.

El deudor puede pagar la deuda á cualquiera de los acreedores solidarios, pero si hubiera sido judicialmente demandado por alguno, á éste deberá hacer el pago.

El art. 1.542 tiene por precedente la ley 16 Dig. DE DUOB. REI STIP. ET PROM. dispositiva de que, siendo varios los acreedores solidarios, cualquiera de éstos puede exigir el pago al deudor, quedando libre de la obligación, á menos que anteriormente hubiese sido reconvenido por otro de aquéllos.

Lo que el Derecho romano llama reconvenir es la demanda judicial á que se refiere el art. 1.142 del Código, y se explican semejantes prescripciones, porque con la acción, llevada al juicio, toma forma de efectividad el derecho, adquiriendo éste un estado procesal en toda su integridad, dada la naturaleza solidaria del mismo, y no es cosa de que quede alterado con duplicidad de reclamaciones, adquiriendo el primer demandante una preferencia de actuación, apoyada en el principio *PRIOR TEMPORE, POTIOR JURE*.



La novación, compensación, confusión y remisión de la deuda hechas por cualquiera de los acreedores solidarios ó por cualquiera de los acreedores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad para con los codeudores en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de éstos (art. 1.143 relacionado con el 1.146). Añade el primero de estos textos que el acreedor que haya ejecutado cualquiera de esos actos, así como el que cobra la deuda, responderá á los demás de la parte que le corresponda en la obligación.

Este art. tiene sus precedentes en la Inst. § 1.º DE DUOB. REI STIP. y en la ley 28 Cod. DE FID., de que cuando son varios los que se han obligado solidariamente, pagando cualquiera de ellos quedan libres los demás, y en las leyes 31 Dig. DE NOVAT. y 20 del S. C. Veleyano, prescriptivas de que la novación hecha por uno de los acreedores solidarios ó con uno de los deudores solidarios extingue la deuda con respecto á todos los demás acreedores y deudores.

El Código y el Derecho romano han procurado conciliar estas dos ideas en un supuesto de justicia: que el vínculo solidario, por su carácter excepcional, no sea indefinido, para lo cual era del caso procurar por la extinción de las obligaciones de esta clase, merced á la presencia de estos fenómenos jurídicos, y otra, que, desatado el vínculo de solidaridad, no sufrieran perjuicio los acreedores ajenos á esas causas extintivas, á quienes se les concede acción para que puedan reclamar su parte contra aquel del cual han partido, en forma de cobro, novación, compensación ó confusión de la deuda.

El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios ó contra todos ellos simultaneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. Así lo prescribe el art. 1.144, que tiene su precedente en la ley 28 Cód. DE FID., dispositiva de que la interpelación hecha á uno de los deudores, aun cuando haya recaído condena, no es obstáculo para reconvenir á cualquiera de los otros hasta el completo cobro del crédito. Y se explican estas prescripciones, porque la *unidad deuda* exige *unidad pago*, y no realizado éste en totalidad, goza de vida el crédito adquirido. Estableciérase ese obstáculo, impidiendo reclamaciones posteriores contra todos los obligados por vínculo de solidaridad, que no cesa hasta quedar extinguida la obligación, y se daría la injusticia de que causas ajenas á los acreedores por insolvencia quizás del deudor demandado, refluyeran en perjuicio de



los mismos. Abonando este sentir, se declaró en sent. de 3 de Abril de 1903, que esté ó no hecha la partición de herencia, cada heredero responde solidariamente de las deudas de su causante (solidaridad por razón de vínculo hereditario), siendo válida la ejecución entablada contra él solamente y sin notificar á los coherederos, los cuales pudieron á instancia del demandado ser notificados y emplazados, sin que tal omisión pueda ni deba perjudicar á los acreedores. De modo que éstos pueden repetir contra cualquiera de aquellos sucesdaneos, á quienes compete, no al acreedor demandante, hacer esas notificaciones.

Por el pago, como quiera que es la forma natural de extinguir la obligación, verificado que sea por uno de los deudores, quedan libertados los demás. Con la solución, la obligación solidaria se convierte en á prorrata, y por esto el pagador solo puede reclamar de sus codeudores la parte que á cada uno corresponda con los intereses del anticipo, porque éste se hizo en beneficio de todos. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario no puede perjudicar al acreedor, y por esto han de suplirla los codeudores, no en forma solidaria entre sí, sino á prorrata, de la participación de cada uno, pues ellos cuando se obligaron con el insolvente, pudieron preverlo y tomar garantías para no tener que pechar con lo que éste no haya satisfecho.

La ley 76 Dig. DE SOLUT. y la 39 Dig. DE FID., prescriben que el deudor solidario que debiere pagar la totalidad de la deuda, puede resistirse á verificarlo, mientras el acreedor no le ceda su acción y derecho. El Código no establece esta defensa, contenida en el Derecho romano que vió en la obligación, al igual que en la herencia, un mandato, y claro que el pagador debía recibirlo del acreedor, para poder repetir contra sus compañeros de vínculo; de aquí la cesión del derecho y su forma enjuiciaria, la acción, representativas de ese poder; pero el Código no ha creído necesario establecer tal requisito. Informado en el principio de espiritualización, no podía conceder al pagador ese medio defensivo; basta que haya solucionado la deuda, para que, por ministerio de la ley, quede armado de la facultad de reclamar á los codeudores la parte que les corresponda.

Comparando el Derecho romano con el español, vemos que este último no atribuye al deudor solidario reconvenido el beneficio de división, que puede oponer si los demás codeudores están presentes y tienen con qué pagar, que le concede la Novela XCIX, cap. 8.º Ese beneficio de división, aunque se renuncie, produce tal efecto, según



el RECOGNOVERUNT PRÓCERES, cap. 8.º, lib. 1.º, tít. 13, vol. 2.º de las Const. de Cat. dispositivo que no puede ser obligado cada uno de los deudores solidarios más que en la parte que le corresponde, á menos que los demás no tengan con qué pagar ó se hallen ausentes.

De manera que, según el Derecho romano, el deudor solidario tiene ese beneficio de división si sus compañeros de obligación se hallan presentes y tienen con qué pagar, cosa que el Código no concede; beneficio que es renunciable, y aún cuando se renuncie en donde rige el Privilegio RECOGNOVERUNT PRÓCERES, no pierde sus efectos, pues puede oponerlo el deudor, á menos que los demás compañeros de solidaridad no tengan con qué pagar, porque entonces tal división resultaría ilusoria, ó se hallen ausentes, porque si esto se permitiese habría manera de eludir, á la sombra de esa Constitución, el pago de la deuda.

El Derecho romano, pues, estableciendo ese beneficio de división que convierte, cuando la deuda se hace efectiva, la obligación solidaria en simple, fuera de los casos antes citados, y el RECOGNOVERUNT PRÓCERES que da eficiencia á ese beneficio, aún renunciado, marcan una idea protectora del deudor solidario para no agravar su situación, en extremo opuesta á la del Código civil, que no tiene para nada en cuenta esa situación personal del obligado y atiende únicamente á dar robustez á la obligación solidaria, privándole de ese beneficio de división, más ajustado á la equidad que al estricto derecho.

El contenido de la obligación pueden ser cosas, servicios ó abstenciones; si se refiere á aquéllas y hubiesen perecido ó si los segundos se han hecho imposibles, unas y otros sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida por falta de materia en qué descansar; pero habiendo culpa por parte de esos deudores, la solidaridad en la cosa ó en el servicio tiene que tener un sustitutivo con el mismo vínculo solidario y es la responsabilidad de los deudores para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, como equivalentes de la cosa perdida ó del servicio no realizado, sin perjuicio de la acción que compete á quien haya hecho este abono contra el culpable ó negligente de ello.

El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación (como que á él afecta en totalidad y tiene derecho á impugnarla de nulidad, por ejemplo) y las que le sean personales,



sin que éstas ganen en extensión, pues no pueden referirse á más parte de aquella á que se aplican. De las que personalmente correspondan á los demás codeudores, solo podrá servirse aquel contra el cual se dirija la reclamación, en la parte de deuda de que éstos fueran responsables.

El Derecho romano estableció doctrina distinta de la seguida por el Código civil. Con efecto; prescribe la ley 22 del Dig. DE PACTIS, que las excepciones particulares que competan al deudor contra alguno de los acreedores solidarios no perjudican el derecho de los demás.

También vemos diferencia entre aquellas legislaciones en este punto: según la ley 62 Dig. AD LEG. FALCID. los acreedores no están obligados á dividirse entre sí lo que percibiesen, á menos que se hubiese así pactado ó mediare entre ellos sociedad, lo cual no se corresponde con lo prescrito en el apartado 2.º del art. 1.143, dispositivo de que en los casos en el mismo establecidos y, entre ellos, el de cobro de la deuda, el acreedor responderá á los demás de la parte que les corresponda en la obligación.

### De las obligaciones divisibles é indivisibles

Dice Giorgi que la regla CONCURSU PARTES FIUNT, estribada en las tradiciones del Derecho romano y en un principio de razón del cual se ha distanciado el Código italiano, tiene por excepciones la solidaridad de que hemos hablado y la indivisibilidad de la obligación. El que ésta sea ó no divisible no es cosa que se refiere al vínculo, sino á la idea de posibilidad ó imposibilidad de cumplimiento, por partes, de la prestación económica, que es su contenido, y así lo declaran las leyes 2.ª, 72 y 85 Dig. DE VERB. OBLIG., que, para que la obligación sea divisible se requiere que la cosa ó hecho que forma su objeto admita división en su entrega ó ejecución y que no sea ésta contraria al objeto ó uso que se propusieron los contratantes. Esa divisibilidad ó indivisibilidad tiene solo efecto cuando su cumplimiento versa entre los herederos del deudor y del acreedor (ley 80 Dig. AD LEG. FALCID. y ley 9 Dig. DE SOLUT.)

El Código se separa del Derecho romano, puesto que trata de la divisibilidad é indivisibilidad de las obligaciones, sin que diga que esta división y sus reglas se entiende cuando su cumplimiento versa entre los herederos del deudor y del acreedor; dispone que cuales



quiera que sean las personas concurrentes á la obligación, pueden darse aquéllas, mirando por consiguiente la divisibilidad é indivisibilidad en lo que constituye el objeto de las prestaciones y sin que la circunstancia de que haya un solo deudor ó un solo acreedor, altere los preceptos del cap. 2.º, tít. 1.º, libro 4.º

Las obligaciones de dar cosas fungibles, así como las que se determinan por el número, peso y medida, y las que versen sobre pago de cantidad etc., son por naturaleza divisibles; así lo prescribieron las leyes 2.ª y 85 Dig. DE VERB. OBLIG. y ley 29 Dig. DE SOLUT., añadiendo la 54 Dig. DE VERB. OBLIG. que si las cosas son de una misma especie, la división se verifica sobre la totalidad y si son de especies diferentes, se efectúa sobre cada una de las mismas.

El art. 1.151 del Código no hace ese detallismo, sino que establece un criterio, diciendo que se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos (esto constituye una regla absoluta) y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial, debiendo entenderse esto último, no en el sentido, como dice Manresa, de ser ó no ser en absoluto imposible la entrega de las cosas ó la ejecución de los actos por separado, sino en el de que tal separación se oponga ó no al fin de la obligación, que debe ser cumplido para que se entienda que lo está aquélla, y no pueda llegarse con ello al absurdo.

Y aún cuando, por razón del objeto, quepa el cumplimiento parcial, puede resultar indivisible la obligación, ya porque lo disponga la ley, ya porque esta haya sido la voluntad de los interesados al celebrar el acto jurídico, ya porque esa sea la voluntad presunta de los mismos, no inferida arbitrariamente, sí que apoyada y expresada, ya en la misma relación de las distintas partes de la cosa que, aun cuando teniendo destino propio, se condicionan unas con otras, de suerte que se integran, y ya atendiendo al fin de la obligación, para cuyo cumplimiento hay que ordenar aquellas partes haciéndolas de físicamente divisibles en jurídicamente indivisibles.

Las obligaciones de hacer—añade dicho artículo—serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, ú otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial. En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad ó indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.

De manera que para juzgar si una obligación es ó no divisible



se tienen dos criterios, uno *á priori* y otro *á posteriori*, si consisten en dar; un criterio *á priori* si la obligación es de hacer, y un criterio *á posteriori*, esto es, de apreciación en cada caso particular, si la obligación es de no hacer.

El Derecho romano, girando siempre alrededor de los polos de que la divisibilidad é indivisibilidad de las obligaciones tiene solo su efecto cuando su cumplimiento verse solo entre los herederos del deudor y los del acreedor—sentido éste rigurosamente estricto, distinto del amplio en que el Código se halla informado—dispone que son indivisibles las obligaciones negativas y las que tienen por objeto la prestación de una servidumbre, la entrega de un cuerpo cierto determinado ó la ejecución de alguna obra; sin embargo, estas obligaciones se harán divisibles cuando la falta de cumplimiento ú otra causa la resolviere en forma de reparar los daños ó de indemnizar los perjuicios (leyes 2.<sup>a</sup>, 75 y 85 Dig. íd.). Según el Derecho romano se tiene un criterio *á priori* declarando indivisibles las obligaciones negativas; las positivas, tanto de dar como de hacer, en principio, son divisibles (en esto se separa el Código que considera indivisible la entrega del cuerpo cierto); pero esa indivisibilidad puede resultar, no al contraerse la obligación, sino cuando se haga efectiva (criterio *á posteriori*), surgiendo entonces la responsabilidad de satisfacer el obligado la estimación de los daños y perjuicios.

Añaden las leyes 2.<sup>a</sup> y 86 Dig. íd., que es divisible con respecto á los herederos del acreedor, é indivisible en cuanto á los del deudor, la obligación alternativa y la de prestar una unidad de un género ó de una especie, á menos que esté ya satisfecha la obligación con respecto á los demás herederos. El Código no habla de obligaciones alternativas, unicamente el art. 1.150 dice que la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falte á su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos á cumplir los suyos, no contribuirán á la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en que consistiere la obligación.

Aclarando esta materia, de suyo confusa, es de consignar que el Código da reglas en esta clase de obligaciones, ya tengan un solo deudor y un solo acreedor (cosa que no hace el Derecho romano porque supone pluralidad de sujetos en concepto de herederos del deudor y del acreedor) ya cuando la obligación es mancomunada, surja de donde surja esta comunidad, ya sea la simple ó



á prorrata, ya la solidaria. En éstas, si la obligación es indivisible, se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios, desde que cualquiera de los deudores falte á su compromiso; pero como puede haber deudores que hayan estado dispuestos á cumplir el suyo, esa situación de voluntariedad les favorece, no en el sentido de quedar exentos del pago de la indemnización, sino en el de no contribuir con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en que consistiere la obligación, pudiendo el perjudicado pedir hasta el completo de la indemnización, como substitutiva del daño ó perjuicio sufrido, al deudor ó deudores que faltaron á su compromiso; de otra suerte no habría equivalencia entre el agravio y su reparación. El que la obligación sea mancomunada simple ó mancomunada á prorrata no altera las dos reglas del art. 1.150; según sea una ú otra, quien se coloque en esa situación de voluntariedad, abonará su parte ó la totalidad de la indemnización, nunca rebasando el límite indicado.

Según las leyes, 4.<sup>a</sup>, 85 y 139 Dig. DE VERB. OBLIG., debe instaurarse solidariamente y admite división con respecto á los herederos del deudor la obligación de responder de la cosa enajenada en caso de evicción. De manera que el comprador puede repetir contra cualquiera de aquéllos y éstos distribuirse la responsabilidad dividiéndola; división que cabe con respecto á los herederos del deudor y del acreedor en el supuesto de que la obligación sea divisible, en cuyo caso cada uno de ellos tiene respectivamente acción ú obligación, según su parte hereditaria. Pero si la obligación es indivisible se ha de cumplir, con respecto á los herederos, del mismo modo que si fueren acreedores ó deudores solidarios, salvo la comunicación del lucro del perjuicio entre los demás coherederos (leyes 2.<sup>a</sup> y 85 Dig. DE VERB. OBLIG.; ley 82 Dig. DE REG. JUR., ley 11 Dig. DE LEGAT y ley 25 Dig. DE FAM. EREISE.)

Dentro de la unidad jurídica herencia cabe la aplicación de esas dos reglas, según que la obligación sea divisible ó indivisible; en el primer caso el heredero, acreedor ó deudor, tiene derecho á exigir ó á satisfacer su parte, y en el segundo, la totalidad de la prestación, abonando el acreedor que cobre la parte correspondiente á los demás coherederos y reintegrándose el deudor que pague, lo que corresponda satisfacer á los suyos. En la obligación de no hacer, la contravención á la misma por alguno de los herederos hace responsables á los demás, y en la de hacer ó entregar, el cumplimiento por parte de uno de ellos extingue completamente el derecho del acreedor.



Surge la duda de si las disposiciones del Código, que han dado gran amplitud á la materia de obligaciones divisibles é indivisibles, son aplicables en Cataluña y en Navarra donde rige el Derecho romano, por cuanto éste las contrae al supuesto de herencia y no al de contratación. Nos resolvemos por la afirmativa, porque el Código no atenta con sus prescripciones al régimen jurídico de estos territorios, si que introduce en su Derecho excepcional disposiciones que ya existían en la Legislación española; de manera que goza de la condición de suplencia, á base de que con esa penetración no se altere aquel régimen respetado por el art. 12.

### De las obligaciones alternativas

Así como en la obligación puede haber pluralidad de personas, cabe que exista pluralidad de prestaciones. Si se han de dar ó hacer todas, tenemos la obligación conjuntiva, pero si se han de dar ó hacer algunas, surge la obligación en forma alternativa; éstas se caracterizan por el empleo de la partícula *o*, porque, como dice la ley 24 tít. 11, Part. 5.<sup>a</sup>, «O y E son dos letras que fazen grand departimiento en los pleitos é en las promisiones que son puestas. Ca la O departe ó desayunta las cosas que son prometidas. La otra letra que dicen E, ayunta las cosas que son nombradas, en la promisión».

El obligado alternativamente á diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido á recibir parte de una y parte de otra. El art. 1.131, que así lo dispone, concede al deudor la facultad de cumplir una de las prestaciones á que se obligó; lo que no le es lícito es compeler al acreedor á que reciba parte de las prestaciones, si no que ha de ser cada una en su integridad, porque de otra suerte no le sería útil, que es el fin para cuyo cumplimiento se estableció el VINCULUM JURIS; y que esa elección corresponde al deudor á menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor, surgiendo en este caso la llamada obligación facultativa, distinta de aquélla, lo vemos prescrito en el art. 1.132, pero con estas excepciones: el deudor no tendrá derecho á exigir las prestaciones imposibles, porque la ley no puede autorizar lo absurdo, ni las que sean ilícitas, por ser contrarias al Derecho, dentro del cual debe moverse la actividad humana, nunca fuera de él, ó que no hubieran podido ser objeto de la obligación, porque careciendo ésta de supuesto real no tiene existencia; pero esto ha de



ser según la naturaleza de la misma, juzgada por sus fines y los de la apreciación respectiva.

La elección no producirá efecto sino desde que fuese notificada, de cualquier manera que sea, siempre que este hecho se acredite, incumbiendo la prueba de la notificación al que usó de la elección, y para que no quepa duda en esto, entendemos ser lo más conveniente dar forma oficial á aquella notificación, ya judicial, ya extrajudicialmente.

La elección representa una ventaja para el deudor; debe hacerse en tiempo, no prematuramente, para que no resulte perjudicado el acreedor, á menos que lo consienta. Desde la notificación surte efecto la elección, no desde antes; lo cual no empece para que en algunos casos tenga efecto retroactivo y, de consiguiente, los pagos hechos por un tercero por cuenta del deudor antes de ese trámite no pueden beneficiarle si el acreedor se opone á ello, como tampoco puede alegar, frente al deudor, facultades que le corresponden por la naturaleza alternativa de la obligación.

La Inst. § 33 DE ACT.; la ley 10 Dig. IN FIN, DE JUR. DOT. y la 33 Dig. DE SOLUT. conceden al deudor la facultad de elegir, á menos que se haya pactado que la elección sea del acreedor; éste no puede ser obligado por el deudor á recibir parte de una de las cosas prometidas y parte de otra (ley 2.<sup>a</sup>, § 2.º Dig. DE VERB. OBLIG.; y 9 § 1.º Dig. DE SOLUT.)

El deudor perderá el derecho de elección, cuando de las prestaciones á que alternativamente estuviese obligado solo una fuere realizable (art. 1.134), y es claro porque la elección no solo supone pluralidad de prestaciones, sino la circunstancia de ser realizables, para que pueda cumplirse el fin de la obligación, que es su utilidad para con el acreedor.

Este tendrá derecho á la indemnización de daños y perjuicios cuando, por culpa del deudor, hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, ó se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta; indemnización que se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido ó el del servicio que ultimamente se hubiese hecho imposible. Así lo dispone el art. 1.135, análogo á la ley 34 Dig. DE COND. EMPT. prescriptiva de que si pereciesen sin culpa del deudor todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa, nada debe entregar, y que mediando culpa ó morosidad, se observarán las mismas reglas si la obligación fuera pura ó simple.



La misma ley prescribe que se hace pura y simple la obligación si perece una de las cosas prometidas, en cuyo caso el deudor debe necesariamente entregar la otra, que es lo mismo prescrito por el Código. Este da derecho al acreedor á la indemnización en el caso de que *todas* las cosas hayan desaparecido. ¿Y si han desaparecido algunas? No puede resolverse este caso más que de este modo: si queda una de ellas tiene que entregarla, puesto que no cabe ya la elección, y si quedan algunas continúa en esa facultad y cumple con hacer entrega de la que le plazca, sin venir obligado á indemnizar, pues ya con la pérdida de las otras cosas paga las consecuencias de su culpa. Claro que si la elección corresponde al acreedor, el caso se ha de resolver según las reglas del art. 1.136, á saber: si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá el deudor entregando al acreedor las que éste elija entre las restantes ó la que haya quedado, si una sola subsistiera (CASUS NEMO PRESTAT); si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, y puesto que á éste le perjudican sus actos ú omisiones y debe poner en las cosas el cuidado propio de un buen padre de familia, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, con lo cual queda pagado, ó puede optar por pedir el precio (equivalencia del valor en cambio) de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido; y si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. Y como ese precio puede ser distinto ante la variedad de cosas objeto de la obligación facultativa, creemos que no es de aplicación lo que se dispone en el art. 1.135 en su segundo apartado, sino que el acreedor debe expresar qué cosa de las desaparecidas hubiera elegido, para recibir, como sustitutivo de la misma, el precio que le corresponda. Todas esas reglas descansan en el supuesto establecido en la primera parte de ese art. 1.136, de que la obligación alternativa se convierte en facultativa desde el día en que la elección por parte del acreedor hubiese sido notificada al deudor; de modo que sin esa previa notificación no alcanzan á éste las responsabilidades que el precepto determina.

No registra el Código lo dispuesto en la ley 21 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEN. de que cuando el objeto de la obligación alternativa es una pensión anual ú otra prestación semejante, queda al arbitrio del deudor pagar un año una cosa y al siguiente otra; así, el que se hubiese obligado á dar anualmente una pensión ó el usufructo de un campo está facultado para satisfacer la pensión en el primer año y



después tener el usufructo. No vemos que haya necesidad de este precepto, porque esa clase de obligación alternativa, ajustado su cumplimiento, no á un plazo de una vez, sino á periodos de tiempo, en cada uno de éstos el deudor conserva su facultad de elegir, porque goza de vida la obligación durante tales periodos, pues los plazos no modifican su naturaleza, solamente constituyen accidentes de la misma.

### De las obligaciones con cláusula penal

Pertenecen al grupo de las obligaciones accesorias, constituyendo una agravación de responsabilidad, una sanción determinada para el caso de incumplimiento, con esta circunstancia: que la nulidad de la cláusula penal (este adjetivo nos parece duro é impropio, porque solo cabe pena por razón de delito ó falta) no lleva consigo la de la obligación principal, precisamente por el carácter de accesoriedad de aquélla, pero, en cambio, la nulidad de la obligación principal lleva aparejada la de la cláusula penal, pues ésta no puede ser sanción civil de lo que no tiene vida jurídica. Y no se crea que el art. 1.155 riñe con el 1.824; éste, referido á la fianza, prescribe que semejante garantía surte efecto, aún tratándose de obligación, que puede ser reclamada á virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de menor edad, pues si bien la cláusula penal y la fianza son obligaciones accesorias, ésta supone una tercera persona con capacidad distinta de la del obligado, lo cual no ocurre en aquélla; lo único que puede decirse, para compaginar ambos textos, es que el 1.155 constituye la regla general y el 1.824 una excepción de ésta, tendente á dar garantías, con la fianza, á la obligación principal sobre que versee.

La cláusula penal, ó pacto de sanción como la llamaríamos nosotros, sustituye á la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no hubiese pactado. Esa pena no puede confundirse con las condiciones suspensivas y resolutorias de una obligación, las cuales constituyen modalidades del vínculo, en tanto que aquélla se establece á modo de apremio para que la obligación se cumpla, y en vez de dejar la apreciación de los daños y perjuicios al criterio judicial por el resultado de las pruebas (criterio *A POSTERIORI*), los contratantes determinan esto al ligarse, señalando una cantidad por semejantes responsabilidades, sin tener que entregarse luego á señalarlas y á dar reglas de graduación. Y



como la pena constituye una responsabilidad, únicamente puede hacerse exigible conforme á los disposiciones del Código.

El deudor no queda exento de cumplir la obligación, pagando la pena, porque, establecida como obligación accesoria, no puede trocarse en obligación principal. Prevaleciera esto y con semejante satisfacción quedaría incumplida aquélla, pero cabe que así se haga en el caso de que el deudor se hubiese reservado el derecho de desentenderse del vínculo, satisfaciendo la pena. Tampoco puede el acreedor exigir la satisfacción de ésta y el cumplimiento de la obligación principal, porque resultaría enriquecido, á menos de que esta facultad le haya sido claramente otorgada, pues el Código en el art. 1.153, defiere, en esas excepciones, á la voluntad de los contratantes, y al emplear ese adverbio *claramente* es porque el acreedor que pida conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena resulta que con esto último se lucra, bajo el amparo de una obligación incumplida, y que él pide se le cumpla. Pero ese adverbio *claramente* no quiere decir que semejante facultad ha de resultar otorgada expresamente en el contrato; puede aparecer tacitamente por hechos inequívocos ó de una manera que produzcan la evidencia.

Creemos, aplicando por analogía los arts. 1.100 y siguientes del Código, que puede pedirse el cumplimiento de la obligación y la indemnización de daños y perjuicios; lo que no cabe verificar es exigir conjuntamente el cumplimiento de aquélla y la satisfacción de la pena, que el Juez puede modificar equitativamente cuando la obligación principal hubiera sido en parte ó irregularmente cumplida por el deudor.

