

Comentarios al Código Civil Peruano

DERECHO DE OBLIGACIONES

SECCION TERCERA (*)

DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TITULO IV

DE LA COMPENSACION

Art. 1294—“Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo”.

Referencias: Digesto, lib. 16, tit. 2 fr. 1 y 2, 7 y 16; Códigos: francés, art. 1289, 1291; italiano, 1285, 1287, 1278; austriaco, 1438, 1439; español 1195, 1196; portugués, 765, 767, 771; argentino, 818, 819, 820; chileno, 1655, 1656; uruguayo, 1497 a 1500; venezolano, 1353 a 1355, 1357; boliviano, 882 y 886; japonés, 505; brasileiro, 1009 y 1010, 106 y 1018; peruano, 2252, 2254; turco, 118, 122, 124; suizo, 120, 126; alemán, 387, 388; ruso, 129; chino, 334; polaco, 254-5; mejicano, 2185 a 2187.

La compensación es un medio de extinguir las obligaciones entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras,

(*) Véase el año II, los números I y II del año III y los números I y II del Año IV de esta Revista.

hasta la concurrencia de sus créditos. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. Jung esboza en los siguientes términos el concepto de la institución: "compensación es la cancelación de la deuda que se produce sin pago efectivo, de modo que dos sujetos que participan en él, pero cada vez con roles inversos, es decir, como acreedor y deudor, compensan recíprocamente créditos que se enfrentan, hasta donde uno es cubierto por el otro"

La compensación responde a principios de equidad de inmediata evidencia: es justo que si una persona debe a otra, pueda oponerse al pago de tal deuda si a su vez la primera es acreedora de la segunda y ésta no ha cumplido con pagarle; o aún más, puede pagarse ella misma con el crédito que tiene contra esa persona de la que es acreedora. De aquí que la compensación importe una garantía en favor de cada una de las partes que son recíprocamente acreedoras y deudoras, substrayéndose al riesgo de la insolvencia de la otra parte. Y como se comprende, la compensación simplifica la situación de las partes, eliminando el que se proceda a un doble pago.

Como dice el art. 1294, la compensación actúa desde que haya sido opuesta una deuda a otra. Se requiere, pues, una declaración en tal sentido de una parte a la otra.

En el derecho romano primitivo, no se conocía la compensación con carácter obligatorio, salvo en casos de excepción: en los demás, no procedía sino por acuerdo de partes. Pero se estimaba como un abuso del derecho, el que el demandante se negase a admitir la compensación procedente de una obligación suya frente al demandado; facultándose a este último para interponer una *exceptio dolis generalis*, como obstáculo eficaz frente a la pretensión del adversario. La reforma atribuida a Marco Aurelio permitió alegar la compensación por medio de la *exceptio dolis*. En las Institutas (lib. 4, tit. 6, párrafo 30) se erigió a la compensación en una verdadera figura legal, estableciéndose que ella se producía *ipso jure*. Discrepándose sobre el sentido de este último carácter, ha prevalecido entre los romanistas la opi-

nión de que no importaba que la compensación se produjera por la sola virtud de la ley, aplicándola de oficio el juez, sino que la ley le atribuía valor en cuanto a extinguir obligaciones entre deudor y acreedor recíprocos, de suerte que invocada la compensación, la liberación sobrevenía de pleno derecho, como si se tratase de un verdadero pago, pues “la compensación es —puede decirse— un medio de pagar lo que se debe, haciendo abandono de lo que nos es debido”. La interpretación de Doneau se presenta, sobre el particular, como la más certera.

El Código francés consagró la regla de que la compensación obra de pleno derecho, “por la sola fuerza de la ley”, aún sin conocimiento de los obligados, desde que las deudas coexisten (art. 1290). Dicha regla ha sido seguida por numerosos Códigos, entre ellos el peruano derogado (art. 2253). Hoy se encuentra completamente desprestigiada. La interpretación sobre el carácter *ipso jure* de la compensación en el derecho romano, es errónea en cuanto a darla un carácter compulsivo, por la sola virtualidad de la ley.

El propio Código de Napoleón, que patrocinó la compensación con tal carácter, cae en inconsecuencias saltantes. Como se ha observado, sus artículos 1295 y 1299 son adversos a la regla institucional del artículo 1290. Respecto al artículo 1295, no se explica cómo si extinguidos los créditos *ope legis* desde su coexistencia, pueda ser exigible uno de ellos por el hecho de su cesión a un tercero. Y respecto al artículo 1299, éste confiere a la compensación carácter facultativo, con infracción flagrante de lo dispuesto en el artículo 1290; sin que se logre explicar a satisfacción cómo la compensación impuesta *ope legis* puede ser renunciabile.

Lo racional es, pues, que la compensación opere sólo por voluntad de parte; que tenga carácter facultativo. Si ella es un medio de pago o un substituto de pago, no se descubre motivo para que a diferencia de éste, no pueda el acreedor dejar de cobrar lo que se le debe. Y si como lo mira con muy fina inteligencia la doctrina de Brinz, la compensación comporta una garantía de pago que tiene el acreedor sobre el deudor, recayendo sobre el crédito que a su vez obra a favor del último y en contra del primero, no existe motivo tampoco, sino todo lo contrario, para que cada acreedor no cobre su crédito, asegurado con el recíproco entre las mismas personas.

En consecuencia, lo lógico es que cada acreedor, como due-

ño de su crédito, puede cobrarlo o nó, con prescindencia del crédito recíproco compensable; y que en cualquier momento desde la coexistencia de los créditos, éstos pueden extinguirse recíprocamente; pero sólo por declaración de parte dirigida a la otra. ¿Por qué entonces, mantener la compensación con el carácter de una institución prescindente u opresiva de la voluntad de las partes, haciendo que ella obre "a las ciegas y de una manera, por decirlo así, brutal"?

El derecho inglés sólo ha aceptado la compensación opuesta como excepción a una demanda judicial. Pero es el Código alemán al que le ha cabido el mérito de abandonar la concepción de la compensación operante por ministerio de la ley, haciendo que ella funcione únicamente por declaración de parte (art. 388); la cual declaración, por lo demás, puede producirse antes de cualquiera demanda judicial. En la misma forma se han pronunciado el Código federal de las obligaciones (art. 120), el japonés (art. 506), el Proyecto francoitaliano (art. 215) y el argentino (art. 734). Por la respectiva Comisión reformadora del Código argentino se ha escrito sobre este particular: "No cabe admitir que la compensación se produzca *ipso jure*, como en varios casos se ha resuelto interpretando las disposiciones actuales. Es menester que sea opuesta por el deudor, y entonces sus efectos se producirán desde la fecha en que ambas deudas coexistieron como susceptibles de ser compensadas, ya que a partir de ese momento tenía cada acreedor en su poder lo que su crédito debía proporcionarle".

El art. 1294 del Código nacional también se pronuncia en idéntico sentido. En consecuencia, la compensación se produce por declaración unilateral y recepticia de cualquiera de las personas recíprocamente deudoras; y tal declaración está sometida a las reglas generales sobre declaraciones de voluntad.

Así resulta que aquel que sea acreedor y deudor a la vez de otra persona, puede, actuando como compensante, producir la extinción de dos créditos: del propio, contra la otra persona, y del de la parte contraria, en virtud de la facultad de extinción inherente a su propio crédito.

Así que basta para que funcione la compensación, que se emita la declaración en tal sentido dirigida a la otra parte. Ella puede hacerse antes de iniciado un proceso judicial o durante el curso de este. Ha de ser pura, esto es, no consiente que se formule *sub conditione* o a plazo. Es irrevocable; no cabe que

quede sin efecto después de producida, por decisión unilateral, ni aun tampoco por acuerdo de partes. (El artículo 1294 cuando habla de la exclusión de la compensación, por común acuerdo, se refiere a la renuncia anticipada de ella).

La eficacia de la compensación, desde la existencia de los créditos, se explica perfectamente dentro del sistema que hace que la primera funcione por ministerio de la ley. Dentro del sistema preferido por el Código, de que la compensación sólo se produce por declaración dirigida a la otra parte, se puede dar, empero, efecto retroactivo a la compensación. Esta solución es la consagrada en el Código alemán. "*Le créancier est censé avoir en les espèces en mains du jour où il aurait du payer lui même, de sorte qu'en réalité il est censé avoir reçu son paiement du jour où il se trouve avoir en las espèces en mains, c'est à dire du jour de l'exigibilité de la dette*". (Saleilles). Esto se explica —, escribe el propio Saleilles— por esta idea: que desde tal día (el de la coexistencia de los créditos) las dos deudas se han paralizado recíprocamente, y la declaración de pago no ha hecho sino aceptar una situación ya adquirida, y reconocer, por consiguiente, una liberación anterior, más bien que operar un pago actual.

La importancia del efecto *ex tunc* de la compensación se remarca tratándose del curso de intereses, el cual cesa desde la coexistencia de las deudas. En lo que concierne a los efectos de la cláusula penal, ésta desaparece con la extinción del contra-crédito, pese a que el compensante hubiese ya incurrido en la penal. En cuanto a la mora, estando uno de los obligados incurrido en ella, al sobrevenir por su declaración la compensación, dicha mora se reputará a *posteriori* como no sobrevenida; no respondiéndose por intereses moratorios, ni por pérdida por caso fortuito. Aún más, si después de la coexistencia de los créditos, uno de los deudores hubiese pagado su deuda, ignorando la existencia de la deuda recíproca, habría lugar a una *condictio*, pues se podría considerar que se ha pagado una deuda que ya estaba extinguida.

Pero el codificador peruano parece como que quisiera que la compensación sólo genere sus consecuencias desde el momento en que se produce la declaración sobre la misma. Así resulta del texto del artículo 1294, cuando dice que las mutuas obliga-

ciones se extinguen, "desde que hayan sido opuestas la una a la otra". Empero, cabe resistir a una interpretación en tal sentido. Pues por las razones antes indicadas respecto al sistema implantado por el Código de Alemania (art. 397), se comprende que lo racional es que la compensación, si es cierto que se produce recién cuando sobreviene la declaración en tal sentido de una parte dirigida a la otra, empero sus efectos trasmontan al momento de la coexistencia de las respectivas obligaciones. Cuando el artículo 1294 del Código Nacional se refiere al momento en que haya sido opuesta una de las obligaciones a la otra, quiere significar el hecho de la declaración dirigida por una parte a la otra, oponiendo la compensación. Nada más. Establece simplemente que la compensación, refiriéndose en general a esta figura, no puede surgir sino mediante tal declaración recepticia (esto es, que no opera por ministerio legal, como ocurría con el Código derogado —art. 2253). Sólo desde ese momento surge la compensación con su efecto característico, la recíproca extinción de las obligaciones exigibles; que es lo que declara la primera parte del art. 1294. Cuando entonces se habla de que tales deudas se extinguen, se quiere indicar meramente el efecto propio de la compensación. No se debe descubrir más en el precepto. No que la compensación que entonces genera los efectos que le son ínsitos, no pueda obrar en el pasado, remontándose a la época en que las deudas han coexistido, sin haber sido aún opuestas; ni que los efectos de la compensación no deban actuar retrospectivamente.

Nuestra interpretación creemos que debe prosperar. Ella se ajusta a la sistemática propia de la compensación operante por declaración de parte. Hemos destacado lo que sobre este punto rige concernientemente a la legislación alemana. Igualmente ella es pertinente tratándose del Código helvético. (Guhl)

Débase examinar los requisitos de la compensación. Esencialmente puede reducirse a dos: a) uno concerniente a los compensantes; b) otro relativo a las prestaciones.

En lo que se refiere a las personas, debe tratarse de créditos entre quienes sean recíprocamente acreedores y deudores. No precisa que las obligaciones provengan *ex pari causa*, es decir, que medie conexión causal entre ambas; pueden, pues, pro-

venir de diferentes fundamentos, y de esta suerte, un crédito nacido de un préstamo es compensable con un crédito nacido de un enriquecimiento sin causa o de una responsabilidad civil.

No es requisito que cada crédito corresponda a cada parte por derecho propio; de modo que el cesionario puede oponer en compensación el crédito adquirido. El tercero no puede en principio compensar. Escribe Warneyer: "La compensación es solo posible entre las mismas personas que recíprocamente se deben prestaciones. En lo que respecta a créditos de tercero no cabe compensación, salvo que el acreedor con quien se pretenda compensar, declare su conformidad. Esto debido a que el interés del acreedor consiste en que el deudor solo pueda compensar con créditos propios. Pero la posibilidad de compensar, de extinguir una deuda extraña mediante compensación con una propia, es dada mediante la conclusión de un contrato de compensación".

No cae dentro del principio anterior, de que *eius, quod non ei debetur, qui convenitur, sed aii compensati o fieri non potest*, el caso del fiador, el cual sí puede compensar su deuda con la deuda que el acreedor tenga para el obligado principal; que es el caso tratado en el art. 1297; remitiendo al deudor al comentario perteneciente al mismo.

El deudor solidario no puede oponer compensación, si es demandado por el acreedor, invocando la deuda que este tenga en favor de otro codeudor. Es la aplicación del principio que venimos destacando. Esto no importa desconocimiento de lo que manda el art. 1216. En la hipótesis de éste, se trata de una compensación ya producida, que como tal extingue la obligación para todos los interesados. A), acreedor de B), C) y D), deudores solidarios, demanda a D, que a su vez es acreedor de A. Entonces D) opone compensación a A). En esta coyuntura, A) no podía demandar a B) o C), pues la deuda se ha extinguido por compensación. Pero el caso que consideramos ahora, referente a que la compensación para ser opuesta ha de ser personal, es distinto. A), acreedor de B), C) y D), deudores solidarios, demanda a D). Pero A) es deudor de B). Pues bien, D), no podría oponer compensación a A), invocando la deuda que este tiene en favor de B). El art. 2259 del Código derogado expresaba la anterior prohibición; imitando lo dispuesto en el art. 1294 del

Código de Napoleón. El mismo artículo 2259 del Código nacional del 52, advertía que el deudor no puede reclamar compensación con lo que se debe a su fiador.

El Código vigente no ha creído necesario repetir las dos anteriormente relatadas indicaciones. Y ha hecho bien, ya que teniendo la compensación carácter estrictamente personal, de esta circunstancia deriva naturalmente la prohibición de oponer compensación, que declaraba el art. 2259 del antiguo Código.

En suma, fuera del caso a que se contrae el artículo 1297, la compensación sólo es admisible entre personas que tengan créditos propios; no ajenos. Y es que la compensación implica un acto de disposición respecto al crédito que se opone al de la otra parte.

En lo que interesa a la naturaleza de las prestaciones, hay varios problemas por analizar.

Uno, el más sencillo, es el que las respectivas prestaciones no tienen por qué ser iguales en su monto. La compensación se produce hasta donde la menor alcance a la mayor.

Otro problema es el que consiste en si precisa que exista identidad u homogeneidad entre las prestaciones. El Código francés se decidió por la afirmativa (art. 1291), diciendo que la compensación sólo tiene lugar entre deudas que tienen por objeto sumas de dinero o una cierta cantidad de cosas fungibles de la misma especie. Nuestro Código de 1852 no mantuvo esta exigencia; su art. 2257 consignaba: "todas las deudas son compensables si la ley no lo prohíbe". De los Códigos modernos, el alemán mantiene la exigencia, pues el art. 387 habla de deudas que *ihrem Gegenstande nach gleicher artig sind*. Lo mismo ocurre con el Código suizo (art. 120). El brasileiro habla de que la compensación se efectúa entre deudas "de cosas fungibles".

Nuestro código vigente, siguiendo en esto la gallarda posición adoptada por el de 1852, no impone el requisito de la homogeneidad. La Exposición de Motivos dice: "Si se suprime el requisito de la liquidez, si la compensación deja de ser automática, y si su verdadera amplitud se puede controvertir dentro del juicio, deja de ser condición la fungibilidad recíproca de las obligaciones sujetas a compensación".

Pero aquí es de preguntarse: ¿siendo la posición tan original, no es tal vez equivocada? Pues los Códigos y reformas más recientes, insisten en que las prestaciones sean homogéneas o idénticas. Así, el Proyecto argentino (art. 734) habla de presta-

ciones "de la misma especie y calidad". El Código mejicano (art. 2187) y el de Polonia (art. 254) reiteran lo estampado en el Código de Napoleón y lo mismo ocurre con el Proyecto francés italiano. El Código chino habla de prestaciones "de la misma especie" (art. 334).

La razón para que las deudas compensables sean homogéneas está "en que la compensación haciendo las veces de pago, es necesario que el objeto de cada uno de los débitos pueda servir de pago al otro; de otra manera, uno de los dos acreedores—deudores respectivos— quedaría obligado contra su voluntad a recibir en pago una cosa diversa de la que le es debida". (Pacifi-Mazzoni).

El art. 1294 prescribe que debe tratarse de obligaciones exigibles. Este requisito se explica de inmediato. Como dice Cosack, la compensación deviene legítima "sólo cuando el acreedor pueda exigir la prestación que le corresponde y puede efectuar aquella a la cual a su vez está obligado". Y es que la compensación es un pago o un sustituto del pago. Como consecuencia del art. 1294, no son compensables las obligaciones a plazo dilatorio o bajo condición suspensiva, las naturales; tampoco aquellas que pueden ser enervadas mediante una excepción: *quaecunque per exceptiones perenni possunt, in componesatinem non veniunt*. (art. 390 del Código alemán); y claro está que aquí se trata de no otras que las excepciones de derecho substantivo, comprendiéndose las excepciones que se apoyen en una causal de nulidad que afecte al crédito.

Conviene en insistir en lo referente a la necesidad de que se trate de créditos vencidos, para que la compensación pueda actuar. El compensante, en efecto, no puede oponer a su adversario un crédito del primero contra el último que no esté vencido; pero si el crédito del que formula la compensación es actual, aun cuando el de la otra parte no esté vencido, es susceptible de compensación (por decisión del dueño del crédito vencido), con tal únicamente de que ese crédito que obra en favor de la otra parte sea susceptible de cumplimiento (*a posteriori*). Un ejemplo

aclarará la situación legal de los dos sujetos de que se trata. (A) es acreedor de (B) por un crédito vencido y (B) es acreedor de (A) por un crédito no vencido. Bien: (A) puede formular compensación con respecto de (B); pero (B) no con respecto a (A). La razón de ello reside en que si (A) está autorizado por la ley para saldar mediante pago el crédito de B antes de que venza, no se vé por qué se le ha de impedir que extinga ese crédito mediante compensación, remitiendo a B el dinero que tiene ya en su poder y con el que, en virtud de la compensación, se puede quedar. Si el crédito de B extinguido por compensación antes de su vencimiento no rinde interés, y A lo compensa antes de su vencimiento, puede lo mismo que en caso de pago (art. 81, ap. 2.º), deducir los intereses del entre tiempo. (von Thur).

Tratándose de las excepciones, propiamente no cabe decir que los créditos a los que ellas puedan oponerse sea en sí compensables; sólo que la compensación en tales circunstancias deviene inoperante desde el momento en que la parte obligada por el crédito respecto al cual puede interponer respectiva excepción, invoca esta misma, frustrando de este modo la compensación, y si por ejemplo, B aduce en compensación un crédito de fianza que tiene contra A, este podrá entablar la excepción de orden y exclusión, cortando así el paso a la compensación. Otro tanto acontece cuando el crédito que quiere compensarse se basa en un contrato que adolezca de un vicio de voluntad. Si, por ejemplo el contrato no es obligatorio para A, por haber incurrido B en fraude y no está en el contrato ratificado por aquel, será ineficaz la compensación en que se oponga un crédito nacido de este contrato; pero constituirá ratificación el hecho de que A, conociendo el vicio de voluntad, no se oponga a la compensación. (von Thur).

¿La deuda prescrita es incompensable? El punto ha merecido la contemplación del B. G. B. (artículo 390), en cuanto indica que la prescripción no excluye la compensación, cuando el crédito prescrito no lo estuviera en el momento en que podía compensarse con el crédito de la otra parte. Planck explica la excepción en los siguientes términos: "La excepción que establece el apartado 2.º de la regla del apartado 1.º, se basa en una resolución de la segunda Comisión. Según aquella regla, un crédito al cual se opone la excepción de prescripción, no podría ser compensado. El apartado 2.º permite la compensación para el caso de que el crédito prescrito todavía no se encontrara prescrito en el

momento en que hubiera podido ser compensado con el otro crédito. La excepción reposa en consideraciones semejantes como la disposición sobre el efecto retroactivo de la compensación. Especialmente se ha hecho valer que en el tráfico cotidiano, el deudor que tenga un contra-crédito, estima como si su acreedor estuviera ya pagado, y que por tanto no suele declarar la compensación; tal deudor sufriría injustamente desventajas, por la exclusión de la compensación después del vencimiento del plazo de prescripción, que por regla general sólo es corto en créditos de esta clase. No se admite una aplicación de esta excepción a otros casos”

El art. 1294, imitando a los Códigos alemán y suizo, no exige el requisito de la liquidez de los créditos, como ocurre en el Código francés y los que le siguen, como el antiguo peruano, (art. 2254). Escribe Saleilles: “Si la compensación es una garantía de pago fundada sobre la coexistencia de dos deudas recíprocas, es difícil subordinar su eficacia a un hecho de puro azar, tal como la liquidez de las deudas, y de ofrecer así a una de las partes el medio de evadir sus consecuencias, fundándose sobre una alegación que es siempre fácil de anticipar, pero que lo más frecuentemente sea inspirada por espíritu de chicanería. Se dirá tal vez que si dentro del sistema del Proyecto, la compensación es asimilada a una declaración o reconocimiento de pago, ella no puede tener lugar sino en las circunstancias en que el pago habría podido hacerse; es decir, dentro del supuesto de que no haya lugar a objeción sobre el objeto o la extensión de la deuda. La objeción sería admisible frente a un pago realizado por vía de ofertas y de tradición material; el acreedor podría estar en derecho para objetar sobre su regularidad y exigir previamente la liquidación de la deuda. *Elle est sans portée a la rencontre d'un paiement à faire valoir sur les espèces que le créancier est déjà censé avoir en mains, qu'il n'a pas à recevoir et par suite qu'il n'a pas à refuser. La débiteur quiades valeurs qui le reviennent et qui sont aux mains du créancier, peut faire sur ces valeurs une imputation de paiement dont l'entendue reste subordonnée a la liquidation à intervenir.* ¿No es lo que ocurre todas las veces que hay remisión de valores a título de garantía? Y la compensación como la retención, es una especie de garantía en manos de un acreedor. El deudor que tiene en la prestación a su cargo, cómo garantizarse un crédito recíproco, rehusará pagar, aún cuando se le objete la necesidad de una liquidación previa.

El declarará, con todo, pagarse él mismo con lo que él debe, con la salvedad de que se determine posteriormente el monto del saldo y por consiguiente los límites dentro de los cuales la compensación resultará operando”.

La Jurisprudencia inglesa tampoco exige el carácter de líquidos de los créditos para su compensación. (Smith)

Ciertamente, no resiste a examen la exigencia de la liquidez. O se abre el camino a la temeridad de las oposiciones por deudores inescrupulosos, o para amenguar el mal, se llega a insinuar remedios peregrinos y de dudosa eficacia (Freitas, art. 1167; Proyecto franco-italiano, art. 216). Es de concluir que la exigencia de la liquidez del crédito deriva de una confusión: de que se confunda título de acción ejecutiva con crédito, con acción judicial en general.

De lo anterior descende que un crédito litigioso es compensable. Ghul escribe que “muy a menudo acaece que el hecho de que un deudor, cuyo acreedor le exige el pago, afirme tener a su vez una prestación que demandar de tal acreedor, en tanto que al acreedor niega este hecho. En este caso débese, no obstante, concederse al deudor la compensación. Pero la práctica aplicación de esta regla legal debe limitarse de modo que el Juez, en estos casos de mutuas exigencias, sólo tome en consideración aquellas excepciones que se presenten como justificadas”. Aunque no esté comprobada de primera intención la contraprestación que se oponga en compensación, si se percibe que verosímilmente existe, cabe aceptar la excepción de compensación, quedando al deudor el comprobar en el curso del proceso la efectiva existencia de tal contraprestación.

Y von Thur indica lo siguiente: “el art. 120 apt. 2 del Cod. Obgc. determina que el deudor podrá hacer valer la compensación aun cuando su crédito sea litigioso. Por tanto, el Juez no podrá remitir a un proceso especial el crédito litigioso que se opone en compensación, y si este crédito está ya *sub iudice* en otro Tribunal, deberá aplazar el fallo acerca del crédito principal hasta que recaiga sentencia sobre el crédito que se opone en compensación. En cambio, es de la incumbencia del régimen procesal determinar hasta qué momento pueden aducirse nuevos hechos y oponerse, por tanto, nuevas compensaciones. En el proceso cambiario, el Juez puede, según el art. 812, decretar la ejecución provisional, si juzga inverosímil la compensación aducida. Asimismo puede, según la ley de quiebras, art. 82, autorizarse

la ejecución provisional cuando inmediatamente no se aduzcan razones que hagan la compensación verosímil. Contra una sentencia ejecutiva sólo puede interponerse objeción por la vía ejecutiva, cuando el ejecutado pruebe documentalmente que la deuda ha sido extinguida después de decretarse la sentencia. Sin que el texto de esta norma no lo autorice, la práctica la interpreta en el sentido de que el ejecutado sólo puede aducir una compensación cuando la posibilidad de ésta se dé después de decretada la sentencia”.

Ahora es de preguntarse si los plazos cortésmente acordados por el acreedor impiden o no la compensación.