#### De la extinción de las obligaciones

Según el art. 1.156, se extinguen: 1.º Por el pago ó cumplimiento. 2.º Por la pérdida de la cosa debida. 3.º Por la condonación de la deuda. 4.º Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. 5.º Por la compensación y 6.º Por la novación. No ha incluido aquél otras causas, á saber: la prescripción que el mismo regula; la muerte de alguno de los contratantes, especialmente del obligado, cuyo motivo extintivo puede darse en ciertas obligaciones, como las provenientes de sociedad ó mandato y las que la ley declara; el cumplimiento de la condición resolutoria, que también es una de estas causas que el Código regula al tratar de las obligaciones condicio-



nales; el cumplimiento del plazo resolutorio, que se encuentra en el mismo caso; el mútuo disenso y la voluntad de uno de los contratantes, reconocida como tal causa extintiva en el contrato de mandato, y por último, la rescisión y nulidad, bajo la expresión genérica invalidación del acto jurídico contractual.

### Del pago

Es el medio natural y común del cumplimiento de las obligaciones; representa su consumación, y constituye la entrega completa de la cosa ó el cumplimiento ó la prestación íntegra del hecho ó servicio en que consiste el objeto de la obligación. Mientras la cosa no hubiese sido entregada completamente ó la prestación no se haya hecho, no puede decirse que hay pago, cuyos elementos, designados con voces latinas, son: *QUIS, QUINAM, QUID, CAUSA, QUOMODO, UBI, QUANDO, SPENSÆ* y *PACTA ADJUNTA*.

Puede hacer el pago cualquiera persona que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca ó lo apruebe ó ya lo ignore el deudor, porque á éste le conviene libertarse de la obligación. El que pague por cuenta de otro puede reclamarle lo que hubiese pagado, á no haberlo hecho contra su expresa voluntad; en este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago.

El art. 1.158, cuyo es lo arriba dicho, presenta cuatro situaciones: 1.<sup>a</sup> Que el pago lo realice el deudor ó cualquiera persona interesada en la obligación; (para que se extinga la obligación ha de ser total); 2.<sup>a</sup> Que lo verifique un tercero con conocimiento y aprobación del deudor; 3.<sup>a</sup> Que ese deudor ignore el pago; en estos casos el pagador tiene derecho á reintegrarse de lo que hubiere sido satisfecho, siendo de consignar que, según la ley 76 Dig. *DE SOLUT.*, cuando un tercero ha pagado por el deudor, queda subsistente en favor de aquél la obligación primitiva, si antes del pago ó en el acto de verificarlo hubiese obtenido la cesión del derecho del acreedor, y aunque ésta no hubiese mediado (ley 44 Dig.), tendrá derecho el tercero á recobrar del deudor lo que hubiese pagado; y 4.<sup>a</sup> que el pago lo haya hecho el tercero contra la voluntad del deudor, en cuyo caso puede repetir contra éste en aquello en que le hubiera sido útil el pago, con lo cual no están conformes las leyes 6, 20 y 40 Dig. *DE MANDAT.*; 3.<sup>a</sup>, tít. 14, Part. 5.<sup>a</sup>, y la 24



Cód. NEG. GEST., pues en el Derecho romano ese pago contra la voluntad del deudor no autoriza al acreedor para exigir aquello que le hubiera sido útil, como prescribe el Código, considerando el pago hecho en esa forma como una donación.

Comparando el Código y la Legislación romana, observamos que, mientras el primero considera extinguida IPSO FACTO la obligación por el pago que verifique un tercero con conocimiento ó aprobación de éste, ó aunque lo ignore, el segundo, el Derecho romano, declara subsistente la obligación en favor de un tercero que puede obtener del acreedor la cesión de su crédito, constituyendo esto una subrogación, supuesto antijurídico, porque lo que se ha extinguido no puede ya transmitirse.

Según el art. 1.159, el que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor á subrogarle en sus derechos. De manera que el Código, sin establecer explícitamente la subrogación en el segundo apartado del art. 1.158, la reconoce de una manera implícita, puesto que, de cierta manera, la incluye en el 1.159.

Combinando estos textos, pueden presentarse las siguientes situaciones jurídicas: 1.<sup>a</sup> Que el tercero pague con conocimiento y aprobación del deudor (ambas circunstancias han de concurrir, puesto que se hallan ligadas por la copulativa «y»), sin que ese pagador exija del acreedor que le subrogue en sus derechos. Si esto ocurre, la obligación queda extinguida, con derecho ese tercero á exigir del deudor lo que hubiese pagado, teniendo por título de reclamar, no la obligación, porque se ha extinguido, sino el acto jurídico «pago», que une á ese pagador con el deudor, constituyendo esto una convención tácita, con la eficacia que le han dado ese conocimiento y aprobación. Pero si el pagador exige del acreedor que le subrogue en sus derechos, puesto que se coloca en el lugar que éste ocupaba, tiene derecho á ser reintegrado, ejercitando las mismas acciones que aquél tenía, derivadas de una obligación que no se ha extinguido, sino que, su estructura no ha variado mas que en cambiar la persona del acreedor; en vez de éste, es el tercero que ha pagado la deuda. 2.<sup>a</sup> Si ese tercero ha verificado el pago sin constarle al deudor, como quiera que no existe ese requisito de la aprobación, carece de derecho para compeler al acreedor á que le subrogue en sus facultades, porque si esto se permitiese, por mala intención del tercero oficioso, las consideraciones que el acreedor quisiere guardar al deudor no se las tendría ese pagador, armado, con la subro-



gación, de las acciones, acaso expeditas, derivadas de la obligación. Esto también es aplicable cuando el deudor se opone al pago, pues si ignorándolo no cabe la subrogación, menos debe proceder oponiéndose á que aquél se verifique. Y si el acreedor quiere subrogar á ese tercero en sus derechos ¿puede hacerlo? El Código dice que no podrá ser compelido; pero si tal cosa se permitiese resultaría que, por officiosidad de ese tercero, ignorando el pago ú oponiéndose el deudor á que se haga, se encontraría éste en situación de desventaja, con la circunstancia de que quedaría, por tal suerte, barrenado el fundamento que ha tenido la ley para conceder, en tales casos, la subrogación, aparte de que esto constituiría un modo de disimular una cesión de crédito.

Pero ya que el pagador no tiene ese derecho para compeler al acreedor á que le subrogue en sus facultades, puede repetir contra el deudor al objeto reintegrarse de lo satisfecho, así como éste puede exigirle la indemnización de perjuicios que el pago le haya producido, incumbiéndole la prueba de su existencia y no al tercero. 3.<sup>a</sup> En el caso de que el pago se haya hecho contra la *expresa* voluntad del deudor, no tiene derecho ese tercero á reintegrarse en totalidad de lo satisfecho, sino unicamente en aquello en que le hubiera sido útil el pago, porque puede resultar que entre el deudor y el acreedor existan cuentas pendientes, de las cuales pueda surgir una compensación ó que la deuda hubiese prescrito, y no porque ese tercero haya verificado el pago, tenga que sufrir perjuicio el deudor que hubiera podido oponer esas ú otras excepciones á la reclamación, ó tenga que deducir de la cuantía de ésta los perjuicios, probados, que hubiese sufrido el deudor. Depurándose en el juicio ordinario correspondiente si ese pago fué útil al deudor y caso afirmativo, en qué extensión ó cantidad, es como, por el resultado del juicio, podrá reintegrarse de aquello que hubiese prestado utilidad al obligado, por ser de justicia y de equidad que nadie se enriquezca con perjuicio de otro; bien entendido que el art. 1.158 exige que en tal caso haya por parte del deudor expresa voluntad contra el pago que realice el tercero, circunstancia que no hay que inferirla, antes ha de resultar acreditada, porque lo regular es que el pago se haga por otro, ya con conocimiento ó aprobación del obligado, ya ignorándolo éste, siendo raro el caso en que media esa oposición.

¿Cómo se demuestra que el deudor ignoraba el pago, en el momento de hacerse, supuesto sobre el cual descansa el art. 1.159? Por tratarse de una cuestión de hecho, al Tribunal A QUO corresponde



apreciarla; pero como la subrogación de derechos del deudor no la expresa el Código de una manera terminante en el art. 1.158, sino que hay que colegirla leyendo el 1.159, creemos que, no constando acreditado el hecho de la aprobación, ya de palabra, ya por escrito, ya con hechos, no cabe aquélla, pues en tanto tiene eficiencia, en cuanto representa el establecimiento de un nuevo lazo convencional, que solo con la aprobación referida se establece entre el deudor y el tercero, sin que éste pierda el derecho á reintegrarse de lo pagado.

No es necesario para el pago el concurso del deudor (sentencia de 4 de Noviembre de 1897 y Res. de 22 de Marzo de 1893). El acreedor no puede impedir validamente el pago hecho por un tercero (sentencia antes dicha). En materia de retracto de fincas adjudicadas á la Hacienda pública por débitos de contribuciones. debe admitirse por las oficinas provinciales el pago de los débitos y gastos del expediente á cualquiera que lo solicite, bien sea en nombre propio, bien como gestor de negocios ajenos (R. O. 15 Abril de 1904; ley de Presupuestos y R. O. de 29 Enero de 1906). A la sombra de estas disposiciones se comete el absurdo de que el retracto se haga á favor de quien no es, realmente, el deudor, pudiendo quedar éste defraudado.

Entre el que paga una deuda y aquél por quien paga, se establece un lazo, una convención á la que no pueden menos de ser aplicables las condiciones generales para la validez de los contratos, siendo una de ellas la licitud de la causa de la obligación, sin cuyo requisito no produce efecto alguno este contrato (Sent. de 1.º de Junio de 1904).

El art. 1.158 se refiere al que paga voluntaria ú oficiosamente por otro, circunstancia que no concurre en quien se vió obligado á satisfacer un censo que gravaba la finca de su propiedad (sentencia de 3 de Junio de 1906).

En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero ó cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado ó consumido de buena fe (art. 1.160).

En la biología de la obligación aparece el pago como causa extintiva de la misma por parte del obligado, y respecto del acreedor, lo que llamaríamos la consumación de su derecho, constituido en cosas, servicios y abstenciones. En su virtud, no puede entregarse otra cosa que la debida, por ser el objeto material de la relación jurídica,



no otra extraña á la misma; y como esa entrega constituye un acto de disponibilidad, ya sea el deudor, ya un tercero, ha de tener la FACULTAS AGENDI, pues en otro caso resultaría viciado desde su origen un acto jurídico como es el pago, consumidor de la obligación. Pero esto no puede tomarse en absoluto; tiene una excepción y es, tratándose del pago consistente en una cantidad de dinero, de cosa consumible por su naturaleza ó por su uso. Exigir la devolución de la misma, so color de que el pagador carecía de la libre disposición de ella, esto es, de su dominio y de que era incapaz para enajenarla resultaría de imposible repetición, tratándose de dinero gastado ó de cosa fungible consumida, no obstante lo cual, si bien no puede en estos casos devolverse, hay que distinguir en si el que la gastó ó consumió procedió de buena ó de mala fe; en el primer caso, y supuesto el hecho consumado, esto es, que se ha gastado el dinero, ó consumido la cosa fungible, no hay derecho de repetición contra él, ni por el pagador, ni por sus representantes legales, en tanto que en el segundo, cabe la repetición para que devuelva, si no las mismas monedas ó efectos que las representen ó la cosa fungible, puesto que se han gastado ó consumido, otro tanto que equivalga á ello, al objeto de la reintegración de valores; bien entendido que las palabras «buena fe», empleadas en el precepto, no pueden tener otro sentido que la creencia del cobrador desde que recibió el dinero ó la cosa hasta que lo gastó ó consumió, de que quien hizo el pago tenía la libre disposición de ello y podía enajenarlo; de modo que no cabe en esto solución de continuidad, porque podía resultar buena fe al recibir el pago y mala fe al gastar ó consumir el objeto en que consistía éste.

Dicho artículo del Código concuerda con la ley 19 Dig. DE VERB. CRED.; leyes 14, 64 y 78 Dig. DE SOLUT; y ley 177 Dig. DE REG. JUR.; pero añaden que también será válido el pago, cuando el deudor no sea dueño de la cosa ó carezca de la capacidad para enajenar si el acreedor adquiere por la prescripción el dominio de lo recibido. Son cosas distintas la validez del pago, y la pérdida del derecho á reclamar lo pagado por haber prescrito la acción. Claro que ésta atribuye á ese acreedor la facultad de no ser privado de la cosa, no porque el pago fué válido, sino porque se acoje á los beneficios de la ley que establece la prescripción.

En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido á recibir la prestación ó el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido



en cuenta al establecer la obligación (art. 1.161 del Código que corresponde á la ley 31 Dig. DE SOLUT). Esta dice que el acreedor no viene obligado á recibir la prestación de un tercero si tiene interés en que lo sea por el mismo deudor; de modo que á su voluntad é interés se ha de estar, cosa que el Código no determina tan en absoluto, porque si al contraerse la obligación no se tuvieron en cuenta la calidad y circunstancias del obligado á hacer, puede un tercero prestar por él la obligación.

### Cuinam

El pago deberá hacerse á la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación ó á otra autorizada para recibirla en su nombre (art. 1.162 que corresponde á las leyes 49, 89 y 95 Dig. DE SOLUT.; y 180 íd. DE REG. JUR.) las que prescriben que el pago debe verificarse al acreedor ó á la persona designada por él, por el Juez ó por la Ley para recibirlo en su nombre, y añade la ley 26 Digesto DE DONAT. INT. VIR. ET UXOR, que no es válida la consignación voluntaria de una cantidad hecha por el deudor en persona no autorizada para recibirla.

El pago hecho á una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad (apartado 1.º del art. 1.163 que corresponde á las leyes 47 Dig. DE SOLUT., y 4.ª Dig. DE DOL. MAL. EXCEPTS.) y añaden las leyes 14, 65 y 100 Dig. DE SOLUT. que el pago hecho á los tutores y curadores es válido, aún cuando se haya hecho á uno solo, mientras no esté privado por el Juez de la administración. El pago hecho con la intervención de los tutores ó curadores puede rescindirse por la restitución por entero, excepto si se ha verificado mediante decreto ó mandato del Juez ó si lo pagado consiste en los créditos corrientes del patrimonio administrado (ley 1.ª Cód., SI ADV. SOLUT.; ley 2.ª ídem. SI TUT. VEL CUR. leyes 25 y 27 íd. DE ADM. TUT.).

También será válido el pago hecho á un tercero, en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor (art. 1.163). Este concuerda con las leyes 21 Dig. DE SOLUT. y 12 Cód., IBID. prescriptivas de que el pago hecho á una persona que no esté autorizada por el acreedor, es válido si éste lo ratifica ó si se ha aprovechado del mismo.

El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del cré-



dito liberará al deudor (art. 1.164, que, en parte, corresponde á las leyes 11 y 95 Dig. DE SOLUT. prescriptivas de que el pago hecho á la persona designada por el acreedor para recibirlo es válido); pero, añaden, que esta validez se tiene aunque el designado sea incapaz de contratar. Mejor se corresponde ese artículo con la ley 6.<sup>a</sup>, título 14, Part. 5.<sup>a</sup> Es de añadir que, según la ley 81 Dig. íd., la facultad de hacer el pago á la persona designada, cesa por la muerte de la misma, á no ser que al indicarla se hubiese atendido á una calidad que pasa á sus sucesores; esa persona designada, no puede hacer otra cosa que recibir lo adeudado, pero no novar la obligación, ni eximir de ella al deudor (ley 10 Dig. DE SOLUT.).

No será válido el pago hecho al acreedor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda: art. 1.165, que corresponde á la ley 57 Dig. DE SOLUT. prescriptiva de que el pago hecho al acreedor en contravención á un mandato de embargo no será eficaz con respecto á los que lo hubiesen instado, quienes podrán obligar al deudor á reiterarlo, con derecho á recobrar del acreedor lo que le hubiesen satisfecho. El pago hecho al apoderado del acreedor es válido, aún después de la revocación de los poderes ó muerte de éste, si el deudor ignoraba estas circunstancias (leyes 12, 23, 34 y 58 Dig. DE SOLUT.).

Estudiando los preceptos del Código y las leyes romanas antes citadas, es de consignar que mantienen entre sí una estrecha relación: que aquél no ha llevado á la materia del pago prescripciones del Derecho romano, por considerar que su colocación es más propia del contrato de mandato, como así lo ha hecho, y por último, que obligando en Cataluña y en Navarra las disposiciones del Código relativas á la institución tutelar, á él y no al Derecho romano hay que acudir en lo referente al pago de deudas realizado en las personas de los tutores, no de los curadores, pues éstos ya no se nombran, y puesto que existe correspondencia entre ambas legislaciones, dedicaremos algún comentario á los citados textos del Código.

No es preciso que se verifique el pago á la persona á cuyo favor esté constituída la obligación, pues ésta puede haberlo cedido ó haber fallecido; á quien debe hacerse es al poseedor legítimo del crédito, al verdadero acreedor ó á la persona autorizada para recibirlo en su nombre, provenga su representación de la Ley, como la de los menores é incapaces, ó del mandato, á base de que se halle facultado, ya por la naturaleza del poder, ya por la especialidad que contenga, según los casos. Así es que, salvo declaración precisa y con-



traría, la eficacia de los poderes, en cuanto á recibir pagos alcanza, como dice Manresa, á los que se relacionen directamente con los bienes é intereses de cuya gestión se trate, y nunca á cobros que no tengan con tal gestión ese directo enlace. Y como el mandato puede referirse á la venta, creemos que el apoderado, aunque no lo exprese el documento, puede recibir el precio, á menos de que lo prohíba, toda vez que ese hecho y su correspondiente entrega de la cosa, constituyen los momentos de consumación, ya coetáneos, ya posteriores uno del otro.

El poder para arrendar atribuye facultad para cobrar los alquileres ó rentas por razón de los contratos que el apoderado celebre. El arrendatario, aunque no esté facultado para cobrar, si recibe el pago, lo mismo que si lo recibe un tercero, es válido si se hubiese convertido en utilidad del acreedor. Y respecto del pago hecho á los incapaces, aceptamos esta distinción que hace Manresa, derivada de la extensión distinta que la incapacidad puede tener: no siendo absoluta, si el cobrador es capaz para recibir la prestación según su naturaleza, el pago es válido, como el que se verifica al hijo de familia, aunque menor, que ejerce profesión ó industria y vive con relativa independencia de su familia, ó á la mujer casada respecto de ciertos bienes ó actos, favorecida por las capitulaciones matrimoniales ó en situaciones en que respecto de su marido puede encontrarse; de modo que el que no sea incapaz de recibir el pago, aunque lo sea respecto de otros actos, puede recibirlo. Si son incapaces según la naturaleza de la obligación, se han de valer de sus representantes legales, pero si ellos reciben el pago será válido, en cuanto se hubiese convertido en su utilidad; esta palabra supone que lo pagado se puede conservar y se conserve para aplicarlo á fines racionales en provecho del incapacitado ó que tuvo una aplicación necesaria ó útil al mismo. Pero si al incapaz no le reporta ninguna utilidad el pago, aún cuando fuera para atenciones ó gastos suyos, sin aquella nota, pueden, tanto él al adquirir ó recobrar la capacidad, como sus representantes legales, exigir la satisfacción de la deuda, prescindiendo de ese pago, por constituir una forma tácita de donación.

Es de citar la Sent. de 28 de Febrero de 1896 declarativa de que la entrega de lo adeudado hecha á un tercero, aunque se haga por error y de buena fe, no libera al deudor de su obligación de pagar.

Es válido el pago hecho al acreedor primitivo que desconocía la cesión del crédito ó la incapacidad sobrevenida á aquél, como el verificado al cesionario, aunque después se invalide la transmisión, y



el que se verifica á los herederos que hayan adquirido el crédito de su causante, de tal manera instituídos ó declarados, aunque posteriormente pierdan, por resolución judicial, la representación del CUIUS que ostentaran, pues el deudor obró de buena fe, verificando el pago á quienes podían recibirlo, sin perjuicio del derecho que á los perjudicados compete contra el que recibió el cobro. El elemento moral, la buena fe, unido al elemento jurídico, posesión legítima del crédito, son los factores que contribuyen á dar validez al mismo, siendo de citar, por lo que respecta al pago de deuda retenida, la sentencia de 12 de Diciembre de 1904, declarativa de que, siendo nulo el pago verificado por un ayuntamiento en la persona que ostentaba el carácter de heredero del acreedor por efecto de haber mediado la retención judicial, no puede el deudor gozar del beneficio del art. 1.164, y debe pagar al verdadero acreedor el importe del capital y los intereses de demora desde el día del requerimiento, precisamente porque no hay buena fe por su parte, pues no le es permitido contrariar un decreto tomado por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones.

### Quid

El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque fuera de igual ó mayor valor que la debida (art. 1.166 que concuerda con la ley 2.<sup>a</sup> Dig. DE VERB. CREDIT, y 16 Cód. DE SOLUT.), añadiendo la ley 50 Dig. DE SOLUT. que si el acreedor hubiese recibido por error una cosa no debida, puede devolvérsela al deudor y reclamar la que realmente formaba el objeto de la obligación; disposición aplicable al caso de que, verificado el pago en moneda de diferente especie de la convenida, hubiere sufrido perjuicio el acreedor (ley 99 Dig. íd.)

Puesto que la cosa ó el hecho constituyen el objeto de la obligación, éste y no otro debe pagarse. Y si al acreedor le conviene recibir cosa distinta que sea igual, mejor ó peor que la convenida ¿podrá recibirla? Creemos que sí, porque lo que el Código y el Derecho romano prescriben es que el deudor no tiene derecho á obligar al acreedor á que reciba cosa diferente, ni sustituya un hecho por otro de lo que se haya convenido. Habiendo error en el recibo de la cosa, creemos que debe deshacerse, probado que sea por el acreedor, y como quiera que en tal caso no queda extinguida la obligación,



aquél debe devolverla para exigir la que le corresponda, sin que, por tal cambio, pueda reclamar indemnización.

Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada ó genérica (en este caso la obligación se llama genérica para distinguirla de la anterior que toma el nombre de específica) cuya calidad y circunstancias no se hubieran expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior, precepto éste contenido en el art. 1.167, que concuerda con el § 33 de la Instituta DE ACT., leyes 18 y 19 Dig. EDIC. y que se halla informado en un principio de equidad, procurando suplir la falta de declaración precisa en esa clase de obligaciones; de manera que, como dicen dichas leyes romanas, cumple el deudor entregando una cosa mediana, si la designación se hubiera hecho solamente por la especie, añadiendo la ley 33 Dig. DE SOLUT., cuyo texto no registra el Código por ser innecesario, que ni en tal caso, ni en el de ser alternativa la obligación, el deudor puede dar una cosa que se halle deteriorada. Claro está que, para la aplicación del art. 1.167, reza el criterio judicial, fundado ó separado del dictamen de peritos, acerca de si la cosa que se entrega es de superior ó inferior calidad, de la genericamente contratada.

### Spensae

Los gastos extraoficiales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor, puesto que constituye la consumación de la obligación en el orden normal, sin que se comprendan los incidentales superfluos, antes deben concretarse á los que sean consecuencia de aquél; así, por ejemplo, los actos notariales de la carta de pago, el timbre y el impuesto de derechos reales, porque todos estos gastos se ocasionan extrajudicialmente. Respecto de los judiciales, decidirá el Tribunal con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, bien entendido que los antes dichos, ocasionados por la carta de pago, son de carácter extrajudicial, aún cuando la cuestión se haya ventilado en los Tribunales.

El art. 1.168, al prescribir que el Tribunal decidirá con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, se refiere á ésta como norma de procedimiento y en cuanto contiene preceptos relativos á costas, cuya imposición se halla autorizada por el art. 1.902 del Código (Sents. de 5 de Mayo y 6 de Octubre de 1894 y 26 de Noviembre



de 1897), pues la ley 8.<sup>a</sup>, tít. 22, Part. 3.<sup>a</sup>, que castiga con las costas al litigante temerario, no puede citarse después de la publicación del Código, derogatorio de este cuerpo legal, como tampoco cabe la cita de jurisprudencia fundada en aquella ley (Sents. de 3 y 14 de Marzo de 1896).

A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor á recibir parcialmente prestaciones en que consista la obligación, precisamente porque el pago es la solución total y natural de la deuda. Sin embargo, cuando ésta tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera, sin esperar á que se liquide la segunda. Así lo dispone el art. 1.169 que faculta al acreedor para exigir el pago de la parte liquidada sin tener que esperar á la liquidación de la otra (Sent. de 7 de Octubre de 1899). Ese artículo se halla, en parte, conforme con las leyes 21 Dig. DE REBUS CREDIT.; 117 Dig. DE VERB. SIGN.; y 15 Dig. QUIB. MOT. FIG. SOLV., prescriptivas de que el deudor no puede verificar por partes el pago de la deuda, aunque la cosa sea divisible, á menos que el acreedor lo consienta, añadiendo dicha ley 117 que los intereses y demás accesiones ilíquidas de la deuda no forman parte de ella, y el acreedor no puede rehusar el pago de la parte líquida, aunque no se le ofrezca el de la no liquidada. El Código y el Derecho romano se corresponden.

Habiendo disconformidad acerca de si una parte de la deuda es ó no líquida, al Tribunal importa apreciarlo, sin que el acreedor pueda resistirse á cobrar la que verdaderamente sea líquida, pues se expone á las consecuencias de la consignación judicial, ya que no puede cobrar intereses de la cantidad que se le ofrece en pago, y resuelto que sea este caso por los Tribunales mediante la protesta del acreedor cuando fué compelido á que recibiese la parte líquida, y en la hipótesis de que venza, podrá elegir entre exigir el pago completo ó la devolución de lo que con su protesta hubiese recibido, considerándose no cumplida la obligación y con derecho, además, á la indemnización de perjuicios, según sean los supuestos á que esta elección se refiere y á base de que los haya sufrido.

El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata ú oro que tenga curso legal en España. Así lo dispone el artículo 1.170 que, al emplear las palabras «curso legal en España», no dice monedas españolas acuñadas por el Estado nacional, una de las facultades que integran la soberanía, sino «que tengan curso legal»,



como significando que puede llegarse á la unión monetaria de algunas naciones con España, que es hoy bimetalista, al contrario de otros estados, como Francia, que son monometalistas y tienen el patrón oro por tipo, siendo la plata moneda fraccionaria, y cabe que, á virtud de ese acuerdo, se disponga qué moneda es la de curso legal entre las naciones convenidas, lo cual contribuiría á la baja de los cambios de valores.