El plazo de gracia es institución que se constata en el Código francés y consiste en uno que acuerda el juez, después de vencida la obligación, para la ejecución de la misma. Pero ello no ha encontrado propicio clima en otros Códigos. Dentro del sistema francés es explicable disposición como la contenida en el artículo 1292, que el plazo de gracia no es obstáculo para la compensación, pues “el plazo de gracia es un favor acordado por el juez al deudor, quien por razón de circunstancias desgraciadas se halla en la imposibilidad de pagar inmediatamente; su propósito es dar al deudor el tiempo para procurarse los recursos necesarios para efectuar el pago. Luego, ¿cómo podría decirse que es imposible al deudor liberarse, cuando precisamente la compensación le proporciona el medio para ello? Se vé, pues, que para el efecto de la compensación, el término de gracia pierde su razón de ser”. (Baudry Lecantinerie et Barde). Como se observa, el artículo 1292 del Código francés, en cuanto impide la compensación, sólo se aplica al plazo concedido por el juez. Si se trata de un plazo concedido por el acreedor, la jurisprudencia francesa tiene decidido que el art. 1292 no es invocable. En efecto, no hay en tal caso exigibilidad de la deuda, y mientras tal exigibilidad no se produzca, no hay lugar para la compensación.

El Código nacional no reconoce los términos de gracia, concedibles por el juez. No hay más plazo que el convencional, aceptado por el acreedor; y él hace inexigible la obligación, y por ende incompensable deviene ésta.

El precepto 1294, que ahora estudiamos, indica en su última parte que la compensación puede excluirse de común acuerdo. Era suficiente y acaso preferible, decir simplemente que el ejercicio del derecho de compensación es renunciable. Un pacto mutuo de no recurrir a la compensación, meramente es la conjunción de dos renunciaciones anticipadas a ella.

Tal incompensabilidad convencional se diferencia por este carácter de la legal, a que se contrae el artículo 1295. Ennecerus se refiere a este convenio de exclusión en los siguientes términos:

"En el Código Civil resulta con seguridad, del artículo 391, ap. 2, puesto que aquí se da una regla de interpretación sobre si la compensación ha de ser excluida (RGE 860 p 357 s.) En los formularios de los contratos de arrendamiento en las grandes ciudades se excluye con frecuencia la compensación contra los créditos por alquiler. Se supone que se excluye tácitamente la compensación cuando se entrega dinero en cambio. Igualmente puede ir implícita la exclusión de la compensación en la entrega de dinero en concepto de mutuo, con la añadidura de que el que lo recibe tiene que estar dispuesto en todo momento a su restitución, porque el que lo da lo necesita para sus negocios. El convenio por el que se nombra un tribunal arbitral para decidir sobre un crédito excluye la compensación hasta tanto que el tribunal arbitral constate el crédito. Es problema de interpretación el de si el pacto de pagar al contado excluye la compensación, o solamente es una promesa de satisfacer inmediatamente. En la duda, se ha de suponer lo último; cf. RGRKomm, 387, nota 1".

Tratándose de la renuncia de la compensación, escribe Guhl: "Los efectos de la compensación no se presentan o, en otros términos, ella queda excluida cuando el deudor haya renunciado a ella de antemano, o cuando esté en contradicción con la naturaleza de la contrapretensión estipulada, que sería compensable. La renuncia del deudor puede haberse producido expresamente o derivar de las circunstancias. De esta suerte, la promesa del pago al contado puede interpretarse, bajo circunstancias especiales, como una renuncia del deudor. Además, en el Código federal de las obligaciones y en la ley federal sobre la ejecución de deudas y la quiebra, se enumeran algunos casos en los cuales no se admite la compensación".

Para la renuncia a la compensación, por cuanto esta última es facultativa, basta con una declaración unilateral recepticia. La renuncia puede pactarse con antelación (por ejemplo en los

contratos de arrendamiento); pero entonces debe la estipulación correspondiente aparecer en forma expresa. La renuncia debe interpretarse limitativamente al crédito a que concierna; pero no hay inconveniente, en principio, en que se produzca una renuncia de carácter general.

Art 1295.—“Se prohíbe la compensación: 1.º en la restitución de un depósito, o de un comodato; 2.º en las pensiones alimenticias; 3.º entre particulares y el Estado”.

Referencias: Digesto, lib. 16, tit. 3, fr. 25, párrafo 1; fr. 26, párrafo 1; lib. 49, tit. 14, fr. 46, párrafo 5; Código lib. 4, tit. 31, 15, 3, 8, 11 y 14, párrafos 1 y 2; tit. 34, ley 11; Códigos francés, art. 1293; italiano, 1289; portugués, 762 y 767; español, 1200; argentino, 823 y 824 y 825 y 2219; chileno, 1662; uruguayo, 1509, 1510 y 1511; venezolano, 1357 y 1537; boliviano, 887; japonés, 509 y 510; alemán, 393, 394 y 395; suizo, 125; brasileiro, 1015; peruano, 2258; turco, 123; chino, 338-339; polaco, 259; mejicano, 2192.

Toda deuda es, por regla, compensable. Se necesita declaración expresa legal en contrario para que no funcione la compensación. De aquí que siendo el artículo 1295 prohibitivo y enumerativo, su interpretación necesariamente es restrictiva.

La prohibición destierra la coyuntura a que concierne la última parte del número 1294, que permite la exclusión de la compensación por mutuo acuerdo de las partes.

La primera prohibición del artículo no es susceptible de justificación. Si se trata de depósito regular, conforme resulta del texto que habla de restitución, la regla estaba demás, pues por la propia naturaleza de la cosa materia del depósito ella no es compensable, salvo en la lejanísima hipótesis de que tal cosa sea idéntica en su especie y calidad a la que por otro concepto debe pagar el depositante al depositario, ya que el Código no requiere la fungibilidad de las prestaciones para su compensación. Es por eso que disposición de la ley de la de inciso 1.º, que se encuentra en otros Códigos, ha sido objeto de reproches incontes-

tables; conduciendo la interpretación a considerar que sólo es de utilidad referente al caso de depósito irregular, como expresamente lo indica el Código argentino. Pero aun en este caso no es plausible la solución: basta reparar en lo que ocurre en los depósitos bancarios para descubrir su falibilidad.

Por idénticas razones a las antes expuestas, tampoco es recomendable la prohibición referente al comodato.

De otro lado, es de lamentar que se haya excluído el caso de despojo, no desde luego en lo que se refiere a restitución de la cosa, sino de su equivalente. La decisión sobre el particular es tradicional: *spoliatus ante omnis restituendus*. Y tan buenas razones acompañan a la regla, que los Códigos modernos la mantienen. En el Proyecto argentino se avanza hasta hacer en general incompensables "las deudas nacidas de actos ilícitos deliberados". "Se trata de impedir —explica Bibiloni— la comisión de hechos perjudiciales, y la solución debe aplicarse en toda hipótesis de atropello, engaño o violencia".

Pero el artículo 738, inciso 1.º del Proyecto definitivo indica que no podrán compensarse los créditos inembargables y las deudas nacidas de los débitos, salvo que lo consintiera el acreedor de ellos.

El inciso segundo se refiere a las pensiones alimenticias. La razón para la incompensabilidad estriba en la inembargabilidad propia de tales obligaciones. Efectivamente, el crédito inembargable no está comprendido dentro del patrimonio del deudor en cuanto sirva de garantía común a los derechos de sus acreedores; tal crédito de consiguiente, no puede servir para el pago de los últimos y no se comprende de este modo, cómo serviría para la compensación, que es un medio de pago o un sustituto de pago. De aquí que sobre tal carácter incompensable de los créditos no susceptibles de embargo, es unánime la opinión de los autores; y por eso, con referencia a disposiciones como la contenida en el inciso 2.º del artículo 1295, que se encuentran en algunos Códigos, se les ha criticado por la estrechez de apreciación que acusan. Es decir, que debía comprenderse en la prohibición toda obligación que por su naturaleza y finalidad no consienta obstáculos a su efectividad. Además de las pensiones alimenticias, debían incluirse los salarios y sueldos indispensables

para el sustento del acreedor y su familia; así como otros créditos que tengan idéntica finalidad : pensiones concedidas por contrato o ley, rentas vitalicias, indemnizaciones en ciertos casos.

El inciso 3.º excluye la compensación en las deudas y créditos entre particulares y el Estado. La decisión es propugnada por varias razones conocidas, que no exigen ser rememoradas. Sólo que creemos que debía haberse extendido la regla con relación a los Municipios, por el carácter público de sus servicios y la necesidad, en consecuencia, de que no sufra obstáculo el cobro de los impuestos de que gozan aquellos y que sirven para alimentar los últimos. Así se dispone en el Código brasileño (art 1017), alemán (art. 395) y suizo (art. 125).

Art. 1296.—“El deudor que ha consentido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente”.

Referencias: Derecho Romano: Código, lib. 8, tit. 42, 1, 3; Códigos: francés, art. 1295; italiano, 1291; portugués, 773, 774 y 777; español, 1198; argentino, 826; chileno, 1659; uruguayo, 1505; venezolano, 1359; boliviano, 889; austriaco, 1442 y 1443; brasileiro, 1021; peruano, 2260; chino, 341; mejicano, 2201 a 2203.

El artículo 1296 responde a un criterio fundamental sobre la compensación, que es precisamente el opuesto al preferido por el Código. Dicho artículo, cuya paternidad se halla en el 1295 del Código de Napoleón, está estructurado bajo la idea de que la compensación actúe con el carácter de legal. Se reputa entonces, que las deudas recíprocas se extinguen automáticamente desde su coexistencia, por la sola fuerza de la ley, de modo que producida la cesión de crédito del cedente en favor del cesionario, el crédito cedido ya estaba extinguido de pleno derecho. El cedido podría pues oponer al cesionario compensación; y es para evitar esta

consecuencia que se formula la regla del art. 1295 del Código francés. Aceptando el cedido la cesión, se reputa que ha renunciado al derecho de compensación que tenía adquirido. En caso de que sólo haya notificación al deudor, la compensación funciona; pero siempre con respecto únicamente al crédito del cedido en contra del cedente anterior a la notificación. En cuanto a crédito posterior a la aceptación o a la notificación de la cesión, la compensación no puede ser procedente, porque aquella requiere que se trate de crédito entre personas recíprocamente acreedoras y, en tal caso el cedente, que viene a ser deudor del cedido, ya no es acreedor de éste, desde que cedió el crédito que contra él tenía, a un tercero, el cesionario.

Como se observa, es preciso distinguir el caso de aceptación de la cesión del de la notificación de la misma. El artículo 1296 prescinde de considerar esta última. Se concreta a apreciar el caso de la aceptación, y él no guarda correlación con el régimen institucional establecido por el artículo 1294. No precisaba, en efecto, hablar sobre una aceptación, para que no fuera oponible la compensación, pues para ella bastaría que el cedido no usase de la facultad indicada en el artículo 1294; es decir, desde que no haya dirigido la declaración respectiva de compensación a la otra parte.

Debería, consiguientemente, apreciarse el efecto del conocimiento que el deudor cedido tenga de la cesión, sobre el crédito que anteriormente tuviera adquirido contra el cedente, para saber si puede entonces tener lugar la compensación. El proyecto del Código alemán se planteó la cuestión en tal forma. Dentro de una consecuencia de estricta lógica con el sistema institucional de la compensación, debería llegarse a la conclusión de la improcedencia de la compensación. Pero motivos de equidad indujeron a propugnar solución distinta. "Quedaba sin embargo, el poner la equidad de acuerdo con los principios, o sea más bien, descubrir el principio que correspondiese en alguna forma a la equidad; y así, la idea es aquella que sirve de fundamento a la teoría nueva, de una garantía de pago dentro de las manos del deudor. Una vez esta garantía adquirida, la cesión no puede quitársela. Y el cesionario es reputado que ha aceptado que el deudor, que tiene el

derecho a la compensación, use de su derecho aún después de la notificación de la cesión". (Saleilles).

El caso que enfoca la disposición 1296 se contrae a la imposibilidad de reclamar compensación al deudor cedido, por haber consentido en la cesión del crédito. Es útil agregar ahora que el cedente tampoco puede oponer la compensación. En consecuencia, si A) acreedor por el crédito x) de B), su deudor, que a su vez es acreedor del primero por el crédito y), cede dicho crédito x) a un tercero, a C), así como B) no puede oponer compensación a C) que le exige el crédito x), oponiéndole el crédito y), que tiene en su favor y que obra contra a); tampoco A), cuando B) le exija el crédito y), puede oponerse al pago, alegando la existencia del crédito x), pues este crédito ya no le pertenece, y sábase que la compensación entraña un acto de disposición acerca del crédito que se opone.

Art. 1297.—"El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal".

Referencias: Digesto, lib. 16, tit. 2, fr. 4 y 5; Código francés, art. 1294; italiano, 1290; español, 1197; suizo, 121; argentino, 829; uruguayo, 1503; venezolano, 1358; brasileiro, 1013; austriaco, 1441; chileno, 1657; peruano, 2259; turco, 119; polaco, 260; mejicano, 2198 y 2199; turco, 119.

La compensación sólo es procedente entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras. Pero en el caso del fiador es justificable que puede oponer en compensación a su obligación, la que el acreedor tenga frente al deudor.

Dentro del régimen de la compensación legal, la solución obtiene inmediata fundamentación, pues a partir de la coexistencia de las dos deudas, la del deudor (el fiado) frente al acreedor (en favor de quien se constituyó la fianza) y la que ha venido a producirse en favor del primero y en contra del segundo, ambas se han extinguido de pleno derecho; de manera que desde ese momento también se extinguió la deuda del fiador, como obligación accesoria que sigue la suerte de la principal.

Dentro del régimen de declaración de parte para la compensación, rigurosamente desarrollado, no existe la misma fundamentación para oponer la compensación. Empero, una razón de equidad conduciría a admitirla.

El deudor principal no puede oponer en compensación la deuda del acreedor para el fiador, debido a que no existe en tal caso reciprocidad entre las obligaciones del deudor al acreedor y del acreedor al fiado; la deuda del fiado es principal y directa y no así la del fiador.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

La compensación puede producirse por acuerdo de parte, en vez de deducirse por declaración unilateral de uno de los interesados. Así es que se habla de un contrato de compensación. En este caso, el mismo "no está vinculado a los requisitos de la compensación unilateral (reciprocidad—A puede autorizar a B para que compense su deuda con el crédito que tenga contra él un tercero. Claro está que, para disponer así de su crédito, habrá que contar con el consentimiento del tercero interesado—analogía, vencimiento). Sus efectos son los mismos que los de ésta: ambos créditos se extinguen simultáneamente; si uno de los créditos no existe, el otro no desaparece; los créditos se consideran cancelados a partir del momento en que se contraponen con carácter de compensables (la retroactividad, que la ley deniega por principio a la voluntad de las partes puede producirse aquí, porque a las partes les tiene que ser necesariamente posible conseguir mediante el contrato lo que cualquiera de ellas podría conseguir, según el art. 124, ap. 2.º mediante una declaración unilateral). El contrato de compensación puede concertarse también de antemano, en el sentido de que ambos créditos se extingan en virtud del pacto precedente tan pronto como se contrapongan, sin necesidad de que medie una declaración compensatoria. Un pacto anticipado de compensación, es el que va implícito en el contrato de cuenta corriente, al que se hace referencia en el art. 124, ap. 3.º. En virtud de este pacto, un crédito incluido en la cuenta corriente no puede compensarse con un crédito determinado de la otra parte, sino que ha de aguardarse a que se

cierre la cuenta corriente, en cuyo momento se opera *ipso iure* compensación de todos los créditos de A. contra todos los créditos de B., compensación de la que sólo brota un nuevo crédito, el saldo, a favor de una de ambas partes". (von Thur)

Puede ocurrir que una persona tenga dos o más deudas compensables. Entonces debe declarar cuál es la que quiere compensar. Es lo que se encuentra indicado en el Digesto, lib. 16, tit. 2, fr. 5; Códigos francés, art. 1297; italiano, 1293; portugués 770; alemán, 396; chileno, 1663; uruguayo, 1507; venezolano, 1321; mejicano, 1580; boliviano, 891; japonés, 512; brasileiro, 1023; y el peruano derogado, 2230.

Originándose la compensación por acto de parte, es congruente que pueda el declarante indicar cuál es la deuda que quiere compensar. La solución parece más sensata que la que determina que entonces se aplicarán las reglas sobre la imputación de pago; lo que sólo se explicaría, si a la compensación se le atribuyera un carácter de operante *ex vis legis*. Así, antes que la imputación legal debe primar la voluntad convencional. Pero no debe bastar sencillamente con que uno de los deudores recíprocos declare cuál es la deuda que ha de compensarse, pues si una y otra persona son recíprocamente deudoras, ¿por qué la determinación de una de ellas ha de primar, tal vez contra la voluntad de la otra parte? Por eso lo lógico es que la declaración de una parte respecto a la deuda que se trata de compensar, valga sólo en cuanto tenga el asentimiento de la otra parte; si no, se deberá aplicar el régimen de la imputación legal. Una demora injustificada en responder a la indicación relativa a la deuda que se pretende compensar, se estimará como aceptación, por aplicación del artículo 1077.

No tiene lugar la compensación en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero. Una declaración en tal sentido se encuentra en algunos Códigos como el francés, art. 1298; italiano, 1294; portugués, 775; argentino, 822; uruguayo, 1512; venezolano, 1322; boliviano, 892; brasileño, 1024; peruano derogado, 2663.

Siendo la compensación un medio de pago entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras, no puede perjudicar a terceros, extraños a la operación, para quienes es *res inter alios* acta. Así teniendo una persona un crédito contra una segunda persona, un tercero (a su vez acreedor de la primera), embarga tal crédito; entonces esa segunda persona no podrá oponer compensación a la primera si posteriormente al embargo adquiere un crédito exigible contra la misma. Es de aplicar entonces lo dispuesto en el artículo 1242. El pago deviene en tal caso imposible. Y la imposibilidad comprende la totalidad del crédito embargado, aunque él supere al monto del crédito del embargante. El crédito de la segunda persona contra la primera, en el supuesto tratado, debe ser exigible posteriormente el embargo, para que no sea posible la compensación; si él se produjo con tal carácter de exigibilidad antes del embargo, la prohibición de la compensabilidad no sería pertinente, pues entonces, siendo exigibles ambos créditos, estaba expedita su compensación, y ningún derecho de tercero se habría producido con respecto a uno de tales créditos. Correlativamente, si dicho crédito de la segunda persona contra la primera se originó con anterioridad al embargo, pero vino a ser exigible con posterioridad a él, la compensación no procede, debido a que sólo a partir de la exigibilidad del crédito es posible la compensación, y antes de tal posibilidad ya se había originado el derecho de tercero.

Otro caso de imposibilidad de la compensación es el concerniente a la aceptación de herencia bajo beneficio de inventario y el efecto que ella tiene sobre los créditos y deudas de la masa sucesoria en relación al heredero beneficiado y un tercero. No hay duda de que si un tercero tiene una deuda a favor de la masa, pero ésta a su vez es deudora de aquel, o vice-versa, la compensación es operante. Pero si un tercero es deudor de la masa y acreedor del heredero por relación personal propia de éste, no puede producirse la compensación entre tal deuda y tal crédito; tampoco puede producirse en el caso inverso de que el tercero sea acreedor de la masa y deudor del heredero por relación personal propia de éste. La prohibición defiende los derechos de terceros, de los acreedores.

La compensación tampoco puede obrar en caso de pignoración de crédito, pues la misma equivale a embargo. Un deudor que da a su acreedor en garantía de su deuda el crédito que tiene frente a tercero, no puede destruir tal garantía extinguiendo ese crédito por compensación con una posterior deuda que asuma frente a ese tercero.

En caso de quiebra, ¿la compensación debe repudiarse por inferencia del principio enunciado, de que la compensación es inoperante si perjudica derechos de tercero? La doctrina francesa se pronunciaba por la repudiación. Ciertamente, la compensación no podría ser excluida tratándose de deudas del concursado, vencidas antes de la declaración del concurso, ya que entonces la compensación sobreviene por motivo de la coexistencia de los créditos *ministerio legis*. Pero se excluía respecto a las deudas a vencer después de la declaración. Esta, aunque tornándolas vencidas, no podría apreciarse sino como un efecto extraordinario de la declaración, para hacer posible la liquidación de la quiebra; pero nunca para hacer posible la compensación.

Hoy se estima que tal manera de enjuiciar la cuestión es inequitativa. Así lo ha percibido la propia jurisprudencia francesa, al consentir la compensación tratándose de deudas conexas. Pero hay, además, una razón definitiva en favor de la procedencia de la compensación tratándose del caso de quiebra. La doctrina alemana percibe en la compensación un derecho de garantía en favor de un acreedor, para cubrirse con el crédito que tenga en contra de otra persona, de la deuda que en favor de la misma tenga. No puede exigírsele, pues, el pago de tal deuda si no se le abona tal crédito. Esa garantía no le puede ser arrebatada. Y en el caso de concurso, su validez no tiene por qué afectarse. Un acreedor con prenda, con hipoteca sobre el quebrado, se substraer del concurso de acreedores. Lo mismo debe ocurrir tratándose de un acreedor de la masa que tiene una garantía sobre dicho crédito, consistente en la deuda que posee en favor del quebrado. Por eso en la legislación alemana, de acuerdo con las ideas fundamentales que inspiran el carácter de la compensación, ésta tiene lugar en el caso de quiebra.

Estando el Código nacional inspirado en el Código alemán respecto a la compensación puede concluirse que dentro de aquel

es admisible la compensación en caso de quiebra. Pero, desde luego, será preciso que tanto el crédito en favor del concursado como el crédito en contra del mismo se hayan adquirido antes de la declaración del concurso.

No obstante, sobre este particular ha de primar lo establecido en la ley especial sobre quiebras (ley 7566, de 2 de agosto de 1932), que en su artículo 57, indica lo siguiente: "la declaración impide toda compensación que no se hubiera operado antes por ministerio de la ley entre obligaciones recíprocas del fallido y sus acreedores, salvo que se trate de obligaciones conexas derivadas de un mismo contrato, aun cuando fueran exigibles en diferente plazo".

Resulta conveniente distinguir la compensación de las figuras, con las que ofrece analogía: la llamada imputación y el derecho de retención. Al respecto trascribimos fielmente lo indicado por von Thur: "De la compensación de dos créditos hay que distinguir la llamada *imputación*, acto por medio del cual se reduce la cuantía de un crédito en atención a determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, a cuenta de la indemnización se imputan los beneficios obtenidos por la parte perjudicada del hecho dañoso. A cuenta del enriquecimiento que ha de restituirse se imputan, disminuyéndolo, las impensas y otras sumas. Si el arrendatario o el patrono se ven obligados a pagar la renta o el salario sin haber podido hacer uso de la cosa arrendada o de los servicios, se imputa a cuenta de la renta o del salario (art. 257, ap. 2.º, 332) todo lo que la parte contraria ahorre o lo que adquiera o haya dejado intencionalmente de adquirir, pudiendo haberlo hecho, mediante la explotación de su cosa o de sus servicios mediante otro conducto. Lo que se imputa no es, como en la compensación, otro crédito (crédito que no existe en ninguno de los casos apuntados: ni en la indemnización, ni en el enriquecimiento, ni en la obligación del arrendatario o el patrono), sino una cantidad, que ha de restarse de la suma bruta del daño o del enriquecimiento para que resulte la cantidad líquida del enriquecimiento o de la indemnización, o en su caso la renta o el salario cuyo pago responde a la equidad. Por eso la imputación sólo puede traducirse en una disminución del crédito, pero nunca en un crédito o saldo del imputante. La imputación no

es ejercicio de un derecho potestativo cancelatorio, sino una circunstancia que afecta a la cuantía del crédito y que se opone a la demanda, razón por la cual puede ser aducida no solamente por el deudor, sino también por un tercero a quien interese la cuantía del crédito, v. gr. por el fiador”.

“No existe compensación, ni imputación cuando el dador reclama la disminución de su deuda por razones especiales, v. gr., cuando pide que se le disminuya el precio, en el contrato de compraventa, o la remuneración en el contrato de obra (arts. 205, 368, ap. 2.º), porque se le reduzca la pena condicional (art. 163, ap. 3.º). Aquí no se trata, como en la compensación, de un crédito análogo que opone el deudor, ni se trata tampoco, como en la imputación, de tener en cuenta simplemente una partida para rebajarla de la deuda, sino, en el precio, cuando se trata de la compraventa, y en la remuneración, cuando se trata del contrato de obra, de una reclamación que el deudor entabla contra la demanda pidiendo la modificación del contrato, y en la pena convencional de un derecho potestativo del deudor que se ejercita al amparo del Juez”.

“De la compensación hay que distinguir el *derecho de retención*, tanto el derecho de retención de carácter personal, reglamentado por el art. 82, como el derecho real de retención del art. 895, Código Civil; para el ejercicio de este derecho, no se requiere que haya analogía entre ambos créditos y sí, en cambio, que exista conexión real. Si ocurre que, existiendo esta conexión, los dos créditos son análogos, v. gr., porque una de las prestaciones versa desde el primer momento sobre dinero y la otra se convierte en pecuniaria en forma de indemnización, el deudor puede optar entre oponer la excepción de contrato incumplido o entablar la compensación. Así, por ejemplo, el patrono que adeuda salarios y se haya asistido de un derecho de indemnización por daños sufridos anticontractualmente, puede rehusar el pago de los salarios hasta tanto que se le resarza el daño, o compensar entre sí ambos créditos. Si la declaración del patrono es ambigua debe, en la duda, interpretarse como compensación, ya que esta arroja un resultado más sencillo y, prácticamente, no implica para la otra parte más carga que la retención. En derecho alemán se discutió durante mucho tiempo si el deudor podía ejercitar un derecho de retención contra un crédito que no pudiese saldarse mediante compensación (art. 125, Cod. Obl.) Generalmente, los autores se inclinan por la afirmativa, teniendo en

cuenta que la compensación y la retención son actos sustancialmente distintos en cuanto a su estructura jurídica. Pero como prácticamente la retención representa para el deudor lo mismo que la compensación, puesto que en ninguno de los dos casos entra en posesión de su dinero, el Tribunal Supremo deniega al deudor que no tiene derecho a compensar, el derecho de retención. Es la solución que nos parece también más indicada respecto al Derecho suizo, pues la finalidad del art. 125 y sobre todo la del art. 340 quedaría en muchos casos frustrada, si el deudor pudiese conservar en sus manos por virtud de un derecho de retención el dinero que debe, según la voluntad de la ley, pagar al contado.