Ese artículo se refiere exclusivamente al modo de pagar las deudas, que lo sean en metálico; pero no á las de entregar otras cosas ó valores por más que estén expresadas por una cantidad nominal que sirva de base para regular un rédito ó una participación en el haber común, como sucede generalmente en las acciones de las sociedades mercantiles é industriales (Sent. 24 Noviembre de 1896).

La entrega de pagarés á la orden, letras de cambio y otros documentos mercantiles—añade el precepto,—solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados ó cuando, por culpa del acreedor, se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

No es preciso que esos documentos representen operaciones mercantiles; basta que sean pagarés á la orden ó letras de cambio ú otra clase de efectos para que se hallen comprendidos en dicho artículo, y puesto que en tanto se entregan en cuanto han de pagarse, es claro que en otro caso no existe el pago, á menos de que el acreedor sea culpable de que se perjudicaran; y como el pago de esos efectos es un hecho problemático que entraña una condición tácita, acerca de si se prosperará ó no la acción derivada de la obligación primitiva, queda, en el interin, en suspenso, á menos que otra cosa se hubiera convenido.

No se halla en el caso del art. 1.170 la entrega de billetes del Banco de España, porque ni son moneda acuñada, si que fiduciaria, ni tienen, aunque su emisión se halla regulada por el Código de Comercio, la consideración de documentos mercantiles á que el precepto se refiere, ante lo dispuesto en la ley constitutiva de ese Establecimiento y el privilegio de que goza; de manera que el acreedor puede negarse á recibir la cantidad en billetes, pero, admitida, el pago, *IPSO FACTO*, queda hecho.

Este deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación; en otro caso y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse donde ésta exista en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el



del domicilio del deudor. Esto último constituye la regla general, de la que son excepciones lo antes dicho.

La obligación, lo mismo consista en cosa, que en hechos, que en abstenciones, sea aquélla determinada ó indeterminada, debe cumplirse en el lugar que se hubiese designado, sin que quepa suponerlo, ni bastan las meras afirmaciones del demandante, sino que es necesario que exista algún fundamento racional ó indicio que lo demuestre, porque, de otra suerte, quedaría al arbitrio del actor privar al demandado de su propio fuero; esta es la doctrina contenida en Sent. de 29 de Abril de 1897.

No habiéndose expresado el lugar donde el pago debe verificarse y, tratándose de entregar una cosa determinada (y esto debe hacerse extensivo á las obligaciones de hacer si recaen en cosa determinada) deberá hacerse el pago donde exista en el momento de extinguirse la obligación. No es preciso que la cosa sea individual ó específica; cabe también en la genérica si se halla referida á un grupo ó cualidades determinadas, por ejemplo, una ganadería ó una fábrica especialmente designada «que permita localizar el género así reducido», palabras de Manresa. En este caso el pago debe verificarse donde exista en el momento de constituirse la obligación, porque se presume que allí quisieron el deudor pagar y el acreedor percibir el objeto de la obligación. Pero si la cosa es indeterminada, y entre éstas, el pago de una cantidad, el lugar de éste será el del domicilio del deudor, cuyo juez es el competente para conocer de la demanda. (núm. 1.º art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil).

La ley 98 Dig. DE SOLUT. y DE EO QUOD. CERT. LOC. prescribe que el pago debe hacerse en el lugar señalado y, no estándolo, en el del contrato; esto, no se separa de lo estatuido en el Código, bien que éste da reglas más precisas, que son supletorias en los territorios que se rigen por el Derecho romano, tanto mas cuanto que se hallan apoyadas en la ley procesal, de general observancia.

Disponen: la ley 9.ª Dig. DE SOLUT., que el deudor de un cuerpo cierto y determinado queda libre de la obligación entregándolo en el estado en que se halle, y que en todo caso queda á salvo al acreedor su derecho para exigir de aquél la responsabilidad á que haya lugar en virtud de la naturaleza del contrato; la ley 70 Dig. DE SOLUT., que debe hacerse el pago en el día convenido, y que si el plazo se hubiese estipulado en favor del deudor, podrá éste verificarlo aún antes de su vencimiento, y la ley 17 íd., que si la deuda fuera condicional, puede ser pagada antes del cumplimiento



de la obligación. Remitimos al lector á lo dicho en el estudio de las obligaciones condicionales y á plazo. Son también de citar las leyes 4.<sup>a</sup> Dig. DE COND. TRITIC. y 22 Dig. DE REB. CRED. de que en el caso de tenerse que pagar la estimación por la falta de cumplimiento de la cosa prometida, se regulará aquélla por el precio que tenía ésta en el lugar de la entrega el día que debió verificarse.

### De la imputación de pagos

El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un acreedor podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, á cuál de ellas debe aplicarse. Constituye esto un derecho del deudor que debe utilizarlo en ese momento, tratándose de obligaciones civiles, para las cuales se ha escrito el art. 1.172, y no para las obligaciones naturales, á no ser que el deudor quisiere cumplirlas utilizando ese derecho de imputación. La ley consagra, como primera forma de ésta, la de voluntad del deudor, pues nadie mejor que él sabrá cuál de las obligaciones, con respecto á un mismo acreedor, quiere pagar.

Mediando ó no esa declaración del deudor, si éste aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ella, por cuanto esto ya constituye un convenio y, por tanto, una legalidad surgida con ocasión del accidente de pago; pero tal imputación que el acreedor haga puede ser invalidada por el deudor, si medió en su información dolo, error, fuerza, miedo, etc. Son cosas distintas la invalidación en la imputación del pago y la de la obligación que le dió origen.

Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estén cubiertos los intereses, y es porque la satisfacción de éstos y la de aquélla, en interés del acreedor, forman un todo de exigibilidad. De manera que aún cuando el deudor declare que la imputación se haga á la deuda que devenga interés, no puede estimarse hecho el pago por cuenta del capital, debiendo destinarse la cantidad á la satisfacción de los intereses, que son la renta de ese capital. La regla del art. 1.172 se ha escrito en beneficio del acreedor, en tanto que la del 1.174 beneficia al deudor y tiene carácter subsidiario, en defecto de las anteriores. Con efecto; cuando no pueda hacerse la imputación por no mediar la declaración del deudor, ni porque el acreedor haya dado



recibo, ni porque la deuda produzca intereses ó los produzcan todas las deudas, se estimará satisfecha la más onerosa al deudor entre las que estén vencidas, y si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará á todas, á prorrata.

El art. 1.174 es sumamente elástico, pues resulta difícil la determinación de reglas *á priori*. Es más onerosa la deuda para el obligado en clase de deudor principal, que en la de fiador, y que la que tenga por solidaridad; pues en el primero de estos dos casos hay uno que responde primeramente y en el segundo ese deudor puede repetir contra los otros compañeros de vínculo. Entre dos deudas, es más onerosa aquella cuyo interés resulte superior al de la otra, circunstancia que también concurre en la que tiene garantía real respecto de la que solamente es simple ó personal, y lo mismo decimos de la que tenga cláusula penal en relación con la que carezca de ésta, y la que tiene condición líquida frente á la no liquidada, y la que sea de cuantía mayor, comparándola con la de menor. Todo esto es de apreciación en concreto, no excluyente, en algunos casos, de que bajo el aspecto personal puede considerarse entre dos deudas que afecten al honor ó crédito del obligado, como más onerosa la que mayormente le desacredite.

Establecen la Inst. § QUIB. MOD. TOLL. OBLIG. y la ley 34 Dig. DE SOLUT. que en virtud del pago queda libre el deudor de la obligación y de todas las consecuencias de la misma, salvo la responsabilidad en caso de evicción ó vicio de las cosas entregadas, y añaden las leyes 1 y 3 Dig. IBID. que si el deudor no ha hecho manifestación al pagar una de las deudas para imputarlas en el pago, puede verificarlo el acreedor, recayendo la imputación en la deuda que sea más gravosa á aquél. El acreedor no puede hacer la aplicación al pago de una deuda natural, existiendo otras mixtas (ley 94 Dig. DE SOLUT. ley 21 Cód. DE USUR.) No habiéndose hecho la imputación por el deudor ni por el acreedor, se aplicará el pago á las deudas ciertas y vencidas y no á las litigiosas ó dependientes de condición ó plazo (leyes 2.<sup>a</sup> y 103 Dig. DE SOLUT.)

Siendo varias las deudas ciertas y vencidas, la imputación se hará: 1.º A aquellas en cuyo cumplimiento esté interesado el honor del deudor (leyes 7.<sup>a</sup> y 97 Dig. DE SOLUT.) 2.º A las contraídas con cláusulas penales ó que devenguen intereses (leyes 4.<sup>a</sup> y 97 Dig. íd.) 3.º A las que estén aseguradas con prenda, hipoteca ó fianza (leyes 5.<sup>a</sup> y 97 Dig. íd.) y 4.º A aquellas á las cuales esté obligado el deudor en nombre propio, con preferencia á las provinientes de fiaduría (ley 97



Dig. íd) En igualdad de circunstancias, el pago se imputará á la deuda más antigua, y si son de una misma fecha, á prorrata (leyes 1, 3, 4, 5, 6, 8, 24, 87 y 89 Dig. íd.) Si la suma pagada es mayor que la deuda á cuya extinción debe imputarse, se aplicará el resto á la que después de ellas sea más preferente según dicha orden (leyes 97 y 102 Dig. íd.) Si la deuda devenga intereses se hará la imputación á los mismos con preferencia al capital (ley 1.<sup>a</sup> Cód. DE SOLUT. leyes 5.<sup>a</sup> y 48 Dig. íd.) El fiador ú otro secundariamente obligado que pagare á nombre del principal, podrán hacer la imputación en la deuda de que sean responsables (ley 97 Dig. íd.)

Parangonando las disposiciones del Código con las del Derecho romano, más explicativas las de éste que las de aquél por cuanto señalan el orden en materia de imputaciones, apenas si existen discrepancias, siendo de añadir que este último contiene una disposición no incluída en el Código (leyes 73, 96 y 101 Dig. íd.) de que el acreedor puede imputar el precio sacado de la enajenación de la prenda al pago de la deuda á que estaba afecta, aún cuando ésta provenga de obligación meramente natural.

¿Es preciso que sean vencidas las deudas para que pueda hacerse la imputación de pago? No lo exigen los arts. 1.172 y 1.173, pero sí el 1.174. Si cupiese la imputación de deudas no vencidas cuando las realizara el acreedor sin la conformidad del deudor, podría resultar perjudicado éste con tal adelantamiento del plazo y, de consiguiente, faltando el mútuo acuerdo semejante imputación no cabe, debiendo entenderse los arts. 1.172 y 1.173 en consonancia con el 1.127 para que no se dé ese absurdo; pues la imputación, que no pasa de ser un accidente en el pago, carece de virtualidad para modificar uno de los supuestos de la obligación, cual es la fijación de término desde el cual pueda exigirse, sin venir el deudor tenido á pagarla, por regla general.

### Del pago por cesión de bienes

El deudor puede ceder sus bienes á los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera á aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán á las disposiciones del tít. 17 del Código y á lo que establece la ley de Enjuiciamiento civil.



El art. 1.175 del Código tiene sus precedentes en el Derecho romano. Con efecto; se prescribe en el Cód. QUI BON. CED. que la cesión de bienes es el abandono hecho por el deudor de todos aquéllos, en favor de sus acreedores, para que se cobren de los mismos, cesión que puede hacerse en juicio ó fuera de él (ley 6.<sup>a</sup> Cód. EOD. y últ. Dig. DE CESS. BON.), correspondiendo la administración de aquéllos á los síndicos nombrados por los acreedores (ley 4.<sup>a</sup> Código QUI BON. CED. POS.; 2.<sup>a</sup> Dig. DE CUR. BON. DAND.). Los bienes deben ser vendidos en pública subasta rematándose á favor del mejor postor, y si con el resultado de la venta no quedaran pagados todos los acreedores, subsistirá la deuda por la parte no satisfecha, correspondiendo á los que queden sin cobrar su derecho á exigir el pago en los bienes que el deudor adquiriera después de la cesión, salvo en este caso el beneficio de competencia (leyes 4, 6 y 7 Digesto DE CES. BON.; 3.<sup>a</sup> Cód. DE BON. ANT. JUT. POS.).

Excepción hecha de ese beneficio de competencia que se registró en nuestro Derecho tradicional, apenas si difiere el Código de lo prescrito en la Legislación romana. La cesión de bienes supone pluralidad de acreedores y puede revestir dos formas, la voluntaria y la judicial, constituyendo la primera un verdadero contrato obligatorio para los acreedores que la acepten; no así la segunda que, verificada en juicio universal, establece una relación de derecho obligatoria para éstos y para el deudor, por imperio de la resolución que pronuncien los Tribunales.

La cesión no comprende el lecho del deudor, las ropas de su uso, sueldos, etc., puesto que no se le debe afligir en su situación, y, á menos que se convenga lo contrario, no atribuye á los acreedores la propiedad de los bienes cedidos, sino el derecho de venderlos en la forma prevenida, y hacerse pago con el importe en lo que éste permita y el convenio determine; á falta de convenio, en orden á quiénes deben cobrar primero que otros, se ha de estar á la prelación establecida por la ley.

La cesión de bienes se diferencia de la adjudicación en pago y, con más propiedad, dación en pago, en que ésta no exige la pluralidad de acreedores y menos su totalidad, como tampoco necesita que se extienda á todos los bienes del deudor, pudiendo darse en estado de completa solvencia de éste. Esa adjudicación atribuye al acreedor la propiedad de la cosa que se transmite, extinguiendo la obligación primitiva en la medida del valor asignado á aquélla, ó del que resulte de la tasación convenida, á menos que el silencio del



acreedor y del deudor dé á entender su conformidad en la equivalencia de lo dado, con el importe de la obligación á que se refiera; resultando, por todo esto, que la adjudicación en pago es una especie de compraventa y por esto cabe en ella el retracto legal (artículo 1.521 del Código).

La cesión judicial solo libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes, salvo pacto en contrario; de modo que las obligaciones se extinguen unicamente en cuanto á la cantidad en que sean satisfechos los créditos con el producto de los bienes cedidos para su pago, y de aquí la necesidad de que se vendan en subasta pública judicial ó extrajudicial, publicidad que es garantía para deudores y acreedores, y que aleja todo fraude. Y puesto que los acreedores adquieren los bienes para venderlos, se subrogan en los derechos y acciones que el deudor tuviera ó pudiera utilizar respecto á los bienes cedidos, y si éste adquiere nuevos bienes, pueden repetir contra ellos para el cobro de lo que se les reste á deber. Estas reglas no son aplicables á la dación en pago, puesto que, revistiendo el carácter de contrato, sean uno ó varios los acreedores, á los términos del mismo se han de ajustar, toda vez que la cuestión se resuelve pacíficamente sin llevarla á los Tribunales, de tal manera que cedente y cesionarios gozan de libertad entera para pactar lo que estimen del caso, incluso la extinción total de las deudas concurrentes, á base de que todos los acreedores presten su consentimiento, pues á los que no acudan ó disientan les cabe el derecho de impugnar el convenio. Solamente adquiere obligatoriedad cuando le imprime eficacia la resolución judicial, si la cesión se verifica interviniendo la justicia restablecedora.

La adjudicación para pago de deudas es distinta de la dación en pago; pudiera decirse que representa un contrato modal, constituyendo el *modo* ó fin la aplicación de los bienes al pago de deudas. Pero, en la práctica, suelen tomarse por sinónimas la dación en pago y la adjudicación para pago; pero existe entre ambas una gran diferencia. Mientras la primera es, como hemos dicho, una especie de compraventa que transmite al cesionario la propiedad de la cosa, en la segunda no ocurre esto; entraña solo un derecho personal, pero según el art. 45 de la ley Hipotecaria, ajustado á la ley de 21 de Abril de 1909, que tuvo en cuenta el art. 33 del Reglamento y la Sent. de 23 de Mayo de 1899, la adjudicación de bienes inmuebles para pago de deudas reconocidas de una herencia, concurso ó quiebra, solo por excepción producirá garantías ó derechos de índole



real en favor de los respectivos acreedores, siempre que en la misma adjudicación se hubiese estipulado expresamente.

### Del ofrecimiento del pago y de la consignación

Si el acreedor á quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón á admitirlo, el deador quedará libre de responsabilidad, mediante la consignación de la cosa debida. El mismo efecto producirá por sí sola, cuando se haga estando el acreedor ausente ó se halle incapacitado para recibir el pago en el momento que deba hacerse y cuando varias personas pretendan tener derecho á cobrar ó se haya extraviado el título de la obligación (art. 1.176).

El deador tiene derecho á pagar y á que se le cancelen las hipotecas constituídas en garantía de la obligación (Res. 20 de Agosto de 1894, declarativa de que las comunidades religiosas tienen capacidad para cancelar hipotecas, sin necesidad de licencia del ordinario, por respeto á ese derecho).

No porque el acreedor se niegue á recibir el pago ofrecido ha de continuar el deador atado por la obligación; esto constituye lo que algunos tratadistas llaman la *MORA ACCIPIENDI*, distinta de la *MORA SOLVENDI* de que hemos hablado; pero para que la consignación proceda requiérese que el ofrecimiento se haya hecho y resulte, cuando menos, probado en principio por testigos ó por documentos privados, á falta de la prueba preconstituída del acta notarial. Ese ofrecimiento, que es de carácter extrajudicial ante Notario ó testigos, lo prescriben también las leyes 2.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> Cód. DE USUR. si se hace en el lugar, tiempo y modo estipulados, en cuyo caso puede el deador depositar la cosa de cuenta y riesgo (esta última palabra da carácter á la *MORA ACCIPIENDI* del deador que la hubiera rehusado, leyes 39, y 72 Dig. DE SOLUT. ley 9 Cód. íd. y 19 Cód. DE USUR.) De modo que entre el Derecho romano y el Código no existe discrepancia esencial en este punto y, de consiguiente, ese art. 1.176 es aplicable á las comarcas regidas por el Derecho romano, tanto en su primer apartado, por correspondencia de los preceptos, cuanto en el segundo, por establecer nuevos casos de consignación que las citadas leyes romanas omitieron.

Tenga ó no razón el acreedor para rehuir el pago, cabe que la consignación se haga sin perjuicio de lo que se resuelva en el pleito. Ese ofrecimiento no se requiere en los otros casos comprendidos en



el § 2.º del art. 1.176, á menos que, tratándose de la ausencia del acreedor le sea conocida al deudor la residencia de éste y pueda hacerle el ofrecimiento; pero esta circunstancia no empece para que la consignación se verifique, sin perjuicio de que luego sea discutida por defecto de forma. En el mismo caso del acreedor ausente se encuentra el acreedor dudoso, mejor, aquel que, por su cualidad de heredero de la persona á cuyo favor se contrajo la obligación, se ignora quien sea; y como quiera que el ofrecimiento de pago se hace para obtener la liberación de la deuda, huelga verificarlo si el acreedor es incapaz, procediendo entonces la consignación judicial. Y como el deudor no es quién para fijar el derecho que pretendan tener las personas que reclamen el pago, cumple con hacer la consignación, lo mismo que si se ha extraviado el título de la obligación, porque sobre él debe pagarse; faltando, lo suple la resolución judicial.

Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada á las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. No basta el simple ofrecimiento de pago, es preciso que, antes de llevar el caso á los Tribunales, se haga saber la consignación á las personas interesadas en la obligación, porque no deben ser privadas de su derecho sin ser oídas, cualquiera que sea el vínculo activo ó pasivo que las una. Ese anuncio, que puede ser coetáneo con el ofrecimiento, significa que el deudor está dispuesto á hacer la consignación, para que al acreedor ó á las personas interesadas no les caiga de sorpresa y puedan hacer valer sus derechos, requisito necesario según Sent. de 26 de Noviembre de 1894.

El anuncio puede hacerse judicial ó extrajudicialmente, y la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente á las disposiciones reguladoras del pago, porque constituye la forma solemne de éste, siendo de indicar que, según Sent. de 15 de Abril de 1890, la conformidad de un litigante con lo solicitado por su adversario crea un vínculo de derecho obligatorio á ambos por igual.

La consignación no se hace, como prescribe la ley 8.ª, tít. 14, Part. 5.ª, «en fidelidad de algun home bueno ó en la sacristía de alguna iglesia», ni en los templos, como estatuye la ley 9.ª tít. 43, lib. 8.º del Código romano, sino depositando las cosas debidas á disposición de la Autoridad judicial, ante la que se acreditará el ofrecimiento, en su caso y el anuncio de la consignación en los demás. Una vez hecha, deberá notificarse—trámite judicial—á los interesa-



dos; no basta anunciarla, es preciso que el depósito de la cosa se verifique, correspondiendo á dicha autoridad disponer la admisión del mismo en el establecimiento correspondiente. Esta autoridad debe ser la competente para conocer del asunto según la naturaleza de la obligación, y si fuera incompetente, puede el acreedor llevar la contienda al que tenga competencia, impugnando la eficacia de la consignación, por constituir una forma del pago que en el lugar debido y no en otro debe hacerse; pero si aquél se conforma con esa actuación nula, por implicar esto una sumisión expresa ó tácita, no cabe que pueda impugnarla.

El Juez ante quien se haga la consignación no tiene que apreciar los motivos en que haya fundado el acreedor su negativa á recibir el pago, por el documento que el deudor presente en crédito de haber hecho el ofrecimiento; constituye esto materia á resolver, si aquél formula oposición, para lo cual, hecha la consignación, deberá ser notificada á los interesados, quienes lo mismo pueden conformarse con ella que suscitar contienda donde se discuta su eficacia, como también puede ocurrir que ante la pasividad de aquéllos ó por ser desconocidos tenga el Juez que dictar, á instancia del deudor, la resolución de que trata el art. 1.180, á saber: la cancelación de la obligación.

Esta medida supone que el Juez ha declarado bien hecha la consignación, tanto por haberse cumplido á las prescripciones legales, cuanto porque el pago se ha ajustado á las disposiciones que lo regulan, teniendo á la vista el contrato, y en general, el título de donde la obligación emana. Llenado esto, el deudor podrá pedir que el Juez mande cancelar la obligación, no solo la principal, sino sus accesorias, como la hipoteca. Véase la Res. de 20 de Agosto de 1894 que se refiere á este nuevo medio cancelatorio.

Mientras el acreedor no acepte la consignación, ó no recaiga la declaración judicial de que está bien hecha, como quiera que falta el estado de derecho procesal, podrá el deudor retirar la cosa ó cantidad consignada, dejando subsistente la obligación, como si nada se hubiera hecho; pero si el acreedor hubiese autorizado al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa, y los coherederos y fiadores quedarán libres. Esto es muy justo, porque esa medida del acreedor representa un acuerdo entre él y el deudor y no es cosa de que, entendidos, sufran perjuicio los otros acreedores no preferentes y continuen además unidos por el vínculo directo ó subsidiario los codeudores y fiadores; unos y otros pueden



pedir la cancelación de sus obligaciones, mancomunadas simples ó solidarias y fideyusorias ante esa autorización del acreedor.

Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor (*mora accipiendi*), porque él dió ocasión á que se causaran; pero si el deudor retira la consignación por su iniciativa, antes de ser aceptada ó de recaer la declaración judicial, esos gastos deben ser de su cuenta.

### De la compensación

Es un medio natural de extinguirse las obligaciones y hasta necesario, según dice Goyena, dada la naturaleza de las cosas; tan necesario, que para verificar las operaciones mercantiles, cuando dos ó más comerciantes son deudores y acreedores á la vez y en evitación de que se lleve el dinero de unos establecimientos á otros con gastos y riesgos, se ha introducido en Inglaterra la institución *Clearing—house*, llamada en Francia *Chambre de compensation*.

Las Partidas dicen que significa «descontar un debdo por otro debdo»; constituye un pago abreviado; requiere que dos personas, por derecho propio, sean acreedoras y deudoras la una de la otra; pesadas las obligaciones se ve, si, efectivamente, nada se adeudan con esa reciprocidad ó si existe diferencia de medida entre los créditos. Con ella se procura la efectividad de éstos contra el fraude, pudiendo, por consiguiente, ser total ó parcial; lo primero, si las deudas son iguales; lo segundo, si desiguales, revistiendo dos formas: voluntaria si la establecen los interesados de común acuerdo, y judicial si la otorga el Juez, á virtud de excepción en juicio. Esas personas han de tener derecho propio en su relación de deudores y acreedores entre sí, no en calidad de representantes legítimos de los deudores y acreedores para que no quepa la confusión de patrimonios. Pero no basta esto; la compensación exige estos requisitos: 1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea á la vez acreedor principal del otro; luego no cabe entre obligaciones accesorias, sino entre obligaciones directas, no mediando entre éstas ningún intermediario, porque su presencia impide que se establezca la relación inmediata en que la compensación se basa, esto es, acreedor directo con deudor directo; pero el fiador puede oponer á la reclamación que le dirija el acreedor los créditos que á él personalmente le correspondan y los que pertenecieren al deu-



deudor garantido, porque con una compensación no solo se extingue la obligación de fianza, sí que la principal; lo que no puede hacer el deudor principal es utilizar la compensación por lo que el demandante adeude al fiador de aquél, porque, respecto de ese crédito, él nada tiene que ver. No infringe el art. 1.196 el fallo que aplica la fianza del inquilino al pago de alquileres debidos por éste al propietario. (Sent. 28 Marzo de 1896). 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero; ó siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie, y también de la misma calidad si éstas se hubiesen designado, porque, en otro caso, faltaría el fundamento de la compensación, que es la igualdad en lo debido, para que resulte el pago abreviado. 3.º Que las dos deudas estén vencidas; de manera que no cabe tratándose de las que tienen plazo, porque como no ha llegado el momento de exigir las, no pagándolas el deudor en el entretanto, está en su derecho y no se le puede obligar á compensar. 4.º Que sean líquidas y exigibles: lo primero, porque la liquidación es óbice para el pago (éste exige equivalencia de valores entre las obligaciones compensables), y, lo segundo, porque si son obligaciones naturales carecen de la nota de exigibilidad; pero, siendo civiles, son exigibles mientras no se declare su nulidad ó rescisión, y aún cuando tengan estos vicios cabe también la compensación si ha prescrito la acción para invalidarlas, y 5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención ó contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor, porque, en este caso, no puede rebelarse con su actitud al decreto judicial que ordene la retención.

Para facilitar la compensación, puesto que se establece para descargar responsabilidades, cabe, aún tratándose de deudas pagaderas en diferentes lugares, mediante indemnización de los gastos de transporte ó cambio al lugar del pago; el cambio es tratándose de valores, y el transporte, si de otras cosas; aquél, respecto al tipo medio de las plazas de que se trate, y éste por el precio del medio de locomoción cuyo empleo se hubiese convenido y, en defecto, el del más indicado según las condiciones de la obligación y de las localidades.