TITULO V

DE LA CONDONACION

Art. 1298.—“De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario hecho por el aceedor, termina la obligación”.

Referencias: Código español, art. 1187; argentino, 873 y 874; uruguayo, 1474; japonés, 226; alemán, 397; chino, 343; polaco, 270; peruano, 2244; mejicano, 2209.

La condonación es acto abdicativo por parte del condonante, que renuncia a un derecho; no lo transfiere o sustituye; por lo que la obligación se extingue en forma absoluta. La posibilidad de tal remisión, se explica de inmediato considerando que todo crédito, como todo derecho privado subjetivo, es de interés fundamentalmente sólo del titular y como tal renunciabile. Se comprende, por lo demás, que ciertos créditos no son, por excepción, renunciabiles de antemano; ejemplo, el proveniente de responsabilidad delictual o contractual por dolo o culpa lata, el de reclamar alimentos. No basta que tenga lugar la renuncia; precisa en cualquier forma, que el deudor la acepte; antes, es una mera policitud. Es en tal sentido que se dice que la remisión es un acto bilateral. “Mientras que otros derechos, —escribe von Thur—, sobre todo el de propiedad y los demás derechos reales, pueden extinguirse por la sola declaración de su titular (renun-

cia), tratándose de la extinción de los créditos, el B. B. G. art. 115, exige un acuerdo entre el acreedor y el deudor, es decir, un contrato cancelatorio, el que a diferencia de la renuncia suele darse el nombre de contrato de remisión de deuda. Solamente el crédito nacido de legado puede, según el art. 577, Código Civil, repudiarse, es decir, cancelarse por la declaración unilateral del acreedor”.

De lo anterior descende que la remisión, como cualquiera renuncia a un derecho, es revocable por el declarante hasta antes que haya sido aceptada por la otra parte, pues a partir de este momento se ha creado en la última un derecho consistente en que no le sea exigible la obligación en que vino a converger la remisión (Ferrini).

La condonación importa una liberalidad, una renuncia graciosa. De otro modo se trataría de una novación, una dación en pago, de una transacción, de una compensación. Por lo tanto, la condonación deberá quedar sometida a las reglas de fondo de las donaciones, aunque no a las de forma; y como se trata de una renuncia a un derecho, será menester que el condonante tenga capacidad para disponer a título gratuito y el condonado para adquirir.

Así que no puede hablarse de una remisión a título oneroso; lo que implica una contradicción *in adjecto*. Esto se comprende perfectamente si se repara en que la remisión es un acto abstracto, en el cual no hay por que investigar si se produce en virtud de una causa *donandi* o no. El carácter gratuito resulta del efecto propio de la condonación: la extinción pura y simple del crédito, sin que derive una contraprestación, en cambio, en favor del condonante. La condonación es, pues, un acto *sui generis*, que puede consistir sea en un contrato de liberación del deudor, como en la *acceptilatio* en el derecho romano (y en el cual caso va ínsita dentro del contrato, la circunstancia del *animus donandi*, sin que ésta empero tipifique al contrato), sea en una mera renuncia por el acreedor a exigir el crédito, como era el *pactum de non petendo*.

La remisión es necesariamente un acto voluntario. Esto es obvio. De ahí que el art. 1298 hable de “perdón voluntario”.

En si, la condonación puede manifestarse como un acto *inter vivos o mortis causa*. Aquí únicamente se trata del primer caso; por eso es un contrato. La remisión por disposición de última voluntad, queda sometida a la disciplina propia de tal figura.

“La renmisión puede condicionarse siempre que las partes la relacionen con la causa, de tal manera que caduca en caso que tal causa no se verifique o en caso de que ella no tenga validez legal o de que no se verifique. Créditos condicionales o a plazo no pueden ser remitidos con efecto inmediato y tampoco créditos futuros o los que puedan adquirirse en el futuro”. (Warneyer)

Puede también la remisión quedar sometida a un plazo inicial; pero ella no se compadece con la estipulación de un plazo final, pues se trataría entonces simplemente de un aplazamiento. No requiere decirse, de otra parte, que el crédito al que se renuncie pueda ser indiferentemente puro o modal. Puede también concernir a un crédito futuro.

La remisión es un acto abstracto, es decir, desvinculado de causa; por lo tanto, aquella resultará inatacable en base a que la causa para proceder a la condonación fuera defectuosa. Este carácter abstracto de la remisión se destaca de la Exposición de Motivos del B. G. B. en que se dice: “Para la eficacia, del contrato (de remisión) no es necesaria la indicación de la causa. La eficacia del contrato no queda excluida por el hecho que los contratantes hayan previsto determinada causa que no exista o que sea inválida. Las prescripciones sobre repetición por razón de prestaciones ilegítimas quedan inafectadas”. (Staudinger).

La renuncia comporta un acto de disposición: el acreedor renuncia a un crédito es decir, a algo que forma parte integrante de su patrimonio. De este modo, deben concurrir en el remitente tanto la capacidad general para celebrar negocios jurídicos

cos como la especial relativa al poder de disposición sobre el crédito de que se trate.

La remisión puede probarse "de cualquier modo". Esto importa que la misma no se presupone. La condonación, por lo demás, puede manifestarse en forma expresa o tácita. Si expresa, no requiere sin embargo términos sacramentales. Si tácita, queda librada a la apreciación del Juez. El Código se refiere a un caso de presunción de remisión (art. 1301). Es un caso de presunción *juris et de jure*. En cierta forma el mero transcurso del tiempo, capaz de causar prescripción, importa en buena cuenta una tácita remisión de la deuda. Pero de todas maneras, la remisión no puede presuponerse; ha de ser probada por algún medio: *nemo iure suo repuntiasse facile praesumitur*.

Si la obligación que se quiere remitir está sujeta a formalidad ¿la condonación debe hacerse en igual forma? Es este un punto susceptible de decisiones encontradas. Es digno de recordar el art. 115 del Código suizo, que no exige en el supuesto indicado, formalidad alguna. Pero el artículo es criticado. El derecho inglés impone que cuando el contrato debe ser hecho *under seal*, la condonación ha de efectuarse en igual forma (Anson).

De atenernos a los términos del art. 1298 no precisaría recurrir a formalidad alguna para la aceptación de la voluntad condonatoria, aunque la obligación remitida se encontrase sujeta a ella. El efecto de la remisión es extinguir la obligación, como lo dice el art. 1298. Tal perdón voluntario puede ser total o sólo parcial, en cuyo último caso queda subsistente la obligación por el resto. Puede también limitarse, cuando hay una pluralidad de deudores, a uno o algunos de ellos, sin comprender a otros (*pactum de non petendo in personam*), o puede ser una renuncia al crédito en lo absoluto (*pactum de non petendo in rem*). Puede también consistir sólo en una renuncia a ciertos efectos inherentes al mismo, como por ejemplo siendo él *sine dies*, declararse que no será exigible sino después de trascurrido cierto plazo.

Art. 1299.—“El perdón hecho a uno de los deudores solidarios extingue la obligación si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los otros. En este último caso el perdón es de la parte que debía pagar el deudor solidario”.

Referencias: *Digesto* lib. 46, tit. 4, fr. 16; lib. 2, tit. 14, fr. 1, párrafos 5 y 25; *Código*, lib. 2, tit. 3, 1, 18; *Código francés*, art. 128; *italiano*, 1281; *venezolano*, 1349; *argentino*, 881; *uruguayo*, 1521; *japonés*, 528, 2.º y 531; *brasileño*, 1055; *peruano*, 2245.

El artículo estaba demás, recordando el dispositivo del art. 1216. Cornejo se expresa sobre este artículo en los siguientes términos: “la disposición de nuestro artículo 1299 no hace sino ratificar lo dispuesto en el artículo 1216. Esta disposición (la del citado artículo del Código francés) parece ser un recuerdo de las reglas del derecho romano sobre la *acceptilatio*, que desde el punto de vista de sus efectos era equivalente al pago. No obstante, Pothier daba otra solución. Era menester, según él, examinar con que intención el acreedor había consentido en la remisión de la deuda. Y de aquí que en la duda debía considerarse como si hubiera renunciado simplemente a la parte de la obligación que incumbía al deudor liberado porque, en efecto, las renunciaciones no se presumen y deben interpretarse en sentido restrictivo. El legislador (el francés) ha incurrido en error, contradiciendo aquí la doctrina de Pothier, aplicando a la remisión de deuda una decisión que nace de una concepción del todo diferente. Ha desconocido así el principio de la interpretación que acabamos de recordar. Por eso la disposición del art. 1285 ha sido muy criticada (Baudry Lecantinerie; tomo III, N.º 1791, citando en su apoyo a Colmet de Santerre, Demolombe, Laurent y Huc). Cuando la obligación es indivisible, la liberación consentida por el acreedor a favor de uno de los deudores es relativa y puramente personal. Los otros obligados no pueden invocarla (art. 1206)”

Art. 1300.—“La condonación hecha a uno de los fiadores no extingue la obligación del principal ni de los demás fiadores”.

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 1 fr. 60, 68, párrafo 2; Código francés, art. 1287; italiano, 1282; español, 1190 in fine; argentino, 880 y 882; venezolano, 1350, in fine, 1351 y 1352; japonés, 529, 530 y 533; portugués, 816, in fine y 817; peruano, 2246; mejicano, 2211.

La suerte de la obligación accesoria no compromete a la principal. De aquí que la remisión de un derecho accesorio, como es la fianza, no importa la del derecho principal, el crédito frente al fiado. Empero la remisión en favor del fiador puede implicar la de la obligación del deudor principal, si tal resulta ser la voluntad del acreedor, sobreviniendo entonces una presunción simple de condonación.

La remisión en favor de uno de los fiadores no acarrea la de los otros. Esto se funda en que la remisión que se hace con relación a un fiador tiene un carácter personal; y de otra parte, la renuncia a un derecho debe interpretarse restrictivamente.

La disposición a que se contrae el numeral 1300, debe aplicarse a toda clase de fiadores, a los simples como a los solidarios. La ley, en efecto, no distingue; está concebida en términos generales.

Por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es evidente que como la fianza es una obligación subsidiaria, dependiente de la principal, condonada ésta se extingue aquella. Se trata, pues, de un caso de perdón que opera *in rem*, e importa el reverso de lo dispuesto en el art. 1300. En el Código español (art. 1195) se indica que la condonación de la obligación principal implica la de las accesorias, y no viceversa.

¿Puede el acreedor condonando al deudor, reservar sus derechos contra los fiadores? La opinión prevaleciente está por la negativa. Si fuera de otro modo, resultaría ilusoria la liberación del deudor, por las acciones de regreso ejercitables por los fiadores.

Art. 1301.—“Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constara la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado”.

Referencias: Digesto, lib. 2, tit. 14, fr. 2, párrafo 1; Código, lib. 8, tit. 43, ley 14.—Código francés, art. 1282 a 1284; italiano, 1279; español, 1188 y 1189; argentino, 877 a 879 y 884; austriaco, 1428; chileno, 1654, 875 y 876; japonés, 538; holandés, 1475; brasileiro, 1053.

La entrega del documento original hace presumir que el deudor queda liberado. Se trata, como resulta del término “original” empleado, de documento privado. El Código no se ocupa del caso de que la deuda conste de instrumento público, como ocurre en otros Códigos, en que se prescribe que la entrega del primer testimonio del instrumento hace presumir, salvo prueba en contrario, la liberación del deudor.

La presunción del artículo 1301 es perfectamente explicable. “La escritura constituye la prueba del derecho que el acreedor tiene contra el deudor; despojarse de esta prueba, entregando el documento a aquel mismo contra el cual el documento está destinado a establecer una obligación, es testimoniar la voluntad de no hacer valer su derecho, sea que el derecho no exista, si el deudor ha pagado, sea que el acreedor haga de él remisión gratuita al deudor. Hay, pues, gran probabilidad de que el deudor esté liberado, bien por el pago que él ha hecho o por la liberalidad que se le ha ofrecido. Es sobre esta probabilidad que la ley establece la presunción de liberación. Si ha habido pago, la presunción de liberación se justifica perfectamente, pues lo usual es que el acreedor entregue al deudor el título en que consta la deuda extinguida; lo que dispensa a las partes de producir carta de pago. La presunción de liberación se justifica también

cuando el acreedor entiende hacer una liberación a su deudor; la tradición del título reemplaza, en este caso, la tradición de la cosa donada; tradición que es necesaria cuando la donación no es hecha por acto notarial". (Laurent).

La presunción del artículo 1301 *es iuris et de iure*. Es la única presunción de tal carácter establecida sobre la materia. Otras presunciones no tendrían sino el carácter de *iuris tantum*, libradas a la apreciación del juez.

La entrega del título para que produzca la liberación del obligado debe ser voluntaria, es decir, *ánimo remittendi debitum*, como aparece del artículo 1301. Efectivamente, la presunción de dicho artículo carecería de fundamento si el documento hubiese llegado a manos del deudor por hurto o por abuso de confianza por él cometido, o por pérdida de manos del acreedor, o si la entrega ha sido hecha por error.

"La restitución del título original del crédito —se lee en Ricci— en forma privada, hecha por el acreedor al deudor, implica según el artículo 1279, remisión de la deuda cuando es voluntaria. ¿Qué entiende el legislador por remisión voluntaria? ¿Basta acaso que la restitución no obedezca a coacción y que proceda de la libre voluntad del acreedor para que implique remisión de la deuda? No es posible que haya sido tal el pensamiento del legislador. En efecto, el acreedor puede haber entregado el título al deudor en depósito, para negociarlo o para otro fin cualquiera. Es cierto que en este caso el acreedor no ha tenido precisamente la intención de remitir la deuda; y sin embargo, ha entregado voluntariamente el título original a su deudor; luego, la entrega voluntaria no hay que entenderla en el sentido de excluir toda coacción que influyese sobre el acreedor, sino en atribuir a éste la intención de perdonar la deuda manifestada en el acto espontáneo de la restitución del título. De aquí que la sola posesión del título por el deudor no implica remisión, pues éste debe probar, además, que el acreedor le condona la deuda. En otros términos: al exigir la ley la restitución voluntaria del título, para liberar al deudor, éste debe probar todos los extremos, cuyo concurso se exige para su liberación; y como estos extremos son dos, el hecho material de la restitución

hecha por el acreedor al deudor y la voluntariedad en el sentido explicado, el deudor debe probar que hubo restitución y que fué voluntaria”.

La entrega debe ser hecha por el acreedor o quien legítimamente lo representa, al deudor o a quien lo representa legítimamente. Solamente en tales circunstancias puede considerarse existente la presunción de liberación. Sólo el acreedor puede por determinación de su voluntad liberar al deudor, y sólo la existencia en poder del deudor del documento puede ser acreditativo de ello, pues si la entrega se hiciese a tercero, podría reputarse hecha por vía de depósito o de cobranza.

La circunstancia de la posesión del título original en manos del obligado debe hacer presumir, por ese simple hecho, la entrega voluntaria de dicho título por el acreedor. No se trata aun de adelantar opinión sobre si el efecto de tal entrega, la liberación del deudor, debe presumirse en virtud de pago efectuado o de una remisión. Ahora únicamente se trata de presumir el carácter voluntario de la entrega, por el simple hecho de tener el deudor en su poder el título de la obligación, el documento original.

Pero esa presunción puede ser apartada, es decir, ser objeto de demostración en contrario por el acreedor, que establezca que el documento ha ido a poder del adversario sin la voluntad de aquel; por extravío, robo, sorpresa, engaño, violencia. El Código argentino dispone sobre el particular “siempre que el documento original de donde resulte la deuda se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste de probar lo contrario”. Salvat comenta así: “la ley ha querido con esta disposición dejar expresamente resuelto un punto de la mayor importancia y que había dado lugar a grandes controversias en el derecho francés. Ordinariamente, cuando el documento se encuentra en poder del deudor, es porque el acreedor se lo ha entregado voluntariamente. Es en esta circunstancia que se funda la presunción de la ley: *presumptio summiter ex eo quod plerumque fit*. Esta presunción no es absoluta, sino simplemente *juris tantum*, como resulta del texto expreso de la ley, que deja al acreedor el derecho de probar lo contrario, es decir, que el documento se encontraba en poder del deudor por otras causas, por ejemplo, por haberle sido sus-

traído, por haberlo perdido, etc. Debe admitirse, a este efecto, toda clase de medios de prueba, inclusive la prueba de testigos y la de presunciones, porque se trata de probar un simple hecho”.

La entrega del documento es prueba de liberación del deudor. Esto es indiscutible. ¿Pero de qué clase de liberación? ¿De un pago o de una remisión? La cuestión ha sido objeto de discrepancias entre los autores. Del tenor del artículo 1301 resulta que deberá presumirse que hay remisión; pero esta presunción quedará destruída si el deudor alega que hubo pago. Sin embargo, la presunción en favor de una remisión antes que de un pago, es mucho menos enérgica de lo que pudiera suponerse. Basta, en efecto, que el deudor alegue que ha habido pago, para que la remisión quede descartada. En el hecho, fundamentalmente resulta que la presunción es en favor de un pago. Esta misma interpretación deducen la mayoría de los comentaristas del Código argentino del artículo 877 de tal cuerpo de leyes; artículo del que es copia el 1301 del Código nacional. La opinión disidente no parece, en efecto, prosperable. Dicha opinión estima que no basta con que el deudor alegue el pago, sino que debe probarlo; arguyendo que la opinión contraria reposa en un doble error. El primer error es considerar que la remisión es siempre un acto gratuito, siendo así que puede ser oneroso. El segundo error consiste en sufrir la influencia de la doctrina francesa sobre la interpretación del art. 1282 del Code Civil, siendo así que éste simplemente impone una presunción de liberación, y el artículo 877 del Código argentino habla de remisión. Pero en cuanto al primer error imputado, lo cierto es que efectivamente la remisión entraña siempre un acto de liberalidad; estando definido el criterio jurídico sobre tal punto. Y en cuanto al segundo error imputado, el 1282 del Código francés, al hablar de *remise volontaire*, se refiere a tradición, a entrega del título causante de liberación sin especificar si ésta respecta a un pago o a una condonación. El artículo 1301 del Código nacional (correspondiente al 877 del Código argentino) no habla de liberación directamente; pero sí de las dos formas en que ésta puede manifestarse, por remisión o pago. Queda, pues, por esclarecer la preferencia presuntiva de la ley; así como tratándose del artículo 1282 del Código francés la cuestión estriba en saber también si la presunción se inclina en favor de una o de otra forma.

Del tenor de los términos literales del artículo 1301 resulta que basta que el deudor alegue que ha pagado, para que se considere que ha habido pago y no remisión. No dice la ley que deberá probar el hecho del pago, como ocurre en otros Códigos, por ejemplo el español (art. 1188), el chileno (art. 1654). La recomendación de *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, conduce además a dar la preferencia al pago sobre la condonación. Lo más común es que el acreedor entregue el documento de la obligación porque ha recibido su pago, que no porque ha hecho renuncia a ella. Además, interpretar en tal modo la ley es más favorable al deudor, pues a éste conviene más que se considere que hubo pago y no remisión, por las acciones recursorias del *solvens* contra los coreos solidarios o para el efecto, si el pago fué hecho por el fiador, del ejercicio de la acción respectiva contra el deudor principal; y porque no queda expuesto a los efectos de la colación, reducción, revocación por ingratitud, que ocurren tratándose de donaciones. Esto último sobrevendría, caso que se estimara —criterio por lo demás impugnable, como lo hemos expresado anteriormente— que la condonación debe ser considerada como una donación, para el efecto de sufrir las reglas establecidas para esto; y no se la apreciara como un acto abstracto, aunque conteniendo la característica de importar un acto de liberalidad; de tal modo que así no cabría aplicar tales reglas formuladas para la donación en particular; salvo que se tratara de una condonación *mortis causa*; supuesto que no cae dentro de la sistemática del título que ahora examinamos, sino dentro de las reglas propias de tal figura.

Se percibe de todo lo anterior, las dificultades y hesitaciones que tiene que afrontar el intérprete ante la forma como está concebido el artículo 1301. Convenía mayor precisión o claridad. Y fuera de esto hubiera sido preferible, en verdad, adoptar la actitud discreta del Código francés (art. 1282), cuando formula la presunción genérica de liberación, sin pronunciarse sobre si se debe suponer de preferencia que hubo pago más bien que remisión, o viceversa. Por eso Bibiloni con su característica agudeza, al censurar el artículo 877 del Código argentino y justificar su modificación en el sentido antes esbozado, escribe: "No hay motivo para optar por una u otra solución. Basta crear frente al acreedor la presunción *iuris et de iure* de la liberación del deudor, cuando concurren las condiciones exigidas por el artículo propuesto. Pero declarar sobre la base de un hecho que por sí

no lo decide, que hubo pago, el cual crea acciones de regreso y dispensa de obligaciones frente al acreedor y sus herederos, o que hubo donación, que autoriza relaciones jurídicas nuevas y reclamos eventuales, es arbitrario. La ley no puede tomar posición en esas cuestiones. Las partes probarán, si lo pueden, lo que convenga a su derecho”.

El Anteproyecto consignaba un precepto (el número 267) destinado a indicar que “la condonación por entrega del documento original, en relación a los fiadores o codeudores solidarios, produce los mismos efectos que la condonación expresa”. Este precepto fué testado en el Código. En realidad era él dispendioso.

Ya el derecho romano distinguía el *pactum de non petendo in personam e in rem*; y Pothier recogió esta distinción, con la remisión personal y la real. Una y otra dependen de la voluntad del condonante. La ley al establecer determinados efectos sobre la extinción de la remisión, no hace sino interpretar presuntivamente esa voluntad. No hay diferencia fundamental entre la remisión expresa o tácita, sobre el particular. La remisión se reputa que obra *in rem* cuando fué hecha con respecto a uno de los dos deudores solidarios, por lo que quedan libres los otros (art. 1299). En caso de que fuera hecha en favor del deudor principal obra también con el carácter de real, librando a los fiadores; creyendo nosotros que en este caso no cabe voluntad en contrario. En cambio, se reputa que la remisión es personal, si fué hecha con respecto a un fiador; por lo que el deudor principal y los cofiadores se mantienen obligados (art. 1300). Estas reglas de interpretación presuntiva de la voluntad del remitente, no se alteran porque la remisión sea expresa o tácita, pues derivan de principios generales, inafectables por la mera forma en que se produzca la condonación. Y en todo caso, la remisión tácita, por la entrega del documento, debe reputarse como real, por el hecho mismo en que consiste, de que el acreedor se despoje del único medio que tenía para accionar por causa de su crédito.

Art. 1302.—“La devolución voluntaria de la prenda, causa sólo la remisión del derecho de la prenda, pero no la condonación de la deuda”.

Art. 1303.—“La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario”.

Referencias: Digesto, lib. 2, tit. 14, fr. 3; Código francés, art. 1286; italiano, 1282; chileno, 1654; uruguayo, 1522; venezolano, 1342; argentino, 886 y 887; español, 1191; brasileiro, 1054; peruano, 2248; mejicano, 2212.

Como es sabido, se puede renunciar a lo accesorio sin que ello signifique renunciar a lo principal. La renuncia a la garantía prendaria, al derecho accesorio, que se manifiesta por la restitución de la cosa en que consiste tal garantía, no puede significar, pues, renuncia al crédito mismo, al derecho principal. Igual ocurre tratándose de renuncia a cualquiera otra garantía, como sería por ejemplo la renuncia a una fianza, la cancelación de una hipoteca, la restitución de un inmueble dado al acreedor en calidad de anticresis. La disposición, por lo demás, es superflua: bastan los principios generales. “El artículo 1286 (del Código francés, análogo al 1302 del Código nacional) formula una proposición inútil ... Lo que explica la presencia en la ley de esta *superfetación*, es que ella es la reproducción de un pasaje de Pothier” (Baudry Lecantinerie et Barde).

El abandono de la prenda podría servir, junto con otras pruebas, como una presunción simple de liberación del deudor.

En cuanto al art. 1303 es reproducción del art. 887 del Código argentino. En muy pocos Códigos se encuentra disposición análoga. Y evidentemente, ella carece de razón de ser, especialmente tratándose de la condonación. La devolución de la prenda no es prueba de remisión; carece por lo tanto de objeto establecer la presunción del carácter voluntario de la devolución. Tratándose de la devolución del documento en que consta la obligación, que si es demostrativa de la liberación del deudor, es

de presumir que tal devolución se haya hecho voluntariamente, debido a que quien pretenda demostrar que tal devolución no se hizo voluntariamente, le incumbe probarlo. Por eso es que algunos Códigos prescriben que siempre que el documento se encuentre en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, salvo prueba en contrario.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

En el derecho romano se conocía además de la remisión cancelatoria del crédito (*acceptilatio*), el llamado *pactum de non petendo*, o sea, el compromiso del acreedor de no reclamar la obligación, de lo que derivaba para el deudor la *exceptio pacti*. En el derecho moderno ambas formas resultan plasmadas en una: la remisión propiamente dicha. “En derecho actual —se lee en von Thur;— no se distingue entre estas dos clases de remisión: el acto por el cual el acreedor promete no hacer efectivo el crédito o no demandar, es sencillamente una remisión y destruye el crédito sin necesidad de que el deudor se acoja a ninguna excepción en sentido técnico. Hoy, sólo en casos excepcionales, puede admitirse la existencia de un *pactum non petendo*, cuando el acreedor tenga especial interés en conservar el crédito que no quiere hacer efectivo contra el deudor, verbigracia, cuando desee eximir al deudor de su deuda pero reteniendo la prenda constituida por él, o cuando sin demandar al deudor, quiera hacer uso de su crédito para fines de compensación, o cuando las partes convengan que el acreedor renuncie al capital, pero conservando su derecho a seguir percibiendo los intereses. Tratándose de títulos y valores, la remisión que no vaya acompañada de la entrega del título sólo surte los efectos de un *pactum de non petendo*, es decir, engendra una excepción que el deudor sólo puede oponer al acreedor remitente, pero no al endosatario o portador del título que lo adquiera de buena fe”.