No cabe cuando alguna de las deudas proviniera de depósito ó de las obligaciones del depositario ó comodatario y tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito. Fúndanse estas prohibiciones en motivos de justicia y de moralidad, dada la respectiva naturaleza de esas obligaciones, bien entendido



que el depositario y el comodatario gozan del *JUS RETENTIONIS*, mientras no se les paguen los gastos ocasionados por la conservación de las cosas.

Y puesto que la compensación es un pago abreviado, si una persona tuviese varias deudas compensables, se observará, en el orden de la compensación, lo dispuesto respecto de la imputación de pagos. Debe considerarse deudor al que tiene más de una deuda, porque sus obligaciones motivan la duda que la imputación decide. No habiendo derecho ni elección preferente para determinar la imputación, serán aplicables los arts. 1.173 y 1.174.

El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores. Se extinguen *IPSO JURE*, sin acto alguno de los interesados y por eso constituye un medio de defensa que tiene el deudor, que á la vez es acreedor, contra aquél que exija el cumplimiento de la deuda; pero para producir efecto se ha de utilizar. Son aplicables los preceptos del art. 1.196 á los contratos administrativos (Sents. del Tribunal contencioso-administrativo de 5 y 7 de Octubre de 1901).

Contrayéndonos al Derecho catalán, deben citarse las leyes 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> Dig. DE COMPEN. que definen la compensación, exigiendo la concurrencia de dos personas que sean entre sí deudoras y acreedoras á la vez; ella tiene lugar por la sola fuerza de la ley, independientemente de la voluntad de los deudores (ley 1.<sup>a</sup> Dig. *íd.* y ley 4.<sup>a</sup> Código DE COM.); la deuda menor queda extinguida en su totalidad y la mayor hasta la cantidad á que aquélla asciende (leyes 11 y 12 Dig. DE COM.; ley 4.<sup>a</sup> Cód. DE COM. y ley 7.<sup>a</sup> DE SOLUT.); si alguno de los dos créditos ó deudas devengan intereses solo podrán extinguirse por la cantidad que con la compensación no se extinga (*ídem*). Esta solo procede tratándose de deudas de dinero ó de cosas fungibles de la misma especie y calidad y á condición de que sean líquidas y exigibles (ley 8.<sup>a</sup> Dig. DE PIGN. ACT.; ley 22 DE COMP. y ley última Cód. DE COMP.).

La compensación tiene lugar, sea cual fuere la causa de las deudas, excepto: 1.<sup>o</sup> En las demandas de restitución de una cosa que ha sido arrebatada á la fuerza (ley última Cód. DE COMP.) 2.<sup>o</sup> En la devolución de un depósito (ley penúltima Cód. DE DEPOSIT. Instituta § 30 DE EVICTION.) 3.<sup>o</sup> En las deudas á la nación por razón de tributos y otras no exceptuadas (ley 3.<sup>a</sup> Cód. DE COMP., ley 46 Digesto DE JUR. FISCI.) 4.<sup>o</sup> En las de ejecución por causa de censo,



censal ó vitalicio, á menos que el deudor pague ó deposite una pensión de las vencidas (ley 5.<sup>a</sup>, tít. 11, lib. VII, vol. 1.<sup>o</sup> Constit.) 5.<sup>o</sup> En las de ejecución de una deuda prometida, pagar con escritura de tercio ú otras cláusulas guarentigias (ley 7.<sup>a</sup>, tít. 15, lib. 4.<sup>o</sup> volumen 2.<sup>o</sup> Constit.)

El fiador puede oponer la compensación por lo que el deudor deba al mismo ó al deudor principal (leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> Dig. DE COMP.), pero no puede oponerla por lo que el acreedor deba al fiador (ley 23 Dig. DE PACT.) La compensación entre acreedores y deudores solidarios se limita á lo que el reconvenido acredite para el pago de lo que se le reclame (ley 2.<sup>a</sup> Dig. DE COMP., 4.<sup>a</sup> Cód. íd. y 10 Digesto DE DUOB. RER.) Cuando sea distinto el lugar en que deban pagarse las dos deudas, se tendrán en cuenta al compensarlas los daños y perjuicios que se sigan á uno de los acreedores, por no hacerse el pago en él estipulado (ley 15 Dig. DE COMP.) Y cuando una de las obligaciones sea alternativa y comprenda cosa compensable por su naturaleza y otra que no lo sea, si corresponde la elección al acreedor solo cabe la compensación si este exigiese la primera (ley 22 Digesto, íd.)

### Novación

Es la conversión de una obligación en otra, realizada con ánimo de extinguir la primera (ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE NOVAT.) Por la novación se modifica la obligación primitiva, ya variando su objeto ó sus condiciones principales (novación real ó de modalidad, respectivamente) ó ya sustituyendo la persona del deudor ó subrogando á un tercero en los derechos del acreedor (novación personal), y puesto que supone la celebración de una nueva obligación, á base de que la primera goce de vida—pues si se ha extinguido ya no puede ser cambiada por la nueva—exige que los que la celebren tengan capacidad para contratar (leyes 3.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 20 Cód., ley 34 Dig. DE NOVAT.) que se varíe la persona del acreedor ó que la nueva obligación sea distinta de la primitiva (leyes 1.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> Dig. DE NOVAT., Inst. § 3.<sup>o</sup> QUIB. MOD. OBLIG. TOLL.) y, por último, que los contratantes hayan manifestado su voluntad de hacer la novación; ésta, si se verifica por aquellas personas sujetas á tutela ó curatela, solo será válida en caso de serles provechosa, tanto si medió como si no medió la voluntad de sus guardadores (leyes 3.<sup>a</sup> y 20 Dig. DE NOVAT.)



El Código, que en sus arts. 1.203 y 1.204 se ha ajustado bastante á las leyes de Partida (éstas recogieron lo prescrito en las romanas), añade una clase de novación, consistente en el cambio de la persona del acreedor. Para que se considere como tal exige la voluntad de los contratantes, declarando terminantemente que quieren sustituir una obligación por otra. Además de esta novación expresa, el Código registra la tácita, por incompatibilidad absoluta entre la obligación antigua y la que le sustituye, debiendo referirse por regla general, al mismo objeto, por más que cambien la causa ó las condiciones principales ó presentando ese mismo objeto de modo distinto del que antes tenía, sin que envuelva novación el cambio de los accidentes de la obligación, ni el de forma en el título de la misma para darle otra autenticidad de la que antes tenía, por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública, confirmativa de un contrato privado, porque la obligación no varía, y siendo válida, tanto de un modo como de otro, es exigible. El arrendador que toma cierta cantidad á cuenta del arrendamiento nova el contrato por incompatibilidad entre el modo pactado de cumplirse la obligación y el en que se cumplió (Sent. de 5 de Octubre de 1904). La suspensión del juicio ejecutivo, por promesa del deudor de cumplir en breve plazo su compromiso no entraña novación, ni impide instar de nuevo el juicio (Sent. de 28 de Noviembre de 1905).

La novación nunca se presume (Sents. 15 Diciembre, 25 Enero y 31 de Diembre de 1904), como tampoco constituye aquélla la admisión de pagos más beneficiosos para el deudor que los convenidos (Sent. 19 Noviembre de 1894). La novación implica un nuevo pacto en el que debe constar, no solo la voluntad expresa de otorgarlo, sino la de renunciar á los derechos de la primera obligación (sentencia de 4 de Mayo de 1895); de manera que es preciso que conste la intención de novar (Sent. 8 Enero de 1907).

La novación que consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, precisamente porque le beneficia, pero no sin el consentimiento del acreedor, pues con ese cambio de persona podría resultar perjudicado. El art. 1.205 rige en Cataluña (Sent. de 2 de Marzo de 1897); no significa ni requiere que el consentimiento del acreedor en el cambio de deudor se haya de prestar precisamente en el acto mismo en que los deudores acuerdan la sustitución, porque siendo su notorio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor, basta con que éste manifieste dicho consentimiento en cualquier forma ó momento,



mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente (sentencia de 16 de Julio de 1908).

La insolvencia del nuevo deudor que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hace revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que aquella hubiese sido anterior y pública ó conocida del deudor al delegar su deuda (art. 1.206). Este presenta dos situaciones de derecho: una, que dice á la insolvencia del nuevo deudor, después de hecha la novación, la cual perjudica al acreedor; otra, que la insolvencia sea anterior, si es pública, ó si, no teniendo este carácter, era conocida del deudor al delegar. Como quiera que no obró de buena fe, á él perjudica, pero no al acreedor, víctima del engaño.

Las leyes 11, 17, 21 y 22 Dig. DE NOVAT., que desarrollan lo dispuesto en la ley 8.<sup>a</sup> autorizadora de la novación por el cambio del deudor primitivo, aún cuando éste rehusare prestar su consentimiento (esto último es más absoluto que el art. 1.205, pues una cosa es que no se requiere el consentimiento del deudor y otra que rehusé el prestarlo) prescriben que la delegación por la cual el deudor sustituye en su lugar á un nuevo deudor no produce novación si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de dar por libre al primero; lo mismo que dispone el Código.

En esta delegación de deuda intervienen tres personas: el delegante ó sea el deudor primitivo; el delegado, que es el nuevo deudor, y el delegatario ó sea el acreedor. El primero queda libre con respecto á su acreedor; el segundo, lo mismo con respecto al delegante, tocante á la obligación que entre ellos se haya modificado con la sustitución (ley 3.<sup>a</sup> Cód. DE NOVAT.); ese delegado queda obligado para con el acreedor, aunque nada adeudare al delegante, salvo el derecho de reclamar de éste lo que pagase si consintió por error en la delegación (leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> Dig. DE DOL. MAL. EXCEPT.; leyes 12 y 13 Dig. DE NOVAT.; ley 9 Dig. DE COND. CAUS. DAT.; leyes 46 y 78 Dig. DE JUR. DOT.; ley 21 Dig. DE DONATION.). Si la delegación fuere condicional no quedará libre el deudor hasta cumplida la condición. Pendiente ésta, nada podrá exigir el acreedor al nuevo deudor (ley 36 Dig. DE REB. HERED.) Cuando por medio de la novación se convierte una obligación pura en condicional ó al contrario, no hay novación si no se cumple la condición, á menos que se haya expresado claramente que aquélla surtirá efecto, aunque la segunda no se verifique (leyes 11 y 14 Dig. DE NOVAT.).

Prescribe el art. 1.207 que cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligacio-



nes accesorias en cuanto aprovechen á terceros que hubiesen prestado su consentimiento, disposición que, con precedentes en las leyes 1.<sup>a</sup>, 15 y 18, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup> y leyes 3.<sup>a</sup> y 12, tít. 7.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup>, libro 20 del Digesto y 4, tít. 41, lib. 8.<sup>o</sup> del Código romano, tiende á que los terceros no sean perjudicados cuando no hayan prestado su consentimiento á la novación, á favor de los cuales continuarán subsistentes las obligaciones accesorias que les traen provecho. No mediando terceros, ó existiendo éstos, aprobando la novación en el acto ó después de hecha, la obligación primitiva se extingue *IPSO JURE*, por la incompatibilidad de vínculos, á base, claro está, de que la nueva obligación sea válida.

La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, pues no puede tener objeto de cambio ó sustitución lo que carece de existencia legal, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor ó que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. La nulidad á que se refiere el art. 1.208 ha de ser de las llamadas *PER SE*, no la que se funda en la falta de capacidad del contratante ó en los vicios del consentimiento con que se produjera la obligación primitiva, pues si solo puede invocarla el deudor ó convalida éste con la ratificación el acto vicioso, la novación surte efecto porque, concurriendo ese deudor á favor del que existía la acción de nulidad, renuncia implícitamente á ésta; si no concurre, pues su presencia no es siempre indispensable, conservará su facultad de defenderse excepcionando la nulidad, cuando el nuevo deudor le reclame lo que por él hubiese satisfecho, y si ese nuevo deudor conocía los vicios de la obligación primitiva, no obstante lo cual se ha constituido en obligación, nada podrá reclamar contra el deudor, pues cábele el *SIBI IMPUTET*.

Otra de las formas de la novación es el cambio de la persona del acreedor, que no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en el Código, pues de admitirse semejante presunción se desarrollarían las artes del fraude por los deudores poco honorables, dando lugar, en cada reclamación, á largos pleitos.

Solo cabe esa presunción en los siguientes casos: 1.<sup>o</sup> Cuando un deudor pague á otro acreedor preferente, porque le interesa ponerse en primer lugar en el cobro de su crédito por razón de la naturaleza y fecha del mismo; de manera que ese pagador, respecto del crédito subrogado solamente, se coloca en la situación jurídica de la persona á la cual le hizo el pago, sin que esa subrogación modifique las condiciones de su particular crédito, pues si esto se permitiese po-



drían quedar perjudicados los otros acreedores con crédito preferente al suyo en el orden de prelación. 2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con la aprobación expresa ó tácita del deudor, reflejadas la primera, verbalmente ó por escrito, y la segunda por hechos inequívocos; pero tanto una como otra deben ser, á nuestro ver, anteriores ó coetáneas en el pago, no posteriores, pues el núm. 2 del art. 1.210 emplea la palabra «pague» como presente y no «hubiese pagado», y 3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión, en cuanto á la porción que le corresponda, por ejemplo, si lo verifica un codeudor, ó un cofiador y los dueños ó poseedores de las cosas y aún los que tengan sobre éstas un derecho real para, de tal manera, sustraerlos con el pago de la responsabilidad á que estuviesen afectos, bien entendido que en el caso tercero del art. 1.210, no puede estar el pago realizado por un deudor solidario, ya por la naturaleza de la solidaridad, ya porque, efectuado aquél, no se subroga en totalidad en los derechos del acreedor, sí que su facultad se limita á exigir de sus compañeros de vínculo la porción á prorrata que les corresponde satisfacer.

Fuera de estos casos, para que la subrogación produzca efecto, debe establecerse con claridad; ésta es la llamada voluntaria, á diferencia de la anterior que toma el nombre de legal.

Para explicarse el art. 1.211, que, aparentemente se halla en desacuerdo con el 1.205, presentaremos un caso: A es deudor de B y para pagarle recibe de C, en escritura de préstamo, una cantidad, donde ha de constar este su propósito: con el dinero paga á B y en la carta de pago expresa la procedencia de la cantidad. En este caso, como quiera que el acreedor B ha cobrado lo suyo, no se requiere su consentimiento para que el deudor A haga la subrogación en C, quien se queda de acreedor en el lugar que ocupaba el primitivo. Pero es preciso que el dinero se haya tomado en escritura pública, que en ésta se haga constar el propósito del deudor de invertir el dinero recibido—no confesado—en el pago al acreedor A, y, por último que en la carta de pago conste la procedencia de la cantidad; aquella escritura y la carta de pago se casan; las manifestaciones antes dichas constituyen el vínculo de subrogación cuyo elemento material es la cantidad que, tomada de uno, se entrega á otro, y el elemento personal, el primitivo deudor y el nuevo acreedor que se coloca en el lugar y derechos del anterior, aunque éste no consienta la subrogación.



¿Debe constar en escritura pública la carta de pago? Separándonos de la opinión de Manresa creemos que sí, porque tanto en el lenguaje vulgar como en la práctica, la carta de pago constituye documento público en forma de acta ó de escritura. Al exigirla el Código es para que resplandezca la verdad, teniendo ya de antemano una prueba preconstituída de la novación, pues siendo ésta una forma inusitada y desviándose el art. 1.211 del 1.209 del cual es una excepción, hay que darle un sentido restrictivo, en previsión de fraudes; y confiar el valor de una novación á un simple resguardo del acreedor, que puede obrar en connivencia con el deudor para perjudicar á otros acreedores, parécenos demasiado absoluto, pues según el art. 1.212, aplicable á toda clase de subrogación, transfere ésta al subrogado el crédito con los derechos á él anexos, no ya solo contra el deudor, sí que contra los terceros, ya sean fiadores ó poseedores de las hipotecas, á quienes les interesa que la novación de esa manera hecha y especialmente la excepcional del art. 1.211 no sea una superchería, aún cuando no quedan privados de sus legítimos derechos de defensa.

El acreedor á quien se hubiere hecho un pago parcial puede repetir por el resto, con preferencia al que se hubiese subrogado en su lugar á virtud del pago parcial del mismo crédito. Esta subrogación parcial puede ser lo mismo voluntaria que legal, á base de que el acreedor consienta que se le pague menos de lo que se le debe, cuya consideración no puede llegar hasta el punto de perder la preferencia en aquella parte de crédito que sigue teniendo, con las garantías especiales que obtuviera al constituirse la obligación, si otra cosa no se hubiera determinado al aceptar el pago parcial, así como la garantía general constituída por el patrimonio del deudor con su derecho de prelación en el caso de concurrencia de varios acreedores, pero sin que el derecho del primitivo acreedor pueda estorbar el del subrogado, desenvolviéndose éste dentro de su círculo, subordinado el de éste al de aquél, cuando se trate de hacer efectiva la garantía hipotecaria, dada la preferencia en la misma por razón del tiempo. Y como á ese nuevo acreedor le puede convenir satisfacer al primitivo el resto de la deuda, para, de esta suerte, tener toda la garantía, es innegable que puede hacerlo, porque paga á otro acreedor preferente.



### De la condonación de la deuda

Llámase también remisión, quita y perdón, y constituye un acto gratuito ó de liberalidad por el que, sin percibir precio ni equivalente alguno, renuncia el acreedor á hacer efectiva en todo ó en parte la obligación. Puede ser expresa ó tácita (art. 1.187 que corresponde á la ley 7 Dig. DE PACT.; Inst. §§ 2 y 4 QUIB. MOD. OBLIG. TOLL.) Añade el primero, que tanto una como otra estarán sometidas á los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse á las formas de la donación. La expresa, atendiendo al acto jurídico en que se verifica, se clasifica en judicial (hecha á virtud de convenio de acreedores, á motivos de procedimiento de concurso ó quiebra en que se acuerde la quita) y extrajudicial, que puede hacerse por testamento, en cuyo caso constituye un legado especial, ó por contrato, como uno de los modos de extinguirse las obligaciones á que el Código se refiere.

La condonación expresa requiere la aceptación del deudor ó de quien le represente, por constituir éste un requisito en las donaciones, para que no se convierta en un acto de humillación; éste es el sentir de Manresa, apoyado en el art. 630 del Código, del cual participamos. El deudor no viene obligado á recibir la condonación y si el acreedor se negare á recibir la cosa, tiene el medio de la consignación judicial. Es de citar la Sent. de 12 de Junio de 1896, de que las formalidades relativas á la aceptación por donatario y notificación de ella al donante se han establecido en favor de éste y sus causahabientes, y son garantías de sus derechos, por lo cual deben considerarse llenadas, aunque no lo hayan sido en rigor, cuando el mismo donante ó sus herederos están conformes con lo hecho, lo sancionan y renuncian á ejercitar el derecho que les asista. No puede reputarse condonación la facultad que el acreedor da al deudor, vista su insolvencia de momento, de solventar el crédito cuando le sea posible, doctrina apoyada en la Sent. de 15 de Junio de 1866 y en el sentido propio de la palabra «expresa» empleada en el artículo 1.187. Respecto de la condonación tácita, la apreciación de los hechos en que se funde corresponde al Tribunal A QUO.

Para saber si una condonación es ó no inoficiosa, límite que ha puesto el Código á fin de que no se perjudique á los herederos legítimos, pues hay que hacer compatible la liberalidad con los



derechos sucesorios, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 636, 654, 820 y 821, sin que quepa, en nuestro sentir, la condonación opuesta al art. 634, ni la de obligaciones futuras, porque, en otro caso, se daría el absurdo, como dice Manresa, de que la obligación á que se refiere no pudiese ser nunca exigible por el acreedor.

Concurriendo varios deudores beneficiados con la condonación y teniendo que limitarse en el supuesto de que sea inoficiosa á lo que podía disponer el donante, no constando la fecha en que se hizo y revistiendo el perdón el carácter de tácito, quien de los deudores ó donatarios trate de gozar de preferencia entre los suyos debe probar la prioridad en la obtención del beneficio.

La entrega del documento privado (no del público) justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, no por la fuerza, miedo, error, engaño, esto es, por consciente espontaneidad y con capacidad legal, implica la renuncia de la acción que el primero tenía sobre el segundo. En ese documento debe figurar la intervención del acreedor; no constando ésta, debe probarse que fué el justificante de la obligación; de modo que no basta la entrega de ciertos documentos, como cuentas, facturas, etc., para fundar por ella el perdón de la deuda, toda vez que pueden extenderse otros hasta que se pague.

Al acreedor incumbe destruir la presunción á que se refiere el art. 1.184 en su primera parte, concordante con la ley 2.<sup>a</sup> Dig. ídem, que exige también la entrega voluntaria al deudor del documento original y privado en que constaba la obligación.

Si para invalidar esa renuncia se alegase su inoficiosidad, el deudor y sus herederos podrán sostenerla probando que la entrega del documento se hizo en virtud de pago de la deuda.

La posesión del documento por el deudor entraña la presunción de pago; pero ya que se acoge á este favor, no puede utilizarlo existiendo de por medio una contravención á la ley, como ocurre en la donación inoficiosa, toda vez que con ella se lastima un derecho legítimo. En pugna la presunción con la inoficiosidad, aquélla desaparece ante ésta; pero como puede resultar que se hiciera la entrega del documento mediante pago, al deudor ó á sus herederos incumbe probar este extremo.

Puede resultar que la deuda sea mancomunada simple ó mancomunada solidaria, y se pregunta como debe aplicarse, ante la pluralidad de deudores ó acreedores, el art. 1.188.



Prescribe el 1.189 que siempre que el documento privado donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, á no ser que se pruebe lo contrario, lo cual equivale á decir que la posesión del documento es signo de la licitud con que se ha adquirido. Y resolviendo la duda anteriormente presentada, entendemos que si la obligación es mancomunada, tanto activa como pasiva, de carácter simple, la remisión reza unicamente con la parte de deuda, ó con la parte de crédito; lo primero, respecto del deudor en cuyo poder obre el documento en relación con el deudor que se lo entregara. Si la mancomunada es solidaria, esta obligación queda extinguida, y así lo prescriben las leyes 22 y 23 Dig. DE PACT. 13 y 22 Dig. DE ACCEPT. y 31 Dig. DE NOVAT. de que la condonación á favor de uno de los deudores solidarios libra de la deuda á los demás, á menos que solamente se haya tratado de extinguirla con respecto al primero. Claro que, en este último caso, no vemos que exista ya la obligación solidaria, desatado ese vínculo, con respecto al deudor á quien se haya entregado el documento y quedará convertida en mancomunada simple en cuanto á los otros deudores por lo que á su respectiva parte corresponda satisfacer al acreedor.

La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera. Así lo prescribe el art. 1.190 que corresponde á las leyes 23 y 28 de IBID, dispositivas de que la condonación hecha á favor del deudor principal libra á los fiadores, pero la verificada á favor de uno de éstos no aprovecha á aquél ni á sus cofiadores, con lo cual no está totalmente conforme el art. 1.850, preceptivo de que la liberación hecha por el acreedor á uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha á todos hasta donde alcance la parte del fiador á quien se ha otorgado.

Condonada la deuda principal, y puesto que no puede exigirse su cumplimiento, deja de surtir efecto la cláusula penal, otra cosa sería absurda, pero no obstante el art. 1.190, la hipoteca constituida á la seguridad de la deuda no por el hecho de remitirse ésta se cancela aquélla; es preciso que el remitente exprese su consentimiento y, en defecto, se obtenga la providencia judicial, requisitos exigidos por la ley Hipotecaria.

Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se halle en poder del deudor (art. 1.191, que corresponde á la ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE



PACTIS); pero entre ambos textos existe esta diferencia: el Código presume remitida la obligación prendaria por el hecho de que la cosa pignorada se halle en poder del deudor después de haber sido entregada al acreedor, requisito exigido por el carácter real del contrato de prenda, en tanto que la ley romana exige, para que tal condonación exista, no la posesión, sino la devolución de la prenda hecha voluntariamente por el acreedor, probado que sea este hecho, sin que quepa semejante presunción. El Código es mucho más laxo en su ordenamiento que el Derecho romano, sin duda porque supone que el deudor, al poseer la prenda, la tendrá porque voluntariamente se la devolviese el acreedor, no porque se la arrebatara, hubiese ó no vencido la obligación principal; ésta, no obstante la devolución de la prenda, subsiste, bien entendido que ese art. 1.191 merece interpretación extensiva, porque pudiera ser que la prenda no fuese de la pertenencia del deudor, sino del fiador, y obrando en poder de éste ó del deudor hay que presumir, salvo prueba en contrario, extinguida tal obligación accesoria, como puede resultar que la devolución de la cosa la haya hecho un tercero, en cuyo caso, al deudor incumbe probar que ese tercero se la dió por encargo del acreedor, en evitación del fraude que pudiera cometerse.

La ley 24 Dig. DE PROBAT. incluye otro caso de remisión, y consiste en el hecho de haber sido roto ó rasgado por el acreedor el documento acreditativo de la deuda; pero esta presunción cede á la prueba en contrario. El Código no incluye esta clase de condonación presunta JURIS TANTUM, porque puede resultar que, equivocadamente, rasgase el acreedor el documento.

### De la confusión de derechos

Queda extinguida la obligación desde que se reúnen en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor, precisamente por la imposibilidad de ejercerlos, ya que uno no puede ser deudor y acreedor á la vez. La confusión en el derecho de obligaciones corresponde á la consolidación en el derecho de bienes: extinguido el usufructo, redimido un censo, se consolida en la nuda propiedad y en el dominio útil, respectivamente, la plenitud de los derechos, porque no cabe que quien tiene la *PLENA IN RE CORPORALI POTESTAS*, tenga á su favor desmembraciones ó limitaciones de lo que le corresponde en totalidad.



La confusión no cabe en el caso de que tenga lugar en virtud de título de herencia, esto es, si el heredero era acreedor del causante; pero es en el caso de que esa herencia se hubiese aceptado á beneficio de inventario, porque éste establece un deslinde de responsabilidades entre las del CUIUS y las del sucedáneo del mismo.

Las leyes 75 y 107 Dig. DE SOLUT, prescriben que por la confusión se extinguen el crédito y la deuda; añade la ley 23 Digesto DE PACT. que la confusión verificada en la persona del deudor principal libra á los fiadores, pues extinguida aquélla por reunirse en una persona las dos cualidades de deudor y de acreedor, mal pueden subsistir las accesorias, pero, según las leyes 21 y 27 Dig. DE FIDE., la confusión en la persona de los fiadores no libra al deudor principal, prescripciones estas incluídas en el art. 1.193 del Código. Este añade en el 1.194, que la confusión no extingue la deuda mancomunada, si no en la proporción correspondiente al acreedor ó deudor en quien concurren los dos conceptos.