En el derecho germano se conoce el llamado reconocimiento negativo de derecho (art. 397, al 2). Al respecto escribe Plank: “El mismo efecto como en el contrato de remisión, tiene un convenio entre el acreedor y el deudor, mediante el cual el acreedor reconoce que no existe la obligación. Tal contrato tiene doble función.

En caso de que no haya existido la obligación, el contrato comprobará tal falta de existencia de la obligación. En cambio, cuando haya existido la obligación, el contrato causará su extin-

ción. El dar y aceptar un recibo puede significar un contrato de reconocimiento negativo; por regla general, este hecho no significa tal contrato”.

Por estas características se distingue esta sobreespecie de remisión, este reconocimiento negativo de deuda, de la remisión propiamente dicha. Pero aquella no parece hubiera estado presente ante la mirada del codificador nacional; no obstante, no se descubre inconveniente para que se aceptara su funcionamiento en la práctica.

Puede presentarse algún caso de remisión forzosa del crédito, cuando concurriendo varios acreedores, la mayoría dentro de ciertas proporciones, acuerdan un convenio respecto a un deudor en falencia. Es el caso que contempla nuestra ley de quiebras en su art. 194.

TITULO VI DE LA CONSOLIDACION

(arts. 1304 a 1306)

Art. 1304. — “La consolidación operada en la persona del acreedor o del deudor solidario, sólo extingue la obligación hasta la concurrencia de su respectiva parte”.

Referencias: Digesto lib. 34, tit. 3, fr. 21, párrafo 1; lib. 46, tit. 3, fr. 101; tit. 1 fr. 71; Código francés, art. 1309 a 1301; italiano, 1194, 1197 y 1296; suizo, 118; portugués, 796 y 766; español, 1192 y 1194; argentino, 862 y 866; chileno, 1665 y 1668; uruguayo, 1544 y 1545; venezolano, 1364 y 1365; boliviano, 894 y 800; ruso, 129; japonés, 520 y 438; brasilero, 1094 y 1051; peruano, 2249 y 2250; turco, 116; chino, 544; mejicano, 2206 y 2207.

“Hay confusión—define Jossierand— cuando las dos calidades contradictorias de acreedor y deudor están reunidas en la misma persona; como estas calidades se excluyen, como no se podría ser acreedor de si mismo, la relación obligatoria se extingue”.

Tal extinción se produce no porque la confusión constituya en sí un medio de extinción de la obligación, sino porque hay una *imposibilidad de ejecutarla*, resultante del simple hecho de la reunión en la misma persona de las calidades de acreedor y deudor: *Nemo potest a semetipso exigere*. De lo anterior deriva que la consolidación no opera sino en la medida de tal imposibilidad; ella no produce a diferencia del pago, un efecto extintivo absoluto. Por eso la consolidación puede operar sólo parcialmente (art. 1305); la verificada en la persona de un acreedor o de un deudor solidario sólo extingue la obligación hasta la concurrencia de su respectiva parte en el crédito o en la deuda (art. 1304); la producida en la persona del fiador, no extingue la obligación del deudor principal ni la de los otros fiadores; desaparecida la consolidación, la obligación renace. Como consecuencia también de lo anterior, la deuda extinguida por confusión en la persona del heredero debe ser considerada para el efecto de la colación, y aquel debe declarar las deudas de tal clase.

La confusión puede aplicarse tanto a los derechos personales como a los reales y cualquiera que sea la naturaleza, el objeto o la causa de las obligaciones. No importa tampoco que la obligación esté sujeta a alguna modalidad, o que ella sea civil o natural.

La consolidación sobreviene por cualquier hecho idóneo que causa la reunión en una misma persona de las calidades de sujeto activo y pasivo de la obligación. Así, en caso de sucesión *mortis causa*, a título universal o singular, de cesión de crédito, de subrogación. Bien el deudor puede suceder a la persona del acreedor en el crédito o viceversa, bien un tercero puede suceder a uno y otro. En el caso de herencia a título universal precisa, desde luego, que la aceptación no se haya hecho bajo beneficio de inventario. El usufructuario de una herencia, que tiene deudas en favor de la misma, no confunde su deuda con su derecho de usufructuario, desde que no es acreedor de la herencia; no habría más confusión que tratándose de los intereses, mientras dure el usufructo. Es bueno anotar por otra parte, siguiendo a von Thur, que "como la obligación no necesita ser una relación jurídica entre dos personas, sino que puede darse tam-

bién como vínculo jurídico entre *las masas patrimoniales* pertenecientes a la misma persona, no se verifica confusión, aunque coincidan en una las personas del deudor y el acreedor, cuando dentro del patrimonio del sujeto exista un conjunto de bienes con existencia autónoma del que forme parte el crédito o la deuda. De aquí que no se dé confusión entre los créditos pertenecientes al patrimonio hereditario y al heredero, ni mientras la herencia, sujeta a litigación judicial, forma un patrimonio aparte. Tampoco se produciría confusión si el marido adquiriese con dinero de los bienes aportados por la mujer un crédito de que ésta sólo responde con sus bienes propios. En cambio, se produce confusión cuando el deudor común adquiere durante el proceso de la quiebra (por herencia, v. gr.), un crédito perteneciente a la masa, pues este crédito, como toda adquisición realizada durante el proceso de quiebra, forma parte del concurso de quiebra”.

Extinguida la deuda por confusión, se extinguen también los accesorios.

Así, si se produce confusión entre el acreedor y el deudor se extingue la obligación del fiador, desde que lo accesorio no puede subsistir independientemente de lo principal. Por eso, en general, se puede decir que en tal caso todas las garantías quedan extinguidas, o sea, además de la fianza, las reales. Demolombe hace notar que, sin embargo, la fianza subsiste si el fiador se obliga *donandi causa* renunciando anteladamente a repetir contra el deudor.

Si la consolidación se produce entre el acreedor y el fiador, la obligación principal subsiste, esto es, permanece obligado el deudor, el fiado, y se conservan las garantías reales. Lo accesorio no compromete a lo principal.

Si fueran varios los fiadores y la consolidación se produce entre uno de ellos y el acreedor, los demás quedan obligados. La consolidación no es un pago o una abdicación del derecho; es una simple imposibilidad de obrar y en consecuencia no tiene por qué afectarse la exigibilidad de las obligaciones de los otros fiadores. Si ellos son solidarios, no podrán ser perseguidos sino por la deuda deducida la parte que le correspondería al fiador respecto al cual se ha producida la confusión, por aplicación del principio de división.

La consolidación entre el deudor y el fiador hace que la fianza devenga ineficaz. Esta se confunde con la obligación principal. Pero la obligación fiduciaria no se extingue respecto al acreedor; y así el acreedor tiene una doble acción a ejercer contra el obligado, como deudor principal y como sucedáneo en la obligación fiduciaria. Puede, en consecuencia, invocar esta última si, por ejemplo, la obligación principal adoleciese de un vicio de anulabilidad que le es particular; el cual no obsta para la exigibilidad de la fianza (art. 876), o si la obligación fiduciaria estuviera mejor garantizada que la principal, por ejemplo, con hipoteca o prenda.

Si son varios los fiadores y la consolidación se produce entre ellos, ella inafecta la situación del acreedor; este tendrá una doble acción sobre el fiador subsistente, la que sobre éste incide como primitivo fiador y la que ha venido a recaer sobre él por efecto de la consolidación con el otro fiador. El acreedor elegirá una u otra, según su conveniencia, tratándose de fiadores solidarios. Y empleará las dos, si se trata de fiadores mancomunados.

El art. 1304 no hace, por lo demás, sino reiterar lo indicado en el art. 1206, ubicado en el título referente de las obligaciones solidarias. La confusión puede producirse entonces, no únicamente debido a que el deudor solidario venga a ser heredero del acreedor, o el acreedor solidario venga a serlo del deudor, sino en general debido a cualquiera causal que importe que en una misma persona se junten las calidades de sujeto activo y pasivo, con referencia a determinada relación obligacional de carácter solidario. La hipótesis de la confusión por razón de herencia, es la más común. Ella es la considerada en el artículo 1209 del Código de Napoleón. Explicándolo escribe Marcadé: "Cuando el deudor de un objeto deviene también acreedor del mismo (sea por sucesión, sea por otra causal) o que recíprocamente el acreedor deviene deudor, es claro que la deuda y el crédito se encuentran extinguidos, pues no se puede ser deudor y acreedor al mismo tiempo. Así, cuando mi tío me debe 1,000 francos y yo resulto ser el único heredero de mi tío, es claro que no existe más deuda ni crédito; cuando yo debo tal caballo a un amigo y yo resulto legatario universal de este amigo, es claro que no hay

acreedor ni deudor; cuando yo me he obligado a construir una casa a Pedro y Pedro me vende o me cede todos sus créditos, es del todo evidente que la obligación y sus consecuencias desaparecen. Es lo que el artículo 1300 expresa de una manera más general y por lo mismo más exacta, al decir que la confusión extintiva de los dos derechos (activo y pasivo) correlativos se opera todas las veces que las calidades de acreedor y de deudor se reúnan en la misma persona. Importa poco, en efecto, por cuál causa se ha operado la sustitución legal de acreedor a deudor o de deudor a acreedor”.

Art. 1305.—“La consolidación puede verificarse respecto de toda la deuda o sólo de parte de ella”.

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 1, fr. 50; Código argentino, art. 864; chileno, 1667; uruguayo, 1546; brasileiro, 1050; ruso, 129.

Como se ha dicho antes, el carácter parcial que puede tener la confusión se explica por la naturaleza de ésta, que sólo extingue los derechos cuyo ejercicio resulta imposible por efecto de tal confusión: *Confusio magis eximit personam ab actione quam extinguit obligationem*. Así ocurre si el acreedor no es sino un coheredero del deudor, al lado de otros, en cuyo caso el crédito que tuviera contra el último sólo se extingue en la parte que le correspondería pagar como uno de los coherederos; si el deudor no es sino un coheredero del acreedor, en cuyo caso la deuda sólo se extingue respecto a la parte que le correspondería cobrar como uno de los coherederos; si un tercero fuera llamado sólo a una parte de la sucesión del acreedor y a la del deudor.

Art. 1306.—“Si la consolidación cesare por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos y a todos los accesorios de la obligación”.

Referencias: Digesto, lib. 5, tit. 2, fr. 21; Código portugués, art. 801; argentino, 867; uruguayo, 1548; mejicano, 1604 y 1605; brasilero, 1502.

Si la confusión sólo paraliza la acción porque hace imposible la exigibilidad del derecho, desaparecido el impedimento, aquélla recobra su eficacia. Esto puede acaecer por diferentes razones: si la reunión de las dos calidades fuese transitoria o si ella viniese a caducar, o resultara inválida (por ejemplo el caso de heredero indigno, la renuncia de herencia, la inoficiosidad o nulidad de la memoria testamentaria originaria de la confusión).

No es admisible, por lo demás, que la confusión pueda ser revocada simplemente por voluntad de las partes, por el mismo carácter definitivo de ella.

Mas, ¿la desaparición de la confusión se produce retroactivamente o nó? El interés de la cuestión reside especialmente en lo que concierne a los accesorios de la obligación, sobre todo a las garantías de la misma, y al efecto que tal cuestión tiene con relación a terceros.

La doctrina más segura es la que distingue según que la desaparición de la consolidación provenga *ex causa nova et voluntaria* o *ex causa antigua et necessaria*. Si lo primero, la cesación de la confusión no tiene efecto retroactivo. "Es un principio general —explica Demolombe— que cuando un modo de liberación, cualquiera que sea, se ha verificado en provecho del deudor, de tal suerte que los terceros, que se encontraban comprometidos en la deuda, han adquirido el derecho de no ser perseguidos, no corresponde ya a aquel en cuya persona se ha operado, el quitarles tal derecho y modificar su situación". Caso de desaparición de la confusión por causa voluntaria y posterior, como si proviene de una convención consentida por aquel respecto al cual se produjo la confusión, como por ejemplo el caso de cesión de herencia, los terceros a los cuales había aprovechado la extinción de la obligación, podrían invocar el beneficio de la confusión; y de este modo las cauciones desaparecen, lo mismo que las garantías reales.

Si la resolución de la consolidación se produce por causa anterior y necesaria a ésta, la obligación se impone retroactiva-

mente, vale decir, *erga omnes*. Efectivamente, la causa de la confusión se halla extinguida o resuelta *in praeteritum*. Se indica como casos de esta situación, los siguientes: 1) si el heredero en cuya persona se ha operado la confusión, hace rescindir su aceptación; 2) si es declarado indigno de suceder; 3) si el título jurídico causante de la confusión es declarado nulo o rescindido; 4) si queda sin efecto por causa de una condición resolutoria; 5) si el heredero gravado de substitución procede a la restitución que está obligado a hacer.