Los actos que ocasiona la confusión pueden cesar ó revocarse por diferentes causas, y claro que, no constituído por aquélla un estado de derecho perfecto é inatacable, resuelto que sea, según la clase de título que la dé origen, quedan las cosas al ser y estado que tenían antes de ocurrir ese modo extintivo de la obligación. Decimos esto, porque si la confusión proviene de herencia puede resultar que el testamento sea nulo ó que en la sucesión intestada haya un pariente con mejor derecho que aquél á cuyo favor hubiese recaído la declaración de herederos, y extinguido el derecho hereditario, mejor, excluída de la herencia la persona en quien recayó la confusión, no es justo se la perjudique continuando ésta con sus efectos, antes renacen por esa circunstancia, como por nulidad, rescisión ó retracto (si el título determinador de la confusión fué inter vivos) los derechos que antes tenía. Cesada la confusión, empieza á contarse de nuevo la fecha de la prescripción, constituyendo un paréntesis el tiempo en que aquélla existió, puesto que durante ese intervalo no podía el acreedor ejercitar las acciones contra sí mismo.

Es de citar la Sent. de 21 de Diciembre de 1902, de que el artículo 1.192 no es aplicable cuando la reclamación se hace por el acreedor, no como heredero de una persona, sino por su derecho lineal de reserva establecido en el art. 811 del Código. Habiendo el acreedor rematado á su favor las fincas hipotecadas, quedan extinguidos los gravámenes impuestos sobre las mismas. (Res. de 6 de Diciembre de 1897).



Es de citar la Res. de 7 de Noviembre de 1906, de que dividida una finca acensuada entre varios dueños útiles, el pago de uno de éstos al censalista del capital proporcional que le afecte, ó la confusión operada en uno de los censatarios no extingue la obligación hasta tanto que se divida también el censo entre las nuevas fincas con consentimiento de todos los interesados, en cuyo caso existiría extinción parcial, ó sea respecto á la parte de censo que afectara á la finca cuyo dueño pagó, ó en el que se realizó la confusión.

### **Pérdida de la cosa debida**

Queda extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada, cuando ésta se perdiere ó destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora. Así lo prescribe el art. 1.182, que corresponde á las leyes 23, 33, 37, 51, 82 y 91 D. DE VERB. OBLIG., las cuales exigen que la cosa objeto de la obligación sea cierta y determinada, que haya perecido quedando fuera del comercio ó se haya perdido, de modo que se ignore absolutamente su existencia. Esto último no lo prescribe el Código, pero se sobreentiende.

La cosa ha de ser determinada, puesto que *GENUS NUNQUAM PERIT* (el género no perece) á menos que comprenda la obligación una generalidad de cosas, como por ejemplo, una ganadería y ésta muera por epidemia. Claro que, si la cosa, por efecto de la expropiación forzosa para la ejecución de alguna obra ó servicio ó por exigirlo el interés histórico ó artístico, ha salido del patrimonio del deudor, éste no procede con culpa, y de consiguiente, no le cabe responsabilidad por mora.

Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096 del Código. No se estableciera esta presunción *JURIS TANTUM* y quedaría á merced del deudor el cumplimiento de sus obligaciones, alegando, para eludir las, que la cosa había perecido, pues debe poner de su parte el cuidado necesario para conservarla y no proceder con mora.

Si bien la pérdida por caso fortuito exime de responsabilidad al deudor obligado á entregar cosa determinada, no le vale si se hubiese constituido en mora ó comprometido á entregar la cosa á dos ó



más personas diversas; lo primero, porque el retardo en el cumplimiento de su obligación le es imputable, y lo segundo, porque al contratar con dos ó más personas diversas sobre una misma cosa, procedió incorrectamente.

La pérdida parcial de la cosa no puede ser objeto de una regla fija y apriorística, sino que ha de obedecer á los diferentes casos que practicamente se planteen, y según sea la importancia y consecuencias de esa pérdida, el destino de la cosa y los fines de la obligación, así serán los efectos de tal pérdida, para aplicar ó no el artículo 1.182 y ver si el acreedor puede considerar dicha pérdida como total.

Prescriben las leyes 51 Dig. DE FIDEI. y 24 Dig. DE UXOR, que siempre que por su culpa ó mora deba prestar el deudor la indemnización de la cosa que ha perecido, quedarán subsistentes para hacerla efectiva las fianzas, hipotecas, prendas y demás obligaciones accesorias, y añaden las leyes 32 Dig. DE USUR. y 88 Dig. DE VERB. OBLIG. que si la extinción de la cosa proviniere de culpa del fiador quedará libre el deudor principal de toda responsabilidad, quedando á cargo de aquél el indemnizar al acreedor.

No incluye el Código lo prescrito en estas leyes romanas, porque no hacía falta, pues mediando mora por parte del deudor, la entrega de la cosa, al no poderse verificar, tiene por sustitutivo la indemnización de daños y perjuicios, y claro que, como garantías de esta responsabilidad, que lo eran de la obligación de tal modo modificada en su objeto, deben continuar las fianzas, hipotecas y prendas, por tener carácter accesorio. La culpa, como la mora, afectan á la persona responsable del descuido ó del retardo y no pueden trascender con sus efectos al que es extraño á ellas, y por esto el Código, tanto la culpa como la mora las refiere al deudor y no á otra persona; de manera que á esos arts. 1.182 y 1.183 debe dárseles, en este respecto, interpretación estricta ajustada á su letra.

Lo estudiado hasta ahora refiérese á la extinción de las obligaciones de dar cosa determinada; respecto de las de hacer, se extinguen, quedando liberado el deudor, cuando la obligación resultare legal ó físicamente imposible; legal, porque no cabe la rebeldía á la ley, y cuando ésta prohíbe que se verifique la prestación, el acreedor no debe exigirla; y físicamente imposible, ya por muerte del obligado, si es de las que no pueden transmitirse, ya por sobrevenir un accidente casual, porque toda obligación presupone posibilidad de cumplimiento.



Mediando la imposibilidad legal, palabra extensiva á imposibilidad reglamentaria, por exigirlo el principio de la obediencia debida á las disposiciones del Poder público, no cabe que el acreedor pueda exigir del deudor la indemnización de perjuicios, á menos que ese obstáculo insuperable á la prestación de hacer obedezca á un derecho adquirido por tercera persona, en cuyo caso, teniendo carácter de legal esa imposibilidad, puede el acreedor exigir la indemnización de perjuicios al deudor, si tal circunstancia le fué á éste imputable por sus actos ó por sus omisiones, que son supuestos de responsabilidad sustitutiva.

Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediera de delito ó falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, pues en otro caso resultaría ilusoria la sentencia recaída en juicio criminal, á menos que, ofrecida por aquél la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese, sin razón, negado á aceptarla, porque en este caso cábele el SIBI IMPUTET. El art. 1.185 hay que relacionarlo con los arts. 125 y 128 del Código penal, bien entendido que aquél no solo se refiere al Código penal, sino también á cualquier precepto que defina y sancione un delito ó falta, ya tenga carácter legal, ya reglamentario.

No porque el deudor ofrezca la cosa al acreedor y éste se niegue á recibirla ha de considerarse liberado; mientras la tenga, y sin que el Código le obligue en este caso á hacer la consignación, debe cuidarla, so pena de que, mediando culpa por su parte, tenga que indemnizar de daños y perjuicios, puesto que la obligación principal subsiste.

Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta (art. 1.186), lo cual constituye una acción subrogatoria, ejercitable por el acreedor, colocado en el lugar y derechos del deudor, al objeto de obtener de los terceros causantes de la pérdida de la cosa, la indemnización de perjuicios ó del producto de la expropiación forzosa, si, sustraída del comercio de los hombres, se hubiese destinado á alguna obra ó servicio públicos ó de interés histórico ó artístico.



### De la prueba de las obligaciones

Dice la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XIV, Part. 3.<sup>a</sup> que prueba es «averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa». Algunos escritores anteponen á esta palabra la de «negada». Ampliando la definición que Giorgi da de la prueba, diremos que es un medio idóneo para producir en el ánimo del juzgador la certeza del derecho negado ó dudoso. «Medio idóneo», porque ha de ser suficiente para alcanzar la posesión de la verdad legal.

La certeza, ó sea la conciencia de la verdad, es de dos clases: absoluta ó intrínseca y relativa ó extrínseca. Se tiene la primera en el orden matemático mediante el procedimiento especulativo, por el cual el intelecto asciende de idea en idea hasta llegar á aquella donde la conciencia, desvanecidas las dudas, queda plenamente satisfecha ante la verdad; tiene la segunda, como dice Giorgi, el carácter de probable; la *RATIO PROBABILIS*, y este escritor añade, «debe bastar, por inexorable necesidad, á aquietar la conciencia, porque la balanza se inclina tanto del lado de la afirmación, que hace improbable la negación». Para llegar á la certeza relativa ó moral, llamada convicción, requiérense medios y procedimientos de inducción y de deducción, escalas por donde el juicio se eleva ó descende, despojado de prevenciones y de prejuicios, actuando el intelecto, no sobre ideas, sino sobre hechos, cuyos signos ó testimonios los recoge el juzgador. Acerca de la clasificación de las pruebas, Bentham las divide en preconstituídas y casuales; ordenadas las primeras por el Legislador cuando hace saber que no tendrá confianza mas que en ellas, sin que valgan otras, ó bien usadas con cautela por las partes en el acto de estipular, y confiadas las segundas al ciego arbitrio del acaso, esto es, que lo mismo pueden presentarse que no, y caso afirmativo, ser de apreciación tasada ó no tasada, por los Tribunales.

Es postulado del Derecho de enjuiciar que la prueba incumbe al que afirma, en el cual se informa el art. 1.214, prescriptivo de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Recordemos lo dicho de que bajo la palabra «obligación» se comprende lo que es correlativo al derecho, producto ambos de la relación jurídica, y también el molde en que se ha vaciado ésta.



Pues bien; ese artículo del Código toma la obligación en esta segunda acepción; y como quiera que, por el *VINCULUM JURIS* se constriñe la libertad del individuo y es de presumir que la obligación no existe, toda vez que limita ó condiciona las facultades de la persona para desenvolverse, impónese que quien sostenga la existencia de ese nexo y del derecho nacido á la sombra y por virtud del mismo, le incumba la prueba puesto que establece una afirmación. Supuesta la obligación, quien se oponga á ella alegando que se ha extinguido, también debe probarlo, porque por su parte opone una afirmación contradictoria al estado de derecho creado por la relación jurídica.

Por regla general, sobre los hechos negativos no caben pruebas, bien que será necesario analizar en algunos casos si las negativas pueden ó no reducirse á una afirmación opuesta y si es ó no posible la prueba de la negación.

Recaen las pruebas sobre los hechos, no sobre el derecho; pero hay excepciones en que la prueba del derecho se exige y son: 1.º Las que se refieren á la existencia de la costumbre, no solamente en las regiones regidas por el Código, á pesar de que éste ha reducido bastante la aplicación del régimen consuetudinario, ante lo dispuesto en su art. 1.976, sino en los territorios aforados, puesto que integra su legalidad reconocida por el art. 12 del citado cuerpo legal. 2.º La que se refiere á las leyes del Fuero Real cuya observancia debe probarse, si se aplican á las cuestiones que no deben resolverse por el Código civil si que por el Derecho tradicional castellano, y 3.º La relativa á la legislación extranjera invocada en los pleitos cuya existencia es dudosa para los juzgadores, ya que no vienen obligados á conocerla.

El art. 1.214 del Código rige en Cataluña (Sent. 21 Febrero de 1898). No proponiendo los demandados en la constestación ni en la dúplica la excepción de pago ni de otra causa extintiva de la obligación no infringe la sentencia dicho artículo (Sent. 30 Marzo de 1896). La prueba de los hechos incumbe al que los afirma (íd. 3 Noviembre de 1902, 30 Octubre de 1903, 8 de Marzo de 1907 y otras).

El procedimiento probatorio tiene tres partes, de proposición, de práctica y de apreciación de la prueba. La primera y segunda son de carácter adjetivo y corresponden al orden procesal, en tanto que la tercera es de índole sustantiva, por cuya circunstancia el Código establece sus reglas, determinando el valor de esos



medios, en cuanto es necesario para demostrar en juicio la existencia ó extinción de la relación jurídica, de la cual se deriva el derecho por parte del demandante, deducido en forma de acción y el derecho del demandado utilizado en forma de excepción perentoria enervadora de la eficacia de aquél, ya por sí (contenido), ya por el título (continente), ya por cuantos medios legales conduzcan á obtener la absolución de la demanda, siendo jurisprudencia constante que el fallo que pronuncia esta última, resuelve y pone término á las cuestiones planteadas y debatidas.

Las pruebas pueden hacerse: por instrumento público, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones (art. 1.215), siendo de citar la Sent. de 13 de Julio de 1894 que, aplicando la doctrina referente á las presunciones de hombre, declara, de acuerdo con la jurisprudencia, que nadie puede ir válidamente contra aquello que de un modo solemne tiene consentimiento.

La palabra instrumento procede de la latina INSTRUERE que significa instruir. Los instrumentos se clasifican en públicos, á los cuales les corresponde más propiamente ese nombre, y privados; unos y otros bajo el léxico general «documento», que define el Digesto diciendo: FIUNT SCRIPTURÆ, UT QUOD ACTUM EST, PER EAS FACILIUS PROBARI POSIT.

El documento es la representación escrita del acto jurídico para perpetuarlo y fundar en él derechos y obligaciones: VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT. Son documentos públicos (palabra tomada de la latina DOCUI, enseñar), los autorizados por un Notario ó empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley. Los autorizados por Notario hábil en forma de escrituras, actas, testimonios, sus copias ó traslados con arreglo á la Legislación notarial, tomando el verdadero nombre de instrumentos públicos, especie del género documento público, pues éste puede autorizarlo ó expedirlo otro funcionario que tenga fe gubernativa ó judicial; tanto la de éstos, como la del Notario se da por delegación del Estado, que es el órgano jurídico de la sociedad políticamente constituida; de manera que el empleado público es un delegado del Poder social que, en el ejercicio de sus funciones y al autorizar los documentos, no puede obrar arbitrariamente, sino con sujeción á la ley, cumpliendo las solemnidades por ésta requeridas, so pena de nulidad de aquél y de las responsabilidades á que se haga acreedor.

Prescribe el art. 1.217 que los documentos en que intervenga



Notario público (que es distinto del notario eclesiástico, pues tienen su respectiva esfera de ministerio) se registrarán por la Legislación notarial. Esta queda integrada por la ley orgánica, anticuada, del año 1862, por el reglamento para su ejecución é instrucción sobre la manera de redactar los documentos públicos sujetos á registro, ambos del año 1874, Reales decretos y Reales órdenes posteriores que han contribuído á sembrar el caos en esta materia.

Los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto á las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

Comentando el art. 1.218, pregúntanse dos cosas: una, á qué documentos públicos se refiere y, otra, quién puede considerarse tercero á los efectos del precepto.

Como quiera que éste habla en general de documentos públicos, á sus términos se les debe dar interpretación extensiva, á base de que representen un otorgamiento, y en verdad que esta palabra no es propia en el artículo, porque otorgar significa prestar conformidad; otorgan las partes; el empleado público que interviene por razón de su cargo, si es Notario, á instancia de parte, que es como debe ejercer su ministerio, lo que hace es autorizar, esto es, dar autoridad, imprimiendo el sello del Poder público al hecho que presencia, á las circunstancias en que se desenvuelve y al acto jurídico que se realiza bajo el amparo de la ley. Ese documento público lleva en sí la prueba preconstituída, por sí no decisiva cuando concurren otras, aportadas al pleito, en términos que del resultado de todas se forma el convencimiento, la certeza moral de que hemos hablado, para que brille en los fallos la verdad legal, que no siempre es la verdad real, pues, como dice Horacio, *ERRARE EST HUMANUM*. Empleara ese art. 1.218 el sustantivo «autorización», al igual que lo hace en participio pasado el art. 1.216, en lugar del sustantivo «otorgamiento» y su contenido no despertaría dudas.

El tercero á que se refiere dicho artículo es el que no ha intervenido en el otorgamiento, ni como contratante, ni como causahabiente de éstos, no por título intervivos, sino *MORTIS CAUSA*; es el extraño al contrato. Las declaraciones que en éste hagan los contratantes les perjudican, bien que pudiera resultar que fuese una equivocación y hasta una broma, por lo que tales declaraciones pueden resultar destruídas por otras pruebas aportadas al juicio, en cuyo caso puede el Tribunal prescindir de ellas, puesto que el Código no



le obliga, en absoluto, á tenerlas que admitir por inconcusas con todas sus consecuencias.

Es de citar la siguiente jurisprudencia: No infringe el artículo 1.217 la sentencia que no atiende á la manifestación hecha en una escritura pública ó en un fallo ó sentencia anterior, sino á la prueba documental ó al dictamen pericial del nuevo pleito, así como al pericial del precedente, en lo que se refiere á la situación de una finca en perjuicio de tercero (Sent. de 20 de Mayo de 1896). La declaración de los otorgantes en un documento público constituye prueba contra los mismos en relación con los demás contratantes ó con el fin del acto que el documento autoriza, pero no para personas ó para fines extraños á dicho documento. No infringe el art. 1.218 la sentencia que no desconoce el valor de otros documentos, sino que considera que éstos no prueban lo que se pretende ó el hecho objeto del litigio (Sents. 1.º Junio de 1897 y 12 Enero de 1898).

A la luz de esta doctrina cabe decir que no debe confundirse el valor legal del documento con el valor probatorio del mismo; aquél es en abstracto, este último en concreto, por referirse al hecho negado ó dudoso que se trata de averiguar.

El art. 1.218 no concede valor preferente, ni menos decisivo á los documentos públicos, en concurrencia con otros de igual ó de diferente clase (Sent. de 28 de Febrero de 1898); pero esto no quita que la prueba documental no sea más eficaz que la testifical; para no resultar postergada por ésta ha de reunir las condiciones legales (sentencia 28 Noviembre de 1896); pero aún con toda esa eficacia, concurriendo con otras pruebas, no es de carácter decisivo, pesa en gran manera en el ánimo del juzgador, de tal modo que ni el contenido del art. 1.218, ni el del 1.248 que trata de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, establecen *en absoluto* la superioridad respectiva de la prueba documental sobre la otra, siendo dicho art. 1.248 una especie de exhortación á los Tribunales para que no prevalezca la coincidencia de varios testimonios cuando deben existir documentos.

Relacionando el Código con la ley de Enjuiciamiento civil que autoriza el recurso de casación (art. 1.692) cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho si resulta de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, entendemos que si en el pleito no se ha aportado otra prueba que la documental, ya aceptada por no haber sido redargüida de falsedad civil ó criminal, ó se hubiera hecho el cotejo, en el supuesto



de que la parte contraria no hubiera aceptado el documento presentado con la demanda ó con la contestación, ó hubiera venido al pleito en el respectivo período, con la citación prevenida, ó que en el caso de haber otras pruebas, su resultado no contradiga al documento auténtico, no hay más remedio que apreciar la fuerza decisiva del mismo, que, por ser concluyente, dada su autenticidad, y en el supuesto de que sea idóneo para el averiguamiento del hecho negado ó dudoso, esto es, con valor legal y concreto, el Tribunal sentenciador tiene forzosamente que aceptarlo, pues en otro caso viene la casación de la sentencia, pero cuando además de la prueba documental se han practicado otras que la atacan, no ocurre eso; el Tribunal, A QUO, las aprecia en conjunto, pudiendo resultar pospuesta aquélla á la testifical, como hemos dicho anteriormente; esto se debe á que, constituyendo el documento una prueba preconstituída, suponiendo una verdad en aquello que el mismo expresa, semejante presunción puede ceder á otra prueba en contrario, de más estimación por parte de la justicia restablecedora.

Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados solo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el Registro público competente ó al margen de la escritura matriz y del traslado ó copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero. Así lo prescribe el art. 1.219, informado en el principio de que á nadie le debe parar perjuicio lo que desconoce. Desvirtuada una escritura anterior por otra posterior, afecta á los mismos interesados la novación ó modificación que hayan tenido á bien establecer; pero al que no concurrió á su otorgamiento por sí ó por su mandatario no le puede ello perjudicar, á menos de que tenga conocimiento oficial de esa nueva escritura, ora por haber sido anotada en el Registro público competente, ora por haber obtenido copia de la escritura matriz primitiva, en cuyo margen se hubiese anotado el contenido de la posterior, porque en ambos casos, como puede ya enterarse de la modificación introducida, cábele el SIBE IMPUTET. Si ese tercero deduce su derecho fundado en una escritura modificada, habiéndose antes registrado la nueva escritura, ó puesto la nota al margen del instrumento protocolado, que deberá insertarse en el traslado, por exgirlo la integridad del documento, no podrá alegar, con éxito, semejante desconocimiento, porque debía atenerse á la desvirtuación que conocía. Si ese tercero tenía copia de la primera escritura, sin la nota de modificación, y en el supuesto de que la segunda desvirtuadora de aquélla



no se hubiera anotado en el Registro público competente, el medio de suplir la falta de ese conocimiento y para que sepa tal desvirtuación, será la notificación que se le haga, contándose desde esta fecha los efectos que respecto del mismo deba producir tal variación.

Las copias de los documentos públicos de que exista matriz ó protocolo, impugnadas por aquellos á quienes perjudiquen, solo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia se estará al contenido de la primera. El art. 1.212 parte del supuesto de que tanto la matriz ó protocolo como la copia, por ser documentos públicos, llevan en sí la presunción de autenticidad, esto es, que son documentos auténticos, que hacen fe por sí mismos, sin que haya necesidad de ser corroborados por ninguna otra prueba, pero la parte á quien perjudiquen tiene derecho á impugnarlos (núm. 1.º art. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil), en cuyo caso, esas copias deben ser cotejadas con sus originales, y si de esta compulsas, con citación contraria, realizada por el actuario ó por el Juez (art. 599 de íd.), resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera, precisamente por ser el documento que, además de tener la garantía de la custodia, fué el redactado sobre el acto ó contrato cuando se realizó, con la intervención del funcionario público y á presencia de los interesados y de los testigos y con las firmas exigidas por la ley. El documento matriz tiene más grados de autenticidad que la copia.

Pero pueden haber desaparecido la escritura matriz, el protocolo (que es la colección ordenada de escrituras matrices autorizadas durante un año) (art. 17 de la ley del Notariado) ó los expedientes originales; en este caso harán prueba: 1.º Las primeras copias sacadas por el funcionario público que las autorizara, esto es, ya sea el mismo Notario ante el cual pasó el documento, ya el que estuviese encargado de la custodia del protocolo en los distintos casos de sustitución que autoriza la ley (art. 31 de aquélla); 2.º Las copias ulteriores libradas por mandato judicial, con citación de los interesados; aquellas gozan de prioridad en la expedición y tienen á su favor el homenaje del tiempo sobre las segundas; 3.º Las que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad; éstas carecen de la fuerza que á las anteriores les da el mandato judicial en el estado de derecho que representa el procedimiento.

A falta de las copias mencionadas harán prueba cualesquiera



otras que tengan la antigüedad de treinta años—el máximo de tiempo para ganar la prescripción á favor del homenaje del tiempo—siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó ú otro encargado de su custodia, porque la ley supone su honorabilidad. Las copias de menor antigüedad ó que estuviesen autorizadas por funcionario público en quien no concurren las circunstancias antes mencionadas, solo servirán como un medio de prueba por escrito.

El art. 1.221 establece un orden de preferencia para el caso de que concurren más de una copia de distintos grupos; pero la presunción JURIS TANTUM que unas tienen sobre las otras por el orden directo de la escala, puede ser destruída por otra prueba en contrario, pues son cosas distintas, aún cuando entre sí se relacionan, la autenticidad y la exactitud. El precepto establece el orden de copias respecto á la autenticidad.

La fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los Tribunales, según las circunstancias; de manera que puede darse el caso de que el Juez prescinda de ellas.

La inscripción en cualquier Registro de un documento que haya desaparecido será apreciada según las reglas de los dos últimos párrafos del art. 1.221.

El documento es la primera representación del acto jurídico, del que es segunda la inscripción registral, sacada ésta del contenido de aquél, y cuando la inscripción se intente utilizar, respecto de tercero, ó entre los interesados como documento público, tomada del que ha desaparecido, en vez de hacer prueba desde luego, será ó un principio de ésta por escrito ó se apreciará por los Tribunales según las circunstancias.

La escritura defectuosa por incompetencia del Notario ó por falta en la forma tendrá el concepto de documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes. Así lo prescribe el art. 1.223, relacionado con el 27 de la ley del Notariado, que, por paridad de razón, debe aplicarse al caso excepcional de que en otra clase de documento público se haya cometido el defecto ó exista la incompetencia á que el precepto se refiere, debiendo distinguirse entre nulidad del acto jurídico (contenido) y nulidad de la escritura ( continente); el vicio ha de afectar á la forma de ésta, para que pierda su carácter de documento público y se convierta en documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes. ¿Es preciso que aparezca la firma de *todos*? El Código no emplea este adjetivo determinativo,



sino el sustantivo «otorgantes», y de consiguiente, según sea el documento y el número de personas á quienes afecte y la clase de obligación á que se refiera, así deberá ser la resolución.

No infringe el art. 1.223 la sentencia que da eficacia, como documento privado á uno antiguo notarial otorgado en Mallorca sin firmas de otorgantes, testigos, ni notario, pero conforme con un borrador conservado en el protocolo y firmado por los interesados, acreditada la costumbre de otorgar en tal forma documentos públicos en aquella fecha en Mallorca (Sent. 17 Junio de 1902).

Las escrituras de reconocimiento de un acto ó contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados si, por exceso ú omisión, se apartaren de él, á menos que conste expresamente la novación del mismo (art. 1.224). En éste se ve por las partes el deseo de corroborar lo ya establecido en otro, y claro que si al otorgarlo se peca por carta de más ó por carta de menos, es decir, por exceso ó por omisión, apartándose de aquél primitivo, la escritura de reconocimiento, como quiera que no casa, carece de eficacia, á menos que entrañe una novación de obligaciones mediante la cual la primitiva se extingue por virtud de la escritura ulterior, surgiendo otra nueva reemplazadora de la otra.

Lo que el Legislador se propone evitar con ese artículo es que, por el exceso ú omisión padecidos en escrituras de reconocimiento, realizados con habilidad ó dolo por uno de los otorgantes, se cause agravio á los otros que de buena fe fueron al otorgamiento; pero, claro está, que si esta escritura de reconocimiento representa una novación, ya porque los interesados así lo declaren, ya porque resulte ésta de los términos con que se verifica el cambio, ya porque una obligación y otra son incompatibles, en términos que no puede considerarse con vida legal la primera ante el nacimiento voluntario de la segunda, el propósito de novar y el hecho de la novación aleja aquellos medios ilícitos, sin que quepa la sorpresa del engaño.

Límitada una escritura en la misma fecha que el testamento de quien la otorga á ratificar y declarar irrevocable un legado condicional, y concretándose el legatario, presente al acto, á aceptar el legado y obligarse á cumplir la condición en dicha escritura, no hay contrato y si ampliación del testamento; y si posteriormente el testador hubiese otorgado nuevo testamento con designación de otros herederos y sin hacer mención del legado, la sentencia absoluta de la demanda interpuesta para la entrega del legado no in-



fringe el art. 1.224 del Código civil, ni otros de éste. Siendo la repetida escritura una disposición testamentaria, por la relación con el testamento que le precede, tiene naturaleza de última voluntad. (Sent. 8 Mayo de 1896).

### De los documentos privados

Aunque el Código no los define, puede decirse que son aquellos que, sin intervención de un funcionario público (que en el ejercicio de sus funciones les imprime autenticidad con arreglo á las leyes), extienden las partes por sí ó valiéndose de otra persona, firmados ó no firmados por ellas y con ó sin la presencia de testigos. Reconocidos legalmente, como dispone el art. 604 de la ley de Enjuiciamiento civil, á menos de que la parte á quien perjudiquen los hubiese aceptado como legítimos al fijar los hechos en la contestación, réplica ó dúplica, tendrán el mismo valor que la escritura pública entre los que los hubiesen suscrito y sus herederos.

Con arreglo al art. 1.225, reconocido legalmente el documento por el que lo suscribió hace prueba contra él (Sent. 10 Diciembre de 1895); entre estos documentos privados están los extractos de cuentas corrientes y las cartas particulares según los arts. 506 y 602 de la citada ley procesal (Sent. 28 Febrero de 1896, confirmada por la de 10 de Noviembre de 1902, declarativa de que esos extractos hacen prueba sin necesidad de otra justificación, mientras no se demuestre que se padeció en ellos algún error, así como también reprodujo esta doctrina la Sent. de 16 de Octubre de 1907, que dió valor á tales extractos de cuentas y á las facturas para acordar una quiebra por haberse cumplido lo dispuesto en el primer extremo § 2.º del art. 876 del Código de comercio.

Las partes vienen obligadas á cumplir lo establecido en un contrato privado, como si fuera escritura pública (Sent. 19 Noviembre 1897), pero si no ha sido reconocido, está facultada la Sala para apreciar la prueba testifical, sin más limitación que la de las reglas de la sana crítica (Sent. 15 Junio de 1897), siendo de citar también la de 11 de Mayo de 1905, declarativa de que el art. 1.225 del Código no se opone á que, mediando un documento privado, unido á otros elementos de juicio, se estime probado en perjuicio de tercero el acto ó contrato á que se refiere.

Emplea el art. 1.225 la palabra «causahabientes», y también



figura escrita en el art. 1.226, separada por la disyuntiva ó, de la de «herederos» del obligado, y, siguiendo el sentir de Manresa, entendemos que con ella se denota la frase general «sucedáneos ó sucesores» tanto por título de herencia, universal ó singular, como por actos intervivos, esto es, de personas que ocupen el lugar y derecho de los que hubiesen suscrito el documento privado, porque lo que el Legislador se propone es que con el reconocimiento tengan aquellos carácter probatorio, ya que, desde su origen, no llevan consigo autenticidad: lo que no tuvieron en la esfera pacífica pueden obtenerlo ante la justicia restablecedora. Y cuando esos documentos no lleven firma ó no se reconozcan, ya sean anteriores ó posteriores al Código, cabe valerse de otros medios de prueba acreditativos de la verdad y de la eficacia de la obligación (Sent. 18 Noviembre de 1903), reconocimiento que debe ser el judicial, como determina el artículo 604 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin que excluya el extrajudicial, hecho en escritura pública ó antes testigos, apreciada por el juzgador según las respectivas reglas, al igual que los medios supletorios por falta del reconocimiento en juicio directamente ó por confesión, tales como el cotejo de letras, dictamen pericial y declaraciones de testigos, encaminado todo á acreditar, ya la certeza del documento, ya su reconocimiento privado, por quien no quiso reconocerlo ante la judicial presencia.

Aquel á quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado á declarar si la firma es ó no suya, porque debe honrarla reconociéndola, y como es un acto personalísimo suyo y él debe responder de él, la resistencia sin justa causa á prestar la declaración (que debe ser en forma de posiciones), podrá ser estimada por los Tribunales como una confesión de la autenticidad del documento; de manera que la ley (art. 1.226 del Código) da margen al criterio judicial para que, ante esa rebeldía del firmante del documento, pueda considerársele ó no confeso sobre la autenticidad del mismo; claro que esa persona debe tener capacidad, lo mismo al tiempo de otorgar el documento que cuando se le exhiba para que reconozca la firma.

Los herederos ó causahabientes del obligado no pueden estar tenidos á reconocer una firma que no es de ellos, ni cabe que se les obligue á reconocerla, y podrán limitarse á declarar si saben que es ó no de su causante la firma de la obligación; dicho está que si quieren reconocerla, la ley no lo prohíbe; pero si se negasen á hacer esa declaración, no mediando justa causa, los Tribunales podrán es-



timar la resistencia como una confesión de la autenticidad del documento privado.

La fecha de éste no se contará, respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado ó inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, ó desde el día en que se entregase á un funcionario público por razón de su oficio (art. 1.227).

El Legislador mira con prudente prevención el documento privado, y si bien la fecha de éste perjudica á los que en él intervinieron, deben quedar los terceros, es decir los que fueron extraños á esos contratantes y no son sus herederos ó causahabientes, al abrigo de todo fraude que puede cometerse, poniendo en aquél fecha distinta de la que realmente le corresponda, y de aquí que esa fecha no puede contarse en perjuicio de tales terceros, pero sí en beneficio de éstos, sino desde el día en que hubiese sido incorporado ó inscrito el documento en un registro público, porque en este caso ya hay un funcionario que responde de la verdad respecto de la fecha de la presentación, constituyendo esto una prueba preconstituída en este punto.

El Registro, lo mismo puede ser el civil, que el de la propiedad, el fiscal ó el simplemente administrativo, pues al artículo debe dársele, dados sus fines y contextura, interpretación extensiva. Pero puede ocurrir que uno de los firmantes del documento haya fallecido; lo mismo puede ser contratante que testigo, y como con la muerte de un firmante, cualquiera que sea su cualidad ó intervención, no cabe suplantarlo el documento, á menos que se falsifique la firma de aquél, parece alejada, hasta cierto punto, la sospecha del fraude, y de aquí que se cuente, como fecha del documento, la de la muerte de cualquiera de los que pusieron en él sus firmas. Y por último, si ese documento ha sido entregado á un funcionario público por razón de su oficio, aún cuando no se haya incorporado ó inscrito en un registro público ó vivan los que lo firmaron, se tendrá como fecha del mismo, en perjuicio de tercero, el día en que se hizo la entrega, porque entonces ya hay un funcionario que responde de la verdad respecto del día de presentación, pero ese, por razón de su oficio, ha de tener competencia para hacerse cargo del documento ó despacharlo, es decir, no ha de proceder oficiosamente en ello, siendo de citar la Sent. de 2 de Febrero de 1894, de que un documento privado por el que se hace una cesión y á virtud de la cual se entabla tercería de dominio de los bienes embargados por un tercero, no puede perju-



dicar á éste, porque solo tiene valor desde la fecha en que se acompaña á la demanda, ó sea en época posterior al embargo y en circunstancias que invalidan aquel acto de cesión por la presunción fraudulenta á que se refiere el art. 1.297 del Código.

Los asientos, registros y papeles privados unicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; esta es una idea relativa, debiendo apreciarse, en cada caso concreto, estén ó no firmados por la persona que los haya escrito; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen, pues así lo exigen la integridad y el respeto que merece el asiento registral, y papel privado; claro que para aplicar el art. 1.228 es condición precisa que aquéllos estén escritos por la persona á quien pueden perjudicar, no por otra, pues en este último caso no harán prueba, á no ser que aquélla los hubiese afirmado, haciéndolos suyos de ese modo. La última parte del art. 1.228 mantiene relación con lo dispuesto en el art. 48 del Código de Comercio de que el adversario no podrá aceptar de los libros de los comerciantes los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que habiendo aceptado este medio de prueba, quedará sujeto al resultado que arrojen en su conjunto, etc.

La nota escrita ó firmada por el acreedor á continuación, al margen ó al dorso de una escritura que obre en su poder hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor, pero esto no impide que tal prueba pueda ser destruída por otra y que se demuestre el error que sufriera el acreedor al poner la nota, ó que se extendiese en la creencia de que había de hacerse el pago realmente no verificado, porque el deudor no puede aprovecharse ni de esa equivocación, ni acaso de sus engaños. De manera que el art. 1.228 establece una presunción *JURIS TANTUM*, lo mismo en su primera que en su segunda parte, de que igual se entenderá de la nota escrita ó firmada por el acreedor al dorso, al margen ó á continuación del duplicado de un documento ó recibo que se halle en poder del deudor. Este extremo del artículo se refiere, no á los documentos ó recibos que el deudor tenga en su poder, sino al duplicado de los mismos; disposición que creemos extensiva á los talones, pues, como dice Manresa, «el talón, de ordinario más breve que el documento correspondiente, no es reproducción total de éste; puede reputarse como duplicado á los efectos del Código, ya que precisamente el fin y objeto de aquellos es hacer las veces de tal duplicado».

La fuerza probatoria de los documentos á que se refieren los ar-



títulos 1.288 y 1.289 se limita á acreditar lo perjudicial para su autor, pero con la indivisibilidad de que hemos hablado; esto es, que quien quiera aprovecharse de lo que le favorezca tendrá que aceptar lo que le perjudique, á menos que la parte no autora del documento renuncie á servirse de él.

El documento privado hecho para alterar lo pactado en escritura pública no producirá efecto contra tercero (art. 1.230); de suerte que tendrá eficacia entre los interesados, y sus herederos y causahabientes; pero esto no puede referirse al hecho y á la fecha que lleve el documento público, porque constituyendo prueba plena en estos extremos, dada la intervención que en el mismo tuvo el representante del Poder social, no puede ser desvirtuado, á menos que resulte falso por virtud de prueba en juicio. Lo que sí pueden hacer las partes es modificar lo pactado en la escritura pública, en uso de su soberanía individual, no opuesta á las leyes, á la moral, ni al orden público, sin que puedan perjudicar á tercero, esto es, á aquel que, no ligado con esos contratantes por vínculo general de causahabiente, no hubiese intervenido en ese documento privado, que alteró la escritura pública en la cual funda su derecho. Esos contratantes, aún cuando pueden rectificar las manifestaciones que hicieran en la escritura, á base siempre de que no perjudiquen á tercero, no pueden privar á la misma de su autenticidad, ya que de ellos no la recibe, si que del funcionario público que la autorizó ejerciendo su ministerio.

Si se extiende el documento privado para desvirtuar ó novar una obligación contraída por escritura, vale la alteración y perjudica entre los contratantes; pero si se extiende aquél con propósito de reconocerla ó confirmarla, y en esta operación se aparta por exceso ó por defecto de lo consignado en ella, esa alteración no puede surtir efecto, por ser aplicable el criterio que inspira el art. 1.224, tendente á prevenir sorpresas engañosas.

### De la confesión

La confesión es la declaración ó el reconocimiento que en juicio ó fuera de él se presta por una persona capaz, sobre hechos relativos á la misma. La define Touiller diciendo que es el testimonio prestado por el deudor á la verdad de una obligación ó de un hecho que con la misma se relaciona. No puede ser considerada como



constitutiva de obligación, sino como medio de justificar la previamente contraída.

La confesión judicial puede hacerse: 1.º Antes de empezar el juicio para prepararlo cuando se refiere á un hecho relativo á la personalidad del demandado y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en él (núm. 1.º art. 497 de la ley de Enjuiciamiento civil). Esta confesión tiene por objeto prevenir la excepción dilatoria, que puede convertirse en perentoria, de falta de personalidad del demandado á que se refiere el núm. 4.º del art. 533 de aquélla. 2.º Dentro del juicio, desde que se reciba el pleito á prueba hasta la citación para sentencia en 1.ª instancia (art. 579) y 3.º A virtud de auto para mejor proveer (núm. 2.º del art. 340 de la misma).

Los autores han clasificado la confesión en judicial y extrajudicial, verbal y escrita, expresa y tácita, simple y cualificada, divídual é indivídual, los cuales han señalado como condiciones de la judicial las expresadas en este dístico latino:

MAJOR, SPONTE, SCIENS, CONTRA SE, UBI JUS FIT, ET HOSTIS, CERTUM, LISQUE, FAVOR, JUS NEC NATURA REPUGNET.

El art. 1.231 del Código admite, tanto la confesión judicial como la extrajudicial, y exige en ambas, como condición indispensable para su validez, que recaigan sobre hechos personales del confesante y que éste tenga capacidad legal para hacerla. Y se explica esto, porque la confesión perjudica al que la hace, y es de tal eficacia en el derecho enjuiciario que, según el art. 637 de la ley, sobre los hechos probados por confesión judicial no se permitirá para corroborarlos, prueba de testigos á ninguna de las partes, eficacia que de una manera sustantiva le da el art. 1.232 del Código al prescribir que la confesión hace prueba contra su autor, habiendo recaído la Sent. de 25 de Enero de 1902, de que cuando las partes convienen por confesión ó reconocimiento en los hechos fundamentales del pleito, se hacen innecesarios los demás medios de prueba, é infringe dicho precepto la sentencia que así no lo reconoce. Y por si faltara otro texto del Código para dar valor á la confesión judicial, está el art. 1.234 del mismo, á menos que se pruebe que al hacerla se incurrió en error de hecho.

El Legislador tiene que establecer requisitos en esta prueba de privilegio y, en su consecuencia, no pudiendo obligar al litigante á que confiese hechos por él no realizados, prescribe que unicamente pueden recaer sobre los personales del mismo; pero como por la confesión se contrae una responsabilidad por parte del que la presta,



ya que queda tenido á las consecuencias de la misma, debe tener capacidad para hacerla. Por esto se declaró en Sent. de 5 de Octubre de 1901, que no es válida la confesión de crédito prestada por la mujer, sin conocimiento del marido, en diligencias preparatorias de ejecución, precisamente porque esa confesión envolvía el reconocimiento de una deuda que la mujer casada no puede verificar contra lo dispuesto en el art. 59 del Código civil, obligatorio en todas las regiones de España.

La capacidad á que el precepto se refiere es la de comparecencia en juicio, tratándose de la confesión judicial, y la de poder prestar el consentimiento, si de la extrajudicial.

Al que lleve en juicio la representación voluntaria ó legal de otra persona no puede exigírsele confesión de hechos personales de ésta, y si se niega á confesar, no puede tenérsele por confeso; pero si ese representante ha intervenido en hechos, que si bien afectan á sus representados, han sido ejecutados por ellos, v. g. un cobro de cantidad en nombre del menor, viene obligado á prestar confesión porque se refiere á un acto que le atañe y le es personal.

La mujer no puede comparecer en juicio, si carece de licencia de su marido ó de habilitación judicial. Esto no excluye que pueda pedirsele confesión judicial, pues ésta, como hemos dicho, no establece una obligación, sino que tiende á justificar la previamente contraída, ó acreditar hechos realizados por el confesante, que son supuestos del litigio sobre el que tiene que recaer sentencia. Ella hace prueba contra su autor, á menos que se trate de eludir con su prestación el cumplimiento de las leyes (art. 1.231).

La confesión no hace solo prueba contra su autor, si que también contra sus herederos, puesto que le reemplazan por sucesión universal en sus derechos y obligaciones, á no ser que exista la separación de patrimonios por el beneficio de inventario ó que encubra renunciaciones ó donaciones perjudiciales á los legitimarios ó de otros derechos que la ley declara.

La confesión, por ser una prueba establecida por la ley, no puede surtir efecto cuando se trate de eludirla; muchas veces no tiene eficacia, á saber: en los casos de nulidad de matrimonio ó de divorcio, y si la madre declara contra la presunción de legitimidad del hijo, porque no puede perjudicar el estado de éste, nacido de unión conyugal.

No puede dividirse contra quien la hace, salvo cuando se refiera á hechos diferentes ó cuando una parte de la confesión esté probada



por otros medios, ó cuando en algún extremo sea contraria á la naturaleza ó á las leyes (art. 1.233). La regla general es que la confesión tiene carácter de individual ó indivisible. No constituye una oferta libre, sí que un reconocimiento hecho por el confesante, que no puede ya retirarlo porque otra cosa no sería seria, pero el otro litigante puede prescindir de ella en totalidad, no parcialmente, á menos de que no concurran las excepciones encerradas en el precepto.

Si la confesión se refiere á varios hechos, su indivisibilidad no existe cuando pueden ser separados y distintas las manifestaciones, sin que pueda tomarse como criterio, en este punto, la forma en que se hayan hecho las preguntas ó posiciones, porque esto, además del peligro proveniente de la habilidad en hacer aquéllas, supone un accidente que no afecta á la indivisibilidad, *per se* de la confesión. Contraída ésta á hechos que, entre sí, mantienen íntima conexión y aún cuando las preguntas sean distintas, resulta indivisible; por ejemplo, si se reconoce una deuda por el absolyente y añade éste haberla pagado, porque la solución es forma natural extintiva de aquélla; pero si confesada la deuda se añade una reconvencción, como quiera que se refieren á hechos diferentes, á relaciones jurídicas distintas, cabe esa indivisibilidad.

Es otra excepción de dicha regla, cuando una parte de la confesión esté probada por otros medios distintos del de ella, porque ambos integran la prueba. Precediendo la confesión á las otras pruebas, debe aguardarse á que éstas se practiquen y entonces, al apreciarlas en el escrito de conclusiones, en la vista del pleito ó en la comparecencia de las partes, trámite anterior á la sentencia, ha de tener cuidado la parte de rechazarla en absoluto ó de aceptarla plenamente, exponiéndose, en el caso de optar por la división, á que, como dice Manresa, «no estimando el Juzgador probados por distintos medios los extremos que se suponían, quede ineficaz la división pretendida», teniendo que pasar por toda ella.

La imposibilidad de sentido común y aún la extraordinaria dificultad é inverosimilitud de algún extremo de la confesión permitirán dividirla, mayormente si, con relación al extremo no admitido, puede oponerse una fundada presunción, pues la confesión no ha de repugnar á la Naturaleza, como tampoco á la ley (*JUS NEC NATURA REPUGNET*), ni en todo, ni en parte.

Solo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho, no en error de derecho porque éste no excusa. De



manera que no pueden someterse al reconocimiento del confesante cuestiones jurídicas, pues tiene el deber de conocer la Ley, sino hechos que son el supuesto real de la prueba, bien que muchas veces es difícil separar el hecho del derecho; para este discernimiento está el criterio judicial, cuidando de que, si media error de hecho en unas manifestaciones y no en otras, no deben quedar ineficaces los extremos favorables de la confesión, aunque se anulen por ese vicio del entendimiento todos los adversos.

Son requisitos de la confesión judicial que se haga ante Juez competente bajo juramento decisorio ó indecisorio y se halle personado en autos aquel á quien ha de aprovechar.

Puede resultar que después de prestada la confesión se resuelva la competencia en contra del Juez que la hubiese recibido, y se pregunta ¿Es válida? Si damos interpretación literal y estricta al artículo 1.235 del Código, impónese la negativa, porque aquélla fué prestada ante Juez incompetente; pero no puede ser esto, ante lo prescrito en el art. 1.115 de la ley de Enjuiciamiento civil que, para evitar dilaciones y gastos innecesarios á los litigantes, declara válidas las actuaciones (y bajo esta palabra también se comprende la confesión, puesto que se actúa en su recibimiento) hasta la decisión de la competencia, sin necesidad de que se ratifique ante el Juez ó Tribunal que se declare competente; claro está que han de ser aquellas actuaciones que no representen un estado de indefensión, con las que pugna el hecho de haber planteado el demandado la cuestión de incompetencia en forma de inhibitoria, como por ejemplo si acusada la rebeldía hubiese recaído auto en que se tuviese por contestada la demanda, no obstante hallarse tramitándose la cuestión de competencia; semejante resolución no puede perjudicar al pseudo rebelde, y por ser nula tiene éste derecho á contestar á la demanda.

A ese art. del Código no se le puede dar interpretación estricta respecto del requisito de que debe hallarse personado en autos aquel á quien ha de aprovechar la confesión.

Con efecto; cabe ésta antes de entrar en el juicio ordinario (núm. 1.º del art. 497 de la ley de Enjuiciamiento civil), esto es, como diligencia preliminar ó de preparación, así como puede pedirse para dar condición de título ejecutivo á la manifestación del deudor sobre la certeza de la deuda (núm. 3.º del art. 1.429 en relación con el 1.432 de aquella); de modo que estas confesiones no se rinden en juicio, porque no hay tal juicio y, sin embargo perjudican al que



las presta, en provecho del que las pide. No decimos lo propio tratándose de una confesión en acto de conciliación, porque la confesión es una prueba y no un trámite preparatorio: ante el Juzgado municipal no se averigua la verdad de los hechos ni se presta juramento alguno, sino que se procura avenir á las partes, en evitación de que vayan á la contienda.

La confesión judicial se presta bajo juramento decisorio y bajo juramento indecisorio; el primero significa que acepta el solicitante de ella lo que diga su adversario; lo mismo en lo favorable que en lo adverso; confía á su honorabilidad el éxito del asunto. De manera que no puede valerse de ninguna otra prueba, por considerarse plena y concluyente la de la confesión. Consiste el segundo en que la confesión solo perjudica al confesante, pudiendo utilizar el que la pide cualesquiera otras pruebas (art. 380 de la ley procesal).

La confesión con juramento decisorio, como es sumamente arriesgada por el que la solicita, raras veces se propone y no puede pedirse ni sobre hechos punibles, ni sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no pueden transigir, por exigirlo el respeto á la ley, ante la cual no caben rebeldías, siendo de relacionar el artículo 1.337 como el 1.232 del Código, porque se completan. Desde el campo del Derecho civil no pueden eludirse las sanciones de la ley penal, como tampoco las prohibiciones de ley común respecto á transacciones, siendo de citar los arts. 1.813 y 1.816 del Código que complementan el que estudiamos, así como lo dispuesto en el capítulo 2.º, tít. 16, lib. 4.º del mismo, debiendo distinguirse, en este último respecto, entre la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por culpa ó negligencia y la sanción del hecho que los produce en la esfera del Derecho penal; y como quiera que sobre lo primero cabe la transacción por referirse á responsabilidades civiles cuyo ejercicio es potestativo en el perjudicado y, aún reclamadas pueden renunciarse, no puede referirse á ellas la prohibición contenida en el art. 1.227.

Entre esas prohibiciones se cuenta la del art. 1.816 referente á la renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos; pero, muerto el causante, la confesión que se preste, como no se trata ya de legítima futura sino de un derecho hereditario adquirido, si es renunciado, cabe que sobre el hecho de la renuncia pueda versar la confesión.

El juramento decisorio se divide en deferido y referido; constituye el primero el que una de las partes pide á la otra obligándose á



pasar por lo que ésta declare, y significa el segundo, la devolución de ese juramento que hace el confesante á aquel que le pide la confesión para que conteste lo que le pregunte; si este último se negare á prestarlo se le tendrá por confeso; pero los hechos objeto de esa prueba han de ser personales de los confesantes y éstos han de tener capacidad en el momento de declarar. La ley coloca á los litigantes en la misma situación; el confesante puede llevar á su contrario al terreno de una especie de adjunto juramento para que, unidos por este vínculo, expongan la verdad: «el juicio y la justicia que todo juramento implica», como dicen las Partidas.

Al referirse el juramento, quien lo pide puede adicionarlo con preguntas distintas de las que el otro las hiciera; si las adiciones son explicación de lo antes preguntado ó abarcan extremos indivisibles con aquellas, pueden ser incluídas en el juramento referido; pero si las nuevas preguntas comprendieren hechos diferentes de los preguntados, tendrán en cuanto á las adiciones la cualidad de documento deferido y podrán volver aquellas á quien las hizo, á modo de rebote, valga la palabra, para que las conteste.

La confesión prestada bajo juramento decisorio, deferido ó referido, solo constituye prueba á favor ó en contra de las partes que á él se sometieron y de sus herederos ó causahabientes. Así lo prescribe el art. 1.238, siendo de citar la Sent. de 5 de Diciembre de 1899, de que la confesión del ejecutado en las tercerías podrá, á lo sumo, perjudicarle á él, pero no al ejecutante en favor del tercerista, doctrina corroborada por la de 2 de Junio de 1894, declaratoria de que no tiene eficacia la confesión judicial prestada por el concursado y dirigida, no contra sí, sino mas bien contra la masa general del concurso.

Puede darse el caso de que, pidiéndole confesión á uno para que diga si adeuda cierta cantidad, añada que la tiene pagada, cuya exculpación se halla autorizada por los arts. 586 y 588 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No se admitirá prueba sobre la falsedad del juramento; el Código solo autoriza la ineficacia de la confesión cuando hubiere mediado, al prestarla, error de hecho ¿Y si hubiera habido dolo, violencia ó miedo en este medio de prueba? El dístico latino emplea la palabra *SPONTE*; significando que el confesante debe obrar con espontaneidad, con plena conciencia y libertad al rendir su declaración; pero el Código no menciona aquellos vicios del consentimiento, y no porque los omita expresamente deben considerarse fuera de lo



prescrito en el art. 1.134. Demostrándose en el pleito que no hubo tal consentimiento porque el confesante fué engañado, forzado ó intimidado, creemos que no valdrá esa confesión, que es cosa muy distinta de la falsedad del juramento; esto último significa que aún cuando diga el confesante que juró con reservas mentales y que dijo cosa distinta de la verdadera, no le vale esta evasiva, ante el respeto que merece el hecho de haber puesto á Dios por testigo ó haber prometido por su honor decir la verdad.

Constituye la confesión tácita el reconocimiento de los hechos á ella sometidos tal como los haya alegado la parte contraria. Esta confesión aparece establecida en el art. 1.236 del Código, si la parte que pida la confesión se niega á prestar el juramento deferido por la otra, como también en los arts. 498 y 586 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues si la parte se negare á declarar, el Juez la apercibirá en el acto, de tenerla por confesa si persiste en su negativa, etc., y añade el 593 que, si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citación sin justa causa, rehusare declarar ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente á pesar del apercibimiento que se le haya hecho, *podrá* ser tenido por confeso en la sentencia definitiva; de manera que es potestativa en el Juez esta declaración (Sent. 20 Junio de 1884).

La confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto á la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba. Para que sea válida debe recaer sobre hechos personales del confesante y tener éste capacidad legal para prestarla (art. 1.279 en relación con el 1.331).

Esta confesión puede hacerse en cualquier tiempo, antes ó después de comenzado el pleito, de palabra ó por escrito, estando ó no presente la parte á quien favorezca; en documento público ó privado y con testigos ó sin ellos. El valor de ella es el que le den los Tribunales en cada caso, según las pruebas relativas á tal hecho, combinando todos los elementos de juicio que conducen á formar el convencimiento moral. De manera que la fuerza probatoria de la confesión es la que corresponda en combinación con las demás pruebas practicadas en el pleito, pues no tiene otro valor que el de un hecho, sin que revista por sí la eficacia de la que se presta en juicio. Estimado ó probado el hecho de la confesión extrajudicial, para apreciar su fuerza probatoria y sus efectos respecto de los litigantes, habrán de aplicarle las disposiciones que se refieren á la confesión en general establecida en los artículos del 1.231 al 1.234 del Código.



### De la inspección personal del Juez

Esta prueba, que es de observación propia del Juez, que tiene sus precedentes en las leyes 8.<sup>a</sup> y 13, tít. 14 de la Part. 3.<sup>a</sup> y que pueden proponerla las partes salvo excepciones, como la contenida en el art. 1.644 de la ley de Enjuiciamiento civil que la omite, ó acordarse por auto para mejor proveer, es muchas veces de influencia decisiva en la resolución del litigio, sin que esto signifique que el juzgador venga obligado á pasar por ella, toda vez que, sin traicionar á su conciencia, puede dar más valor á los otros medios probatorios ejecutados; y así lo declara la Sent. de 29 de Abril de 1892, confirmada su doctrina por la de 8 de Mayo de 1897, distinguiendo esta última los casos en que el Juez, autor de la sentencia, es ó no el mismo que inspeccionó.

La inspección personal, llamada reconocimiento judicial en la ley de Enjuiciamiento civil, é inspección ocular en la de Enjuiciamiento criminal, solo será eficaz en cuanto claramente permita al Tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que trate de averiguar; de manera que es una prueba de inducción que tiene por base la observación directa y suele emplearse tratándose de pleitos sobre servidumbres aparentes, deslindes, alteraciones recientes de las cosas, daños causados en algún objeto; y como, á veces, se necesita ó el Juez lo cree del caso, que personas técnicas ó prácticas le ilustren sobre el terreno ó á la vista del objeto, acerca de las causas de lo que presencia, extensión de lo mismo, consecuencias que puedan derivarse y demás conducente á integrar su juicio en la cuestión debatida, esa prueba va asociada á la pericial, ambas practicadas en un mismo acto, con presencia de los litigantes, de sus procuradores y letrados, como prescriben los arts. 634 y 635, pudiendo examinarse, acto contínuo, los testigos, si así lo hubiese solicitado previamente la parte á quien interese, conforme á lo dispuesto en el art. 636, todos de la ley de Enjuiciamiento civil.

Del resultado de la inspección extiende el actuario la oportuna acta, y si el Juez que dicte la sentencia no es el mismo que la practicó, puede fundarse en ella, siempre que este último hubiese consignado con perfecta claridad en la diligencia los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada. De manera que esa observación ajena puede ó no ser objeto de apreciación por el juzgador.



### Prueba de peritos

Es la llamada técnica ó profesional; representa el enlace de la Ciencia, del Arte y de la Industria con el Derecho, servidores todos de la Justicia para que pueda administrarse, surgiendo de ese consorcio, en cada caso concreto, la verdad legal que se busca por el procedimiento. Solo se podrá utilizar cuando, para apreciar los hechos, sean necesarios ó convenientes conocimientos científicos, artísticos ó prácticos; por ella se aportan elementos de juicio ó se corroboran los que el Juez ya posee por su cultura ó su práctica, y tan es así que no viene obligado á sujetarse al dictamen de peritos, pues no constituye otra cosa que una pauta de ilustración apreciable según las reglas de la sana crítica.

Esta prueba ha de referirse solo á hechos, no al derecho, porque éste, por presunción *JURIS ET DE JURE*, es de todos conocido; pero las relaciones jurídicas que el intercambio económico y la vida moderna establecen, constituyen una excepción de ese principio, pues, aplicado el Derecho internacional en algunos litigios, se necesita saber si la legislación extranjera invocada por los litigantes está ó no en vigencia, y caso afirmativo, cuál es la interpretación de la norma en el país donde rige, siendo obligado consultar, acerca de estos puntos, la opinión en forma de dictamen de los letrados de dichos países, cuya reputación les eleve á la categoría de jurisconsultos, aparte de que puede acudirse también á los informes oficiales que resuelvan la cuestión dudosa.

En la apreciación que hace el Tribunal sentenciador de la prueba pericial no cabe fundar recurso de casación (Sents. 5 Junio y 4 Julio de 1894). La apreciación de esta prueba es discrecional en el Tribunal *Á QUO* y contra ella no cabe fundar ese recurso, máxime no citando ley ó sentencia del Tribunal Supremo que tenga por regla de sana crítica la que se suponga infringida (Sent. de 12 de Febrero de 1896). El art. 1.243 no contiene disposición de carácter preceptivo (Sent. de 10 de Mayo de 1902).

### De la prueba de testigos

Es falaz é insegura en su esencia, pero tiene grandísima importancia práctica, pues como dice la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 16 de la Part. 3.<sup>a</sup> «se



sabe la verdad, por su testimonio, que en otra manera sería escondida muchas veces».

Fluctúa el Derecho moderno entre dos tendencias: una que, considerando peligrosa esa prueba por prestarse al apasionamiento, al error y hasta al engaño, la proscribió tratándose de cuestiones de cierta cuantía que exigen y de ordinario suponen la existencia de documentos; criterio en el cual se inspiró el Código de Napoleón y que consagra el art. 51 de nuestro Código de comercio; y otra, que reconociendo esos inconvenientes, así como la necesidad de tal prueba, pues no siempre pueden acreditarse los hechos en forma escrita, la admite en general, pero dejando su eficacia al prudente arbitrio del juzgador; constituye esto el eclecticismo en que se hallan inspirados los arts. 1.244 y 1.248 del Código.

Entiéndese por testigo toda persona extraña al juicio, que, presentada por el litigante ó citada de oficio, contesta á las preguntas y repreguntas que se le hacen acerca de un hecho, ya por el testimonio propio por haberlo presenciado, ya con referencia al de otros tenidos por veraces.

Podrán ser testigos todas las personas de uno y otro sexo que no sean inhábiles por incapacidad natural ó por disposición de la ley.

Son cosas distintas la incapacidad y la tacha de los testigos; dice la primera á la falta de aptitud para rendir declaraciones; éstas, aún cuando se presten, no surten efecto, como si no se hubieran dado; no así ocurre con la tacha; es potestativo en el litigante contrario al presentante del testigo, ó citado de oficio en defecto de presentación, el poderlo ó no tachar por hallarse comprendido en alguna de las causas del art. 660 de la ley de Enjuiciamiento civil, y aún tachado, el Juez, con arreglo á las reglas de la sana crítica, puede, en definitiva, aceptar, como veraz, la declaración de ese testigo.

No se nos oculta que las causas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de ese art. 660, en concepto de tachas, figuran como de incapacidad, por disposición de la ley, en los núms. 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> del art. 1.247 del Código, y es claro que si los que se hallan comprendidos en esos casos son inhábiles, su declaración, según ese distinguo que hemos hecho, no surte efecto, sin necesidad de que se les tache, si resulta acreditada en los autos ó por su propia declaración la circunstancia que les hace inhábiles. Sin embargo el Código y la ley de Enjuiciamiento no distinguen entre casos de incapacidad y los que pueden ser objeto de tacha; pero



como el primero es posterior á la segunda, creemos que la declaración de los ascendientes en los pleitos de los descendientes y viceversa, la del suegro ó suegra en los pleitos del yerno ó nuera; la del marido en los pleitos de la mujer y la de la mujer en los del marido, no pueden considerarse como tales declaraciones, porque quien las presta es inhábil por incapacidad legal; lo mismo que las que rindan los que tengan interés directo en el pleito y los que estén obligados á guardar el secreto por su estado ó profesión en los asuntos relativos á su profesión ó estado y los especialmente inhabilitados para ser testigos en ciertos actos; de modo que el Juez no puede fundar su juicio en las aseveraciones de esos testigos, lo cual no ocurre, si los testigos no inhábiles son objeto de tacha, ora por no ser tan estrecho el parentesco con el litigante, ora por ser socio, dependiente ó criado de quien lo presenta, ora por tener interés indirecto en el asunto y ora por ser amigo íntimo ó enemigo manifiesto de los contendientes, pues el Tribunal A QUO puede, no obstante, probada la tacha encaminada á demostrar la parcialidad del testigo, aceptar su declaración.

La incapacidad por razón de parentesco á que se refieren los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 1.247 no es aplicable en los pleitos en que se trate de probar el nacimiento de los hijos, ó cualquier hecho íntimo de familia que no sea posible justificar por otros medios, por cuanto esta prueba tiene el carácter de excepcional.

Es inhábil por incapacidad natural el loco ó demente; el primero por tener perturbada la razón; el segundo por faltarle las luces de ésta; pero ¿ha de estar declarada esa incapacidad antes de que ese testigo preste su testimonio? Entendemos que sí, bastando también que tal persona se halle reclusa en un manicomio, porque para encontrarse en él, requiérese la formación de un expediente, sin que quepa hacer en el pleito declaraciones incidentales de locura del testigo, puesto que trascienden al orden jurídico del mismo; entra por mucho en esto el prudente criterio del Juez, de conformidad con lo dispuesto en el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil. Si el loco declara en un lúcido intervalo, no porque sobre él pese la declaración de incapacidad, se ha de privar al Juez de la facultad de poder apreciar su declaración, pues al precepto no se le debe dar interpretación estricta, ya que, en ese caso falta el fundamento en que descansa la prohibición.

También son inhábiles, por incapacidad natural, los ciegos y sordos (deben ser los enteramente sordos, pues al art. 1.246, en su



número 2.º, aunque no se relaciona con el 697, le sirve éste de explicación al emplear el adverbio «enteramente») en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído, y, por último, los menores de 14 años sin distinción de sexos, incapacidad esta última que deberá tenerse, en opinión de Manresa á la cual nos adherimos, no solo en el acto de prestar el testigo la declaración, sino en la fecha del conocimiento de los hechos respectivos. Añade este comentarista que, pudiendo la mujer contraer matrimonio á los 12 años, cabe que sea testigo á lo menos en aquellos hechos íntimos de familia de que habla el 1.247. No vemos, dada la estructura de este último artículo y del anterior, que quepa lo dicho por Manresa, porque la permisión establecida en el último párrafo del artículo 1.247 se refiere exclusivamente á lo establecido en los números 2.º, 3.º y 4.º del mismo y no á lo preceptuado en el 1.246, carente de esa coletilla y, por tanto, habiendo capacidad natural en el mayor de 14 años y, aún cuando á los doce puede la mujer contraer matrimonio, no es hábil para declarar, por incapacidad natural, trátase del pleito de que se trate, por ser cosas distintas la aptitud para unirse en matrimonio y la de rendir su declaración en juicio.

Que esto, tomado en absoluto, es un absurdo, referido al caso de la cuestión, salta á la vista, pues quien puede prestar su consentimiento para unirse perpetuamente en matrimonio tiene conocimiento y voluntad y de consiguiente debiera ser capaz para declarar; pero el Código no ha querido establecer privilegios del sexo femenino sobre el masculino y por esto señala la edad común de 14 años para ser testigos, á hombres y mujeres.

La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los tribunales conforme á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, con arreglo á las leyes de la sana crítica, pues ha desaparecido la prueba tasada que reguló la ley 32, tít. 16 Part. 3.ª y prescribieron las leyes romanas que tuvieron aplicación en los territorios de Derecho foral y que no pueden ser invocadas según respectivamente declararon las Sents. de 19 de Febrero de 1886 y 4 de Octubre de 1890. Pero esta facultad concedida al Tribunal A QUO, desenvolviéndose dentro de esas reglas de la sana crítica tiene un condicionamiento de prudencia y es que los Tribunales deben evitar que, por la simple coincidencia de algunos testimonios (y de esto nos hemos ocupado al marcar las dos tendencias sobre la apreciación de la prueba testifical), á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los ne-



gocios en que, de ordinario, suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito.

Al recurrente es á quien incumbe demostrar la infracción que al apreciar las declaraciones testificales hayan podido cometer los Tribunales (Sent. de 25 de Febrero de 1896). Los Tribunales pueden apreciar el resultado de la prueba testifical, en defecto y aún en concurrencia con otro elemento de prueba (Sents. 23 Abril 1897 y 17 Marzo 1903). Contra la apreciación de esa prueba no cabe recurso de casación, aunque el pleito se refiera á cuestiones en que, por intervenir de ordinario escrituras ú otros documentos, deban cuidar los Tribunales de evitar que se resuelva por la sola virtud de las declaraciones de testigos, á menos que su veracidad sea evidente, porque la apreciación de esa cualidad está sujeta unicamente á las reglas de la crítica racional (Sents. 30 Enero 1901, 26 Febrero, 11 Marzo y 12 Julio 1902), doctrina repetida por las de 11 de Mayo de 1903 y 17 de Diciembre de 1908 que señalan al art. 1.248 un carácter especial, mas bien admonitivo que preceptivo.

### De las presunciones

La palabra presunción es compuesta del verbo latino SUMERE (tomar) y de la preposición PRE (antes); en virtud de ella se acepta una cosa por verdadera (SUMITUR PRO VERO PRE) y fué definida esta prueba de deducción por el Código romano diciendo: PRESUMPTIO EST CONJECTURA DUCTA AB EO, QUOD FIERI, VEL CONTINGERE SOLET UT PLURIUM. De ella dijeron las Partidas que «Es grand sospecha que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba». Un ilustrado publicista la define «consecuencia que saca la Ley ó el Magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido».

Las presunciones se clasifican en legales y judiciales; á las primeras se las llama también de derecho y á las segundas de hombre. Las legales se subdividen en presunciones JURIS ET DE JURE impuestas por las leyes prohibitivas que fueron los motivos de ellas, las razones que tuvo el Legislador para no permitir que contra su ordenamiento pudiera oponerse justificación en contrario, como, por ejemplo, la de que todos conocen la Ley, la verdad del juramento decisorio y la primogenitura del primer nacido; y de JURIS TANTUM, que admiten prueba en contrario; estas últimas se subdividen en pre-



sunción que solo admite esa prueba por determinados medios ó en cuanto á ciertos extremos, v. gr. la de cosa juzgada y la de legitimidad de hijos habidos en matrimonio, y la que permite en contrario toda prueba, cualquiera que sea.

El art. 1.251 trata de la presunción *JURIS ET DE JURE* y de la *JURIS TANTUM* llamada de cosa juzgada, *RES JUDICATA PRO-VERITATE HABETUR*, que solo puede destruirse por la sentencia ganada en recurso de revisión.

La cosa juzgada, para que constituya presunción surtiendo eficacia en otro juicio, orlada con la santidad tradicional que obliga á acatarla y cumplirla, exige que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la mas perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron; requisitos estos exigidos por el art. 1.252 del Código, cuyos autores tuvieron en cuenta el principio *RES INTER ALIOS JUDICATA ALTERI, NEQUE NOCERE NEQUE PRO DESSE POTEST* y lo que dice Modestino en la ley 1.<sup>a</sup> DE REG. JUR., *RES JUDICATA DICITUR QUÆ FINEM CONTROVERSIARUM PRONUNTIATIONE JUDICIS ACCEPIT, QUOD, VEL CONDEMNATIONE, VEL ABSOLUTIONE CONSTRINGIT*.

Antes de estudiar los requisitos de la cosa juzgada, es de consignar que el art. 1.249, que es el normal en materia de presunciones, rige en todos los territorios aforados y, entre éstos, Cataluña según Sent. de 21 de Febrero de 1898.

Para que la presunción de cosa juzgada exista, sin que contra ella quepa otra sentencia, so pena de que esta última sea nula de derecho, según declaró el Tribunal Supremo en 11 de Julio de 1880, es preciso que tal fallo, invocado por el demandante al accionar, ó por el demandado al excepcionar, sea definitivo, constituya una verdadera ejecutoria por su naturaleza y la del juicio en que se dictó, sin que pueda volverse sobre el mismo asunto, porque, en otro caso, no tiene eficacia; así es que, las sents. que se dictan en juicios posesorios, interdictos y todos aquellos que no excluyan la tramitación de otros sobre el mismo objeto, aunque por distinto motivo, como quiera que puede entablarse juicio ordinario, no tienen la eficacia de la cosa juzgada (Sents. de 4 de Junio de 1864 y 6 Mayo 1868). No tienen el concepto de cosa juzgada para los efectos del recurso de casación las resoluciones de mera tramitación dictadas en los juicios (Sent. 8 de Abril de 1897); pero las providencias y resoluciones judiciales consentidas por no haberse deducido contra ellas los recursos ade-



cuados, adquieren la autoridad de cosa juzgada (Sent. 13 Noviembre de 1895), pero es en cuanto á lo que por sí deciden, sin que pueda extenderse su influencia al fondo y totalidad del pleito, equiparándolas á la sentencia.

La parte dispositiva de la sentencia, la JURISDICTIO, es la que puede producir cosa juzgada, nunca los fundamentos de aquélla, que son los supuestos de apreciación de hecho ó de derecho, sobre todo los primeros, aún cuando revistan gran importancia para que pueda recaer la debida resolución.

Existe identidad de persona siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior ó estén unidos á ellos por vínculo de solidaridad ó por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho á exigir las ú obligación de satisfacerlas. Así lo prescribe el art. 1.252, que tuvo presente el principio de que la cosa juzgada exige la identidad de personas, cosas y acción, la máxima romana RES INTER ALIOS ACTA; pero aún cuando las personas no sean las mismas las que accionen ó excepcionen en el segundo pleito, pueden hallarse unidas con las que ganaron ó perdieron el primero por título MORTIS CAUSA, universal ó singular ó por título intervivos, con la solidaridad de vínculos ó por indivisibilidad de las prestaciones; de suerte que el nuevo litigante á quien perjudica la primera sentencia, no tenga la condición de tercero, pues si la tiene, no puede exigírsele que la cumpla (Sent. 25 Mayo 1903). Existe identidad de personas cuando la que litiga en el segundo pleito ejerce la misma acción que se ejerció en el primero, invoca iguales fundamentos y apoya su pretensión en los mismos títulos, sin que sea óbice á esto, que se reclamen, en cada pleito cosas determinadas distintas, si la variación obedece á un supuesto derecho de opción, que fué fundamentalmente negado, en el primer litigio, á los que lo invocaron.

La cualidad de los litigantes con que intervinieron en el primer litigio, dice á su relación con los derechos y acciones que ejercitaran, no con la representación que ostenten en el nuevo pleito, pues puede promoverlo el que por derecho propio reclamó una cosa, si luego lo hace con el carácter de mandatario ó cesionario ó heredero de otra que tenga la condición de tercero, al cual no obliga la sentencia recaída. De donde resulta que, á la luz de la Sent. de 15 de Junio de 1899, por encima de la aparente diferencia de los elementos á que se refiere el art. 1.252 del Código, se ha de estar á la identidad real del pleito terminado y del que se tramita.



Respecto á la identidad de cosas, si son específicas y corporales, se consideran las mismas aunque hayan experimentado accesiones, aumentos ó menoscabos; y si son genéricas debe servir de regla el género de ellas y la identidad del título y de la obligación en que se base el litigio. La resolución sobre una de las partes de éste no impide que se inste otro sobre el resto del mismo; si la cuestión versa sobre cosas accesorias, no debe entenderse resuelta la cuestión principal; al contrario, ventilada ésta, se entiende decidida la accesoria, Tratándose de derechos reales de disfrute, de carga, de utilidad, de privilegio, etc., como quiera que tienen existencia propia, pues producen acciones distintas dentro de las de su clase, la resolución de un pleito en que se ventile uno de ellos no es obstáculo, por falta de esa identidad, para el planteamiento de otro.

Exige también la cosa juzgada identidad de causa, es decir, de fundamento capital ú origen de las acciones ó excepciones, no de los fundamentos legales de las pretensiones deducidas por las partes, habiéndose declarado en Sent. de 28 de Septiembre de 1897 que cuando se litiga sobre la misma cosa, pero por distinta razón ó causa de pedir, no se falta al respeto debido á la cosa juzgada, fallando el segundo pleito contra el litigante que ganó el primero.

Y respecto á la identidad de acciones, es de citar la Sent. de 25 de Abril de 1900 que absolvió á la Compañía Arrendataria de Tabacos de una demanda de indemnización, «porque si bien se ha dado distinto nombre á la acción ejercitada, es lo cierto que en ambos pleitos existe identidad de personas y que una misma ha sido la razón ó causa de pedir, etc.», doctrina corroborada por la de 5 de Mayo de 1900, en pleito sobre tercería nuevamente deducida por haber sido desestimada la primera, efecto á que no se hallaba inscrito el título, y aún cuando después fué subsanada, no prosperó la segunda demanda porque el requisito de la inscripción no afecta en rigor á la esencia de los derechos del actor, tanto en uno como en el otro juicio, sin que produzca otros efectos que los determinados en el art. 403 de la ley Hipotecaria; de manera que se estimó la excepción de cosa juzgada. Esta no puede alegarse en las declaraciones de pobreza para litigar en pleito distinto de aquel en que se otorgó el beneficio (Sent. 11 Noviembre de 1904).

Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Así lo prescribe el



artículo 1.253 que regula las presunciones de hombre ó judiciales. Este exige que se pruebe el hecho, esto es, el elemento objetivo de la presunción por los distintos medios que la ley reconoce, y que entre ese hecho probado y aquel que se trata de deducir (procedimiento deductivo) exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que no pueden fijarse A PRIORI, sino en cada caso concreto, para que el Tribunal A QUO pueda formar su convicción, sin que contra esta apreciación de la Sala sentenciadora pueda darse recurso de casación, como se declaró en Sent. de 21 de Diciembre de 1898. La de 18 de Junio de 1901 sienta la doctrina de que es de las atribuciones privativas de la Sala sentenciadora apreciar el conjunto de pruebas, razonamientos y demostraciones llevados al pleito, y entre ellas se encuentra la de determinar el enlace entre los hechos que dan origen á las presunciones no establecidas por la ley. Esta doctrina la vemos también en una famosa Sent., la de 27 de Septiembre de 1909 sobre la validez de memorias testamentarias, que aun cuando aparecían consignadas en forma algún tanto desordenada, contenían las palabras sacramentales empleadas por la testadora.

FIN DEL TOMO SEGUNDO



# ÍNDICE

## DEL DERECHO PATRIMONIAL

### CAPÍTULO I (Noción del derecho de propiedad y de sus limitaciones)

	Págs.		Págs.
Idea general.....	5	<b>Bienes según las personas á que per- tenecen</b>	<b>19</b>
Concepto de los derechos reales	7	Bienes del Estado .....	20
De las cosas.....	9	Bienes del Real patrimonio....	24
<b>Legislación foral</b>	<b>10</b>	Ferrocarriles.....	25
Aragón.....	11	Canales.....	26
Cataluña.....	14	Bienes de particulares.....	26
Navarra.....	18	Bienes mostrencos.....	26
Vizcaya.....	19		
Baleares.....	19		

### CAPÍTULO II (Del dominio: su extensión, clases y limitaciones)

Idea general.....	29	Aragón.....	46
Limitaciones y extensión del dominio.....	33	Cataluña.....	46
Tesoro.....	35	Distancia que debe mediar en la plantación de árboles.....	47
Protecciones y defensas de la propiedad.....	38	Corta de ramas y de raíces ...	49
Costumbre curiosa de Navarra.	40	<b>Régimen foral en esta materia</b>	
Especialidad en Vizcaya.....	40	Aragón.....	50
Deslinde y amojonamiento ...	41	Cataluña.....	50
De las distancias y obras inter- medias para ciertas construc- ciones y plantaciones.....	44	Navarra.....	52
		Vizcaya.....	52

### CAPÍTULO III (De la accesión)

Idea general.....	53	Aragón.....	57
De la accesión discreta.....	55	Cataluña.....	57



	Págs.
Navarra, Vizcaya, Baleares ...	58
Accesión continua.....	59
<b>De la edificación, plantación y siembra</b>	
Aragón .....	60
Cataluña .....	60
Navarra .....	62
Vizcaya.....	62
Baleares .....	63

	Págs.
Código civil .....	63
Aluvión .....	69
Avulsión .....	71
Mutación de cauce .....	73
Islas.....	75
De la accesión respecto de los bienes muebles.....	75
Confusión y comixión .....	80
Especificación .....	81

## CAPÍTULO IV (De la copropiedad)

Idea general.....	83
<b>Examen del Código</b>	
Compatibilidad de derechos (ar- tículos 593 y 594).....	86
Administración .....	90
Enajenación ó gravamen de las porciones indivisas .....	92

División y venta de la cosa común .....	94
Garantías de terceros .....	96
Copropiedad en fincas urbanas.	98
<b>LEGISLACION FORAL (Cataluña, Aragón, Navarra y Vizcaya).</b>	
Crítica.....	100

## CAPÍTULO V (De la posesión)

Idea de la misma .....	101
<b>De la posesión y sus clases</b>	
Baleares y Vizcaya.....	104
Navarra .....	104
Aragón .....	106
Cataluña .....	107
Código civil .....	109
De la buena fé en la posesión..	111
Sobre qué recae la posesión...	113

De la adquisición de la pose- sion.....	113
Capacidad para adquirir la po- sesion .....	119
Posesión excluyente.....	120
De la protección posesoria ...	121
Efectos de la posesión.....	125
Pérdida y recuperación de la po- sesion .....	131
Título de la posesion .....	134

## CAPÍTULO VI (De la propiedad dividida)

Idea general.....	137
Su concepto según el Código...	140
<b>Legislación foral</b>	
Aragón .....	142
<b>CATALUÑA</b>	
Derecho general .....	143
<b>Derecho local</b>	
Barcelona.....	148

Lérida .....	152
Gerona .....	152
Tortosa .....	155
Vich.....	157
Otras localidades.....	157
Baleares .....	158
Navarra .....	158
Revesetjat (Cataluña.....)	157



	Págs.
<b>Relación entre las Legislaciones forales y el Código civil</b>	
Comiso .....	159
Laudemio .....	161
Fadiga .....	162
Prescripción .....	162
División .....	163

	Págs.
Derechos del enfiteuta .....	164
Del derecho de superficie .....	166
De la «rabassa morta» (Cataluña) .....	167
Foros (Galicia, Asturias y León) .....	170
El problema de su redención ..	172
Subforos .....	177
Cédulas de planturia (Asturias) ..	177

## CAPÍTULO VII (De los derechos reales por razón de disfrute)

Razón del plan .....	179
<b>Usufructo</b> .....	<b>179</b>
Capacidad para constituirlo ...	182
Clases de usufructo .....	182
Legislación foral .....	184
Efectos .....	185
Derechos del usufructuario ...	185
Obligaciones del usufructuario ..	192
Modos de extinguirse .....	199
<b>Del uso y de la habitación .....</b>	<b>204</b>
<b>Del arrendamiento de cosas .....</b>	<b>207</b>
Derechos y obligaciones del arrendatario .....	210

Extinción del arrendamiento ..	214
Disposiciones especiales para el arriendo de predios rústicos ..	217
Idem de urbanos .....	218
Derechos municipales de Cataluña .....	220
Aragón .....	220
Navarra .....	221
Aparcería .....	222
Alto Aragón .....	223
Asturias .....	224

## CAPÍTULO VIII (Derechos reales por razón de utilidad)

<b>De las servidumbres prediales</b>	
Concepto y clasificación .....	225
Modo de adquirirlas según el Código y las Legislaciones forales .....	229
Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente .....	233
Modo de extinguirse .....	236
De las servidumbres legales .....	239
Servidumbres en materias de aguas .....	240
Servidumbres de paso .....	243
Servidumbres de paso para ganados .....	247
<b>De la servidumbre de medianería</b>	
Código civil .....	248

Cataluña (mitjera) .....	253
Aragón .....	254
Zaragoza .....	254
<b>Servidumbres urbanas</b>	
<b>Servidumbres de luces y vistas</b>	
Cataluña .....	258
Gerona .....	258
Tortosa .....	259
Derecho de Valls .....	259
Valle de Arán .....	259
Aragón .....	260
<b>Del desagüe de los edificios</b>	
Código civil .....	260
Cataluña .....	261
Tortosa .....	261
Servidumbres voluntarias .....	262
Servidumbres de pastos .....	264
Alera foral en Aragón .....	265



## CAPÍTULO IX (Derechos reales por razón de carga)

Del censo reservativo .....	266	Galicia .....	278
Censo consignativo.....	270	Violario.....	278
Cenales.....	273	Vitalicio .....	278
Navarra .....	277		

## CAPÍTULO X (Derechos reales por razón de garantía)

<b>De la prenda</b>		Aragón .....	284
Código civil .....	279	Navarra .....	285
<b>Legislación foral</b>		De la anticresis.....	285
Cataluña.....	283		

## CAPÍTULO XI (Derechos reales por razón de garantía)

Cuáles son .....	287	Aragón .....	303
Tanteo.....	287	Navarra .....	304
<b>Del retracto</b>		<b>Retracto legal en</b>	
Convencional.....	289	Cataluña.....	304
Legal.....	295	Navarra .....	304
De comuneros.....	297	Vizcaya.....	305
De colindantes.....	299	Mallorca .....	306
<b>Retracto convencional en</b>		Valle de Arán.....	306
Cataluña.....	303		

## CAPÍTULO XII (Del título y del modo de adquirir)

Idea general.....	307	<b>Legislación foral</b>	
División de los modos de adquirir.....	310	Cataluña.....	315
		Aragón .....	316
		Navarra.....	316

DEL DERECHO PATRIMONIAL (2.<sup>a</sup> parte)

## CAPÍTULO XIII (De las obligaciones)

Idea general.....	317	Resarcimiento de daños é indemnización de perjuicios..	336
Clasificación.....	319	<b>De las diversas especies de obligaciones</b>	
Naturaleza y efectos .....	324	De las obligaciones puras, condicionales y á plazo.....	340
De la mora.....	329		
De la culpa ó negligencia.....	332		
Caso fortuito .....	334		



	<u>Págs.</u>
De las obligaciones individuales y mancomunadas .....	351
De las obligaciones divisibles é indivisibles .....	358
De las obligaciones alternativas	362
De las obligaciones con cláusula penal .....	365
DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES .....	366
De la imputación de pagos .....	380
Del pago por cesión de bienes.	382
Del ofrecimiento de pago y de la consignación .....	385
De la compensación .....	388

	<u>Págs.</u>
Novación .....	391
De la condonación de la deuda.	397
De la confusión de derechos...	400
Pérdida de la cosa debida .....	402
DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES	405
De los documentos públicos...	407
De los documentos privados...	414
De la confesión .....	418
De la inspección personal del Juez .....	426
Prueba de peritos .....	427
De la prueba de testigos .....	427
De las presunciones .....	431





# APÉNDICES

---

Para que la presente obra resulte con la mayor utilidad posible nos creemos obligados á dar por capítulos una sucinta nota de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y de la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado recaídas en las materias tratadas en cada uno de ellos, además de la que en los mismos profusamente se cita, sin perjuicio de que, en el tercero y último tomo, adicionemos la referente á los puntos que en el mismo desarrollemos, juntamente con la jurisprudencia dictada con posterioridad á la publicación del tomo 1.º

## Al capítulo I

### Bienes

Las cédulas de expropiación embargadas al ejecutado, que fueron objeto de tercería, no tienen la condición de bienes inmuebles á tenor de los arts. 334 del Código y 4.º de la ley Hipotecaria (Sent. 6 Julio 1909).

\*  
\* \*

### Minas

El carácter especial de la propiedad minera no permite asignar la condición de frutos á los minerales que la constituyen; terminado el contrato, tienen derecho los arrenda-



## II

dores á ser restituidos de las extracciones verificadas por los arrendatarios ó á ser indemnizados del precio ó valor de ellas (Sent. 10 Mayo 1910).

### Al capítulo II

#### Reivindicación de bienes pertenecientes al causante.

Puede intentarla el heredero, pero si se hallan poseidos por tercera persona á virtud de un título de adquirir que el juzgador estima eficaz, sin que tal apreciación se impugne por error de hecho ó derecho, la sentencia que desestima la demanda no puede combatirse sobre el supuesto de que infringe los arts. 348 y 433 del Código civil (Sent. 24 Noviembre de 1910).

\*  
\* \*

#### Reivindicación

El depositante de una cosa puede reivindicarla de cualquiera que la detente ó posea, cuando conste que el depositario ú ocupante la transmitió á un tercero sin que hubiera llegado á adquirirla por el transcurso del término convenido (Sent. 31 Diciembre 1910).

\*  
\* \*

#### Reivindicación=Aragón

La facultad que unos cónyuges se confirieron en testamento mancomunado para determinar las participaciones de sus hijos, según su comportamiento, no implica en el sobreviviente un verdadero dominio sobre los bienes, que le autorice para atravesar una tercería en el juicio en que se persigue el cumplimiento de obligaciones contraídas por uno de ellos y mucho menos habiendo inscrito la nuda propiedad indivisa á favor de los hijos y la transmisión, con facultad de retraer, que uno de ellos hizo á favor de



tercero de su parte proporcional. La sentencia que dió lugar á esa tercería aplicó indebidamente los fueros 1.º y 2.º DE COMUNI DIVIDUNDO y Obs. 13 y 14 DE CONSORTIBUS EJUSDEM REI, libro 3.º (Sent. 29 Octubre 1909).

\*  
\* \*

### Reivindicación

No tienen el concepto de títulos de dominio las certificaciones del catastro, que solo acreditan el cumplimiento de una formalidad administrativa para el reparto de las contribuciones, ni las manifestaciones de la parte demandada en el escrito de contestación á la demanda acerca de la procedencia de los bienes reclamados, tanto más cuanto que la demanda no prestó conformidad al contestar, acerca de que aquéllos procediesen de la herencia reclamada (Sent. 21 Enero 1910).

## Al capítulo IV

### Comunidad de bienes

El arrendamiento por 12 años de una finca en común no puede acordarlo la mayoría de los condueños sin la aquiescencia de los demás, porque tal contrato representa acto de dominio y no de simple administración, siendo nulo el documento que aquéllos, con tal vicio, otorgaron (Sentencia 1.º Junio 1909).

## Al capítulo V

### Interdictos

En los interdictos de retener y de recobrar solo son admisibles las pruebas que se refieran á los hechos de la posesión y del despojo, y fueron bien desechados los otros medios probatarios propuestos, tales como el certificado de inscripción de la finca en el Registro, un acta de des-



linde y una certificación del Amillaramiento, porque no se refieren á aquellos hechos, dada la naturaleza especial del juicio sumarísimo, que puede ser preliminar de otro más amplio (Sent. 1.º Octubre 1910).

\*  
\* \*

### Posesión: buena fe y justo título

La posesión por 10 años de bienes cuya propiedad se atribuye otra persona que reside en España da propiedad al poseedor, siempre que lo venga siendo de buena fe; ésta se presume y reconoce salvo prueba en contrario, debiendo ostentar, además, un título de irrecusables solemnidades externas, siquiera su eficacia substancial sea nula, ya que si la tuviera se haría de todo punto innecesaria la adquisición del dominio por prescripción (Sent. 30 de Noviembre de 1910).

\*  
\* \*

### Posesión

Es susceptible de convertirse en propiedad, la que viene disfrutándose en concepto de dueño, según prescribe el art. 447 del Código civil, y no de arrendatario, sin que quepa computar, por lo tanto, el tiempo en que se ha ocupado la finca con este carácter, ni el anterior á la aprobación judicial del expediente posesorio, cuando no consta la fecha en que la llevanza comenzara (Sent. 8 Abril 1910).

\*  
\* \*

### Posesión susceptible de producir el dominio.

Es requisito esencial para la prescripción la posesión civil de la cosa ó derechos que sean su objeto, pues los artículos 444 y 447 del Código preceptúan que los actos meramente tolerados no afectan á la posesión y que solo la que se tiene y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio. Al exigir el art. 1.959 de



aquél, como única causa para la prescripción extraordinaria, la posesión no interrumpida durante treinta años, no se refiere á la posesión material de la cosa, porque, además del art. 447 es aplicable al caso el 1.941, por referirse á la posesión, fundamento primordial de toda clase de prescripciones, y, no habiéndose poseído en concepto de dueño, mal puede haberse adquirido la propiedad por el mero lapso del tiempo y por consiguiente inscribir á este efecto la posesión en el Registro (Sent. 19 Noviembre de 1910).

## Al capítulo VI

### Censos

Cedido el señorío directo con la conformidad de los terratenientes bajo la condición de que éstos ó cualquiera de ellos podrían redimir el gravamen en cualquier tiempo, entregando la cantidad estipulada como precio de él, no cabe resistir la redención pretendida por uno de los partícipes, como es el cabezalero en el foro, en el pleito objeto de casación, siendo inaplicables las disposiciones referentes al retracto y á la prescripción de las acciones (Sentencia 27 Octubre 1909).

\*  
\* \*

### Censos

Dada la naturaleza indivisible del censo, es solidaria la obligación de los dueños de las fincas censadas respecto al pago de las pensiones y solo puede ser mancomunada si consta el consentimiento del censalista, sin que haya posibilidad legal de que los actuales censatarios conviertan la simple tolerancia en el pago mancomunado de las pensiones, en perjuicio de aquél, para atribuirse la cualidad de terceros, pues á esto se opone el haberse inscrito en la antigua Contaduría de Hipotecas la escritura de constitución del censo donde resulta su indivisibilidad y solidaridad y aparece el historial de este gravamen con tales caracteres en los títulos traslativos del dominio de las fincas (Sent. 18 Diciembre de 1909).



\*  
\* \*Foros

Hecha la redención de los foros por un mandatario de los foreros, no es aplicable la doctrina de que el que redime á nombre de los censatarios un censo del Estado sin ser indemnizado, se subroga en los derechos de éste, entre ellos en el de cobrar las pensiones, por ser aquélla solo aplicable al coforatriario redimente y aún al extraño, pero nunca al apoderado, sin desconocer lo que es y representa el mandato en orden á las relaciones entre mandatario y mandante (Sent. 13 Noviembre 1909).

**Al capítulo VII**Arrendamiento

El plazo de nuevo contrato prorrogado tácitamente no puede ser el señalado al celebrarlo, y habiendo apreciado la Sala sentenciadora que en el contrato prorrogado se estipuló una renta anual, debe considerarse la tácita reconducción solo por un año y no por los seis de duración de aquél (Sent. 20 Noviembre 1909 concorde con las de 29 Septiembre y 12 de Octubre de 1896).

\*  
\* \*Arrendamiento

La complejidad de las estipulaciones no priva al arrendador del derecho de ejercitar la acción de desahucio cuando puedan desligarse del contrato las que no se refieran á él especialmente (Sent. 1.º Julio 1909).

\*  
\* \*Arrendamiento

Cabe el desahucio cuando el arrendatario infringe las condiciones del arrendamiento, en cuyo caso se encuentra el hecho de destinar la planta baja de la casa á depósito de



vinos, siendo así que se concedió expresamente para destinarla á almacén y despacho de carbones (Sent. 21 de Octubre de 1909).

\*  
\* \*

### Arrendamiento

Para que quepa la obligación de indemnizar el arrendador al arrendatario, conforme á lo dispuesto en el artículo 1.556 del Código civil, se han de justificar los hechos que acrediten tal incumplimiento y la existencia del daño causado, sin que quepa que el demandante lo diga (Sent. 1.º Febrero de 1910).

\*  
\* \*

### Desahucio intentado por el incumplimiento de un contrato de aparcería.

Si bien en algún caso especial el contrato de aparcería suele concertarse á manera de arrendamiento, común ú ordinario y dar lugar por consiguiente al ejercicio de la acción de desahucio, pues no existe precepto legal prohibitivo que se oponga á la expresa voluntad de los contratantes, este procedimiento, sin embargo de ser de suyo breve y sumarísimo, no es el apropiado para ventilar y decidir cuestiones tan complejas como las que, por ambigüedad y poca precisión, se suscitan de algunas de las cláusulas del contrato, principalmente las relativas al plantío de las viñas, é incumplimiento de estas obligaciones que, por ser de naturaleza distinta al régimen del arrendamiento, requieren examen en conjunto y discusión amplia, dentro del juicio civil ordinario, para apreciar la extensión y efectos de lo pactado (Sent. 20 Enero 1911).

\*  
\* \*

### Habitación

Desenvolviéndose el litigio bajo el imperio del Código civil, á cuyas prescripciones acudió el demandante, á pesar de que la escritura de constitución del derecho de uso ó



## VIII

habitación fué anterior á la vigencia de dicho cuerpo legal, no es posible tener en cuenta en casación las citas de la Legislación antigua hechas por el recurrente, por oponerse á esto el respeto que merece el cuasi contrato de LITIS CONTESTATIO. Que al art. 529 del Código civil se le debe dar interpretación restrictiva para evitar la posibilidad de confundir una medida precautoria para el porvenir que á la vez tiene carácter de sanción penal en el orden civil como es la extinción del uso y de la habitación por el grado de abuso con responsabilidades de otra naturaleza, y que no habitando el demandado toda la casa no viene obligado á la contribución de ella, sino de lo que ocupa (Sent. 30 Abril 1910 que confirma las de 16 Mayo y 13 Junio 1906 y 28 Noviembre 1908).

\*  
\* \*

### Usufructo

No es inscribible el constituído sobre la nuda propiedad, por ser esencial que tal derecho recaiga en cosas que pidan ser objeto de disfrute, según preceptúa el art. 467 del Código civil, (Res. 25 Febrero 1910).

\*  
\* \*

### Usufructo

El colegatario tiene derecho á los frutos y rentas de los bienes usufructuados por el premuerto á partir del fallecimiento de éste, sin que el heredero pueda pretenderlos, ya que en él no concurre la cualidad de poseedor de buena fe, pues con su carácter, primero de administrador ó dependiente de la colegataria y después con el concepto de heredero sabía que no le correspondía ni le podía corresponder la posesión de tales bienes objeto de legado. Si bien el usufructuario tiene obligación de constituir fianza para garantizar el usufructo conforme al art. 491, núm. 2.º del Código civil, la acción adecuada para exigir el cumplimiento de tal deber no corresponde á cualquier extraño, en cuyo caso se encuentra el demandante, toda vez que nada tiene que ver con el usufructo extinguido en su causante por el



hecho de su fallecimiento, ni le pertenece ni puede pertenecerle en ningún caso la propiedad de los bienes que constituyen ese derecho de disfrute. La acción para la cancelación de la fianza constituída en garantía del usufructo, debe ejercitarse á la terminación de éste contra el propietario ó su representante legal, pues solo á él le incumbe la cancelación y no á la que es solamente usufructuaria (Sentencia de 21 de Mayo de 1910).

## Al capítulo X

### Hipoteca

Puesto que el acreedor puede dirigir su acción personal contra el deudor al amparo del art. 126 de la ley Hipotecaria, que no hace otra cosa que establecer en favor del mismo una facultad de elección por sí quiere repetir directamente contra los bienes gravados, el deudor que paga el crédito porque se le conmina ó anuncia la reclamación judicial, tiene perfecto derecho á reintegrarse de lo pagado del acreedor de dichos bienes, lo cual procede en el caso del recurso, porque, por el fallecimiento del prestatario, y al practicarse su división de herencia fué baja el capital de la deuda cuyo pago se comprometieron á hacer los demandados, pudiendo, en su virtud, el acreedor, amparado en el art. 1.084 del Código civil, dirigir el procedimiento contra cualquiera de los herederos, pues todos responden solidariamente de las deudas hereditarias; pagándolas un heredero, porque el acreedor se las reclamó, tiene derecho á que los otros, poseedores de los bienes hipotecados, le reintegren, ya que no sufren perjuicio por haber sido baja la cantidad del caudal relicto. (Sent. de 17 de Marzo de 1910).

\*  
\* \*

### Prenda

Habiendo solicitado el acreedor que le fuera entregada la cosa, lo que no pudo obtener por ignorarse su paradero, y cubierto después por el deudor el importe total del crédito, carece éste de acción para revocar el pago verificado



y menos á que se obligue al prestamista á recibir la prenda, porque no puede ir en contra de sus propios actos con los cuales queda realizado el derecho del acreedor. (Sentencia de 10 de Febrero de 1909).

## Al capítulo XI

### Retracto legal

Cuando por confesión del propio retrayente consta que tuvo conocimiento de la venta con anterioridad á la inscripción de la misma en el Registro, desde la fecha de dicho conocimiento y no desde la de la inscripción deben contarse los nueve días para ejercitar el retracto, pues, según tiene declarado y establecido el Tribunal Supremo, entre otras sentencias por la de 14 de Diciembre de 1905, es principio fundamental regulador para la prescripción de toda clase de acciones que el tiempo para su ejercicio se ha de contar desde el día en que pudieran ejercitarse. Como la de retracto legal nace en el momento en que se realiza la venta, es manifiesto que la regla establecida para el cómputo del término señalado en el art. 1.524 del Código, lo fué solo para el caso en que, no pudiendo acreditarse si el retrayente tuvo ó no conocimiento de la venta, era preciso establecer una presunción JURIS, basada en la publicidad del Registro, que no obsta ni puede sobreponerse al hecho real y efectivo del conocimiento anterior de la venta, cumplidamente acreditado. (Sent. 30 de Junio de 1910).

\*  
\* \*

### Retracto gentilicio = Aragón

El art. 1.524 del Código civil es aplicable en dicho territorio, que fija el plazo de nueve días desde la inscripción en el Registro de la propiedad de la escritura de venta ó auto de adjudicación, para que el retrayente pueda usar de su derecho, pues dicho cuerpo lega. ha modificado la ley de Enjuiciamiento civil en este punto. La Sala sentenciadora que acuerda el retracto por haberse presentado la demanda dentro de ese plazo y de los diez días que marca



para el gentilicio el Fuero 4.º DE COMUNI DIVIDUNDO, no comete infracción de derecho, como tampoco infringe la Observancia 21 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS exigente de la entrega del precio, porque en el caso del recurso no se trataba de ventas, sino de dación en pago, habiendo cumplido el retrayente con el art. 1.518 del Código, consignando el precio de la adjudicación y los gastos de inscripción, sin perjuicio de reembolsar al adjudicatario los otros, antes de ejecutarse la sentencia. (Sent. 7 de Julio de 1909).

\*  
\* \*

### Retracto de fincas por la Administración.

Quien obtuvo la inscripción de su título en el Registro de la propiedad ganó el dominio, aunque aquél fuese más moderno que el de su contradictor y sin perjuicio del derecho que pueda asistir á éste respecto del precio, por constar que el primer retracto fué anulado por la Administración al otorgar el segundo, en virtud de las facultades que á la Delegación de Hacienda le corresponden por el art. 25 de la ley de Presupuestos de 31 de Julio de 1876, sin que esto pueda caer bajo la censura de los Tribunales ordinarios, pues otra cosa sería rebasar la esfera de su potestad jurisdiccional. No habiendo inscrito el primer comprador su título en el Registro de la propiedad, y sí recurrido y demandado en el pleito, queda reducida la cuestión á la doble cesión de que trata el art. 1.143 del Código civil y tanto con arreglo á éste como conforme al 23 de la ley Hipotecaria, tiene preferencia el que obtuvo la inscripción á su favor, sin perjuicio del derecho del recurrente á repetir contra el que le vendió la finca y contra los colegatarios para reintegrarse del precio que satisfizo (Sent. 17 Febrero 1911).

\*  
\* \*

### Retracto legal

Siendo desconocido á la retrayente el precio de los bienes de una herencia intestada de la cual era aquélla interesada, y no pudiendo, por esta circunstancia consignarlo,



## XII

en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1.613 de la ley de Enjuiciamiento civil, cumplió haciendo el ofrecimiento de constituir la fianza que el Juzgado le exigiera á los efectos de la admisión del retracto, pues la consignación del precio no es circunstancia de la cual se haga depender dicho derecho y, al asegurarlo la retrayente, cumplió con el párrafo segundo del expresado precepto. La presentación de documentos para fundar el derecho de la retrayente no es necesaria en el primer momento procesal en el caso del recurso, porque la retrayente se cuidó de observar lo que terminantemente dispone el núm. 3.º de dicho artículo, no debiendo el juicio exagerado de la Sala negarse á dar curso á la demandada deducida, porque esto puede servir de garantía á hechos dolosos que la ley no favorece, con menoscabo de la acción de retracto, cuya finalidad afecta tanto al interés social; de manera que para el ejercicio y la substantación de este juicio no eran necesarios de momento mas que los documentos de parentesco, pues ya la retrayente había anunciado que llevaría á los autos las certificaciones de defunción y la declaración de herederos AB INTESTATO (Sent. 29 Diciembre 1910).

## Al capítulo XIII

### Daños y perjuicios

El derecho á la indemnización está subordinado á la prueba de la existencia ó realidad del daño ó perjuicio, que incumbe al que pretende hacer efectivo tal derecho, y el precepto del art. 360, párrafo 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil solo tiene aplicación cuando, probada la existencia de los daños y perjuicios, no pueda fijarse en la sentencia el importe de unos y otros en cantidad líquida. (Sent. 11 Enero 1911).

\* \* \*

### Documentos públicos

Es lícito interpretar y explicar un documento por el resultado de otras pruebas, como la de presunciones, sin que aproveche á la parte alegar error fundado en el contenido



documental, prescindiendo de ellas, y menos si se trata de un acto de conciliación que solo crea derechos y obligaciones entre las partes que en el mismo intervienen, conforme á lo dispuesto en el art. 476 de la ley de Enjuiciamiento civil, y no á favor de persona que no fué parte en el mismo (Sent. 27 Octubre 1910).

\*  
\* \*

### Documentos públicos

El juzgador puede prescindir del contenido de un documento público contrariado por otras pruebas y presunciones (Sent. 21 Febrero de 1911)

\*  
\* \*

### Novación por subrogación de un deudor en lugar de otro.

La novación cuya finalidad tenga por objeto sustituir un deudor al primero requiere necesariamente, si ha de producir efectos legales, el consentimiento del acreedor en la sustitución, requisito este, de suyo esencial (Sent. 22 Mayo 1911).

\*  
\* \*

### Pago por un tercero

Se encuentra subordinada la posibilidad de efectuarlo á las condiciones en que debiera hacerlo el mismo deudor, y si éste no podía realizarlo en determinados valores, tampoco el tercero puede aplicar éstos á saldar la deuda (Sentencia 19 Octubre 1910).

\*  
\* \*

### Pactos lícitos

Lo es el que faculta el acreedor para enajenar extrajudicialmente la finca hipotecada si al vencimiento del plazo



#### XIV

no ha sido satisfecha la deuda. La escritura en que se pacta que el deudor se da por requerido al pago desde el otorgamiento de la misma para cuando venza el plazo y que el anuncio de subasta le sirva de notificación contraviene el art. 1.872 del Código civil y no es, por ende, inscribible (Res. 9 Julio 1910).

\*  
\* \*

#### Prueba pericial

Es inadmisibile el recurso limitado á impugnar el juicio que formó el Tribunal sentenciador sobre la prueba pericial, por el conjunto de todas las aportadas al pleito, porque tal apreciación es de su libre criterio dentro de las reglas de la sana crítica con arreglo al art. 632 de la ley de Enjuiciamiento civil (Auto de 1.º Octubre de 1910, cuya doctrina aparece reproducida en las Sents. de 15 de Noviembre y 30 de Diciembre del mismo año y 8 de Febrero de 1901).

\*  
\* \*

#### Prueba testifical

Es inadmisibile el recurso donde se impugna la estimación de la prueba testifical sobreponiendo el criterio propio al del Tribunal á quien exclusivamente incumbe dicha estimación (Autos de 30 de Septiembre y 29 de Diciembre de 1910 y Sents. de 27 de Enero y 4 de Febrero de 1911).

\*  
\* \*

#### Prueba pericial

El dictamen pericial no puede ser considerado como documento auténtico susceptible de demostrar la equivocación del juzgador (Sent. de 19 de Diciembre de 1910 cuya doctrina aparece también en el auto de 29 del mismo mes y año, en el de 27 de Enero y en la Sent. de 21 de Febrero de 1911).



\*  
\* \*

### Prueba pericial

La misma libertad del juzgador para apreciar la prueba de peritos existe tratándose de determinar si la venta de un aprovechamiento de aguas ha ocasionado á alguna de las partes lesión enormísima susceptible de rescindir el contrato, conforme á la legislación vigente en Cataluña (sentencia de 15 de Noviembre de 1910).

\*  
\* \*

### Presunciones

No puede fundarse legalmente una presunción faltando la demostración del hecho del cual habría de derivarse (Sent. de 15 de Noviembre de 1910).

\*  
\* \*

### Presunciones

La relación apreciada por el Tribunal de instancia entre el hecho demostrado y el que de él pretende inferir el litigante no es impugnabile en casación, por no ser de la incumbencia del Tribunal Supremo rectificar y alterar el juicio que el de instancia formó sobre el enlace preciso y directo que debe existir, según las reglas del criterio humano, entre el hecho demostrado y el que se trata de demostrar, ó entre las premisas y la conclusión (Sents. de 30 de Enero 21 de Febrero de 1911).