En los casos primero y segundo reconoce Huc que la causa que ha producido la confusión ha existido; ésta se ha producido *ex causa antiqua*; pero ella, al desaparecer, se reputa no haber existido, por lo que desaparece con efecto retroactivo. Se trata, sin embargo, de una ficción. Si la regla recomendada para distinguir cuando la extinción de la confusión opere retroactiva o irretroactivamente, quiere apoyarse en determinaciones seguras, debe prescindir de tales ficciones. En el caso de rescisión de la aceptación de la herencia, se trata de un hecho posterior a la confusión, que se produjo desde el momento de tal aceptación, y se trata también de un hecho dependiente de la voluntad de la persona; por ende la extinción de la confusión no debe obrar *ex tunc*. En el caso de indignidad del heredero, el hecho es también posterior a la consolidación, pero es destructivo de ésta con prescindencia de la voluntad de la persona, como que resulta impuesta por la ley. Cabe, entonces, aceptar que obre retroactivamente.

En cuanto al caso tercero, es perfectamente explicable: *quod nullum est nullum producit effectum*.

En cuanto al caso cuarto, se hace funcionar aquí el efecto retroactivo que se atribuye a la condición resolutoria. Pero, conforme al Código, ésta no tiene tal virtualidad retroactiva (art. 1110).

En cuanto al caso quinto también se justifica la solución. La confusión cesa por la restitución a la que queda obligado el gravado con la substitución, encargado de conservar y entregar los bienes al sustituto. "Desde entonces el crédito que el instituyente tenía contra él, debe quedar comprendido en el activo a entregar; del mismo modo, la deuda del instituyente para el gravado debe ser deducida de los bienes a restituir. Pero, a falta de

restitución a hacer a los llamados, la confusión permanece inmutable". (Larombiere).

TITULO VII

DE LA TRANSACCION

Art. 1307.—“Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está promovido”.

Referencias: Digesto, lib. 2, tit. 15, fr. 1; Código francés, art. 2044; italiano, 1764; argentino, 832; austriaco, 1380; español, 1809; argentino, 832; chileno, 2446; uruguayo, 2147; venezolano, 1770; boliviano, 1390; japonés, 695; alemán, 779; portugués, 1710; brasileiro, 1025; peruano, 1702; polaco, 621; chino, 739; mejicano, 2944.

La transacción es tratada por la generalidad de los Códigos como un contrato. Los Códigos de Austria, Argentina y Brasil, la tratan como un medio de extinguir las obligaciones. Y verdaderamente, este último carácter es el resaltante en ella. Propiamente, no puede reputarse como un contrato, en sentido estricto, en cuanto él crea derechos y obligaciones: la transacción es meramente declarativa de derechos. Entendidos los contratos en sentido amplio, la transacción puede ser apreciada como tal; aplicándose a ella los dispositivos generales de aquellos, dentro de la disciplina especialmente estructurada para la institución.

La utilidad y necesidad de la transacción, y por lo mismo la preocupación de la ley en tratarla, son de instantánea comprobación. *Melior et certa pax quam sperata victoria*. El profundo Troplong por eso sugería: “no se pierde transigiendo, pues cualquier sacrificio que uno se imponga, se gana en compensación el primero de todos los bienes: la tranquilidad”.

Las partes, transigiendo “sin intervención de la autoridad pública o de terceros, resuelven sus conflictos. En otras palabras, ellos mismos se hacen justicia (Rosseti).

El artículo 1307 define la transacción. El es, en buena cuenta, reproducción del 1702 del Código derogado. Se trata de una expresión académica.

La definición, por otra parte, es deficiente y además imprecisa de un lado y dispendiosa del otro. Ella omite decir algo que es esencial en la transacción: que no puede hacerse sino mediante concesiones recíprocas de las partes, ya que de otro modo se confundiría con otros actos, como el desistimiento, el reconocimiento de derechos, la confirmación. Es indispensable, pues, que cada contrayente sacrifique parte de sus derechos o pretensiones, sin que sea necesario que haya equivalencia entre las concesiones.

La omisión de esta indicación sobre el carácter del acto transaccional, se debe a haber repetido el número 1307 el texto del 1702 del Código derogado; el cual texto a su vez es el que constituye el artículo 2044 del *Code Civil*; y la prescindencia en este último del aludido carácter se debe a haber seguido en este punto la equivocada creencia de Domat, que sostenía que es posible transigir sin que sea menester realizar recíprocos sacrificios. Por lo demás, la necesidad de las mutuas concesiones trasciende del art. 1309.

La definición es imprecisa, porque ella no basta para determinar todas las peculiaridades de la transacción. Esta es un acto bilateral de carácter consensual. Es bilateral, desde que hay recíprocas obligaciones de las partes, pudiendo adoptar un sentido conmutativo, que es lo más común, o aleatorio. Es a título oneroso, pues cada contrayente renuncia a parte de sus derechos o pretensiones a cambio de una obligación que la otra asume

La transacción debe versar sobre algún punto dudoso o litigioso. Esto es lo característico de la institución. Dudoso, o sea, controvertible, susceptible de originar un litigio, que se previene. Litigioso, o sea, ya sometido a instancia judicial, a pleito, al que se pone término. Con decir que la transacción debe versar sobre algún punto dudoso o litigioso, bastaba; es dispendioso agregar que con ella las partes evitan el pleito que podía promoverse o finalizar el que está promovido.

Si el acuerdo calificado como transacción concerniera a algún punto no dudoso o litigioso no se trataría en verdad de tran-

sacción sino de abandono de un derecho; habría donación u otro acto; pero no transacción. Por lo demás, el carácter de dudosa de la materia susceptible de transigirse debe ser apreciado subjetivamente; en relación a las partes, que así lo reputaron o que por consideraciones personales han querido evitar un proceso judicial.

Art. 1308.—“La transacción se hará por escritura pública o por petición al Juez que conoce del litigio”.

Referencias: Derecho romano, Código, lib. 2, tit. 4, ley 5; Código francés, art. 2044, 2.ª parte; uruguayo, 2147, última parte; boliviano, 1390, in fine; portugués, 1712; brasileiro, 1028; mejicano, 2945.

Para la celebración de la transacción se impone, en general, la forma escrita. Se trata de este modo evitar dudas acerca de la voluntad de las partes, en un acto tan delicado como aquel; de aquí que se exija la escritura pública o una petición al juez, para que el acto produzca sus efectos.

La formalidad impuesta no es *ad solemnitatem*, sino de prueba. En general, las declaraciones de voluntad no están sometidas a formalidad que sea requisito para su validez. La transacción, de otro lado, no es acto traslativo, sino declarativo de derechos; y si hay actos del primer carácter que sólo *consensu perficiuntur*, menos motivo habría para, tratándose de uno del segundo carácter, exigir una condición de forma para su existencia.

No impone el art. 1308 que la transacción se haga por escritura pública, so pena de pasar por írrita. Sólo preceptúa que se use tal forma. Esto implica que sólo a partir de que tal escritura pública se produzca, surtirá la transacción sus efectos. Las partes, pues, que convinieron en la transacción, podrían compelerse recíprocamente a la producción de la escritura pública (art. 1340). Los requisitos de fondo para que la transacción sea váli-

da, están indicados en el art. 1309; y no se menciona allí la formalidad escrituraria.

En general, se interpreta con relación a otros Cuerpos de leyes, que la transacción, aun cuando debe revestir una determinada formalidad escrituraria, no es solemne. "Hemos afirmado en el N.º 28 de este trabajo que la transacción es un contrato consensual, pudiendo en algunos casos ser solemne. Agregaremos, ahora, que la transacción exige, en determinadas ocasiones, el cumplimiento de cierta formalidad, la escritura pública, que se requiere no para su perfeccionamiento, sino para llegar a ser un título eficaz con el cual pueda operarse la tradición de los bienes raíces que se enajenan a virtud de ella". (Rosetti). Es caso de excepción el que ostenta el *Codice civile*, cuando en su precepto 1314 manda que el negocio se efectúe por instrumento público, bajo pena de nulidad.

Por lo demás, la interpretación que se ha dado al art. 1705 del Código anterior, que no se diferencia fundamentalmente del 1307 del Código vigente, es en el sentido indicado, de que la formalidad no está impuesta como elemento de existencia del acto, sino como medio de prueba. Se reputa así al contrato como consensual, no obstante que debe redactarse por escrito, en mérito a que esta formalidad atañe no a la esencia, sino a la prueba del acto.

La jurisprudencia nacional ha apreciado la cuestión de manera idéntica. (Ejecutoria suprema de 27 de abril de 1932; juicio Apiani-Santos).

Art. 1309.—"La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la transacción".

El dispositivo, que no se constata casi en ningún Código, en cuanto se destina a indicar que la transacción debe contener las circunstancias del convenio, concierne a una exigencia sobreentendida. Las circunstancias de lo convenido constituyen el objeto del contrato, *id quod actum est*; y como tales es de obviedad

que deben ser contenidas en el pacto transaccional. En cuanto el número 1309 se refiere a la renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro, apunta al efecto substancial del convenio, de extinguir los derechos pretendidos por las partes más allá de los límites de lo transigido. Ello emerge de la naturaleza misma del pacto.

Pero en este punto la disposición puede conducir al error de suponer que precisa declarar expresamente que se hace renuncia a determinado derecho. Pero no es así. Basta que resulte inequívoca la voluntad de las partes respecto a lo que es materia de la transacción; existiendo acuerdo sobre la forma y las circunstancias del convenio. La renuncia de cada parte para accionar contra la otra, rebasando lo que ha sido objeto de su derecho declarado por el pacto, resulta como consecuencia natural de éste.

Art. 1310.—“Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito”.

Referencias: Digesto, lib. 47, tit. 2, fr. 56; párrafo 4 y 5; Código, lib. 2, tit. 4, ley 18; Código francés, art. 2046; italiano, 1176; español, 1813; portugués, 1777; chileno, 2249; uruguayo, 2153; argentino, 842; venezolano, 1772; boliviano, 1393; brasileiro, 1033; peruano, 1709; mejicano, 2947.

La disposición es superflua, existente la que es objeto del número 1315.

Como lo observa Mirabelli, si el legislador hace esta mención, es sólo en homenaje a la tradición, debido a que el Derecho Romano hacía varias distinciones en torno a la transacción de las acciones provenientes de delitos, que han suministrado a los intérpretes vastos campos de discusiones. Recuérdese al respecto los estudios analíticos de un Nood o de un Vinnio.

Ha de cohonestarse, con todo, la inserción del precepto, por la interpretación que deriva de él, en cuanto por una apreciación limitativa del mismo se ha de destacar la no posibilidad de transigir sobre la acción pública, penal, proveniente de un delito. Lo que interesa al orden público queda fuera del ámbito de la transacción. Hay dos motivos concluyentes para tal eliminación de la acción penal, como muy bien los subraya Bevilacqua.

El primero es que la responsabilidad penal es independiente de la civil. El segundo es que las responsabilidades de un delito, que pueden ser objeto de transacción, presuponen un reconocimiento del delito por parte de los interesados; y esas obligaciones no pueden ser otras que los de orden patrimonial; cualesquiera otras quedan excluidas de la transacción.

Art. 1311.—“Para la transacción celebrada por los establecimientos públicos de beneficencia y de instrucción, se requiere solamente la aprobación del Gobierno”.

Art. 1312.—“Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oír al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrado, el juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad”.

Art. 1313.—“Los depositarios sólo podrán transigir sobre sus derechos y gastos causados en la conservación del depósito”.

Referencias: Código francés, art. 2045; español, 1810 y 1812; argentino, 840; peruano, 1714 a 1719; mejicano, 2946.

El art. 1311 señala una formalidad de homologación en lo que se refiere a las transacciones en que participen los establecimientos públicos de beneficencia y de instrucción: la aprobación del Gobierno. No se requiere, por esta parte, ninguna otra formalidad fuera de la propia concerniente al carácter escriturario del contrato, que de modo general establece el artículo 1308. Por el carácter mismo de la disposición 1311, que impone un requisito especial para la celebración de la estipulación, no cabe interpretarla extensivamente, o sea que se limita taxativamente a los dos casos contemplados: el de establecimientos públicos de beneficencia y el de establecimientos públicos de instrucción. No ope-

ra, por ejemplo, en relación a Municipalidades. Tratándose del Gobierno tampoco hay formalidad *sui génris* establecida.

El no acatar la formalidad precisada en el número 1311, hace nula la operación transaccional. Esto no demanda explicación. Se ha considerado que la nulidad sólo puede ser invocable por parte del establecimiento público, en cuanto a la interpretación del segundo apartado del art. 2045 del Código de Napoleón. (Fuzior Hermana). Pero nos parece más acertado el punto de vista propugnado por Laurent, cuando sostiene que tal decisión se basa en considerar que la nulidad en el caso enjuiciado sea de interés privado, cuando en verdad ella es de orden público. Es cierto que las formalidades son introducidas en beneficio de los incapaces. Pero de incapacidades de derecho privado, pero no de aquellas de derecho público. Es una regla de orden público que los establecimientos públicos no pueden transigir con prescindencia de la formalidad que la ley impone. "Luego, puesto que el interés público está en juego, es preciso que cualquiera parte interesada pueda prevalecerse de la nulidad; si no, es de temer que tales formas sean dejadas de tomar en cuenta".

Tratándose de los incapaces, las formalidades especiales son decretadas en el art. 1312. Habrase de notar que esto habla en general de representantes de los incapaces; luego comprende acerca de los tutores y curadores, en su caso, de los padres; es decir de todo aquel que ejerza la representación legal del incapaz o ausente. Con esto se clausura toda discusión; como la que se ha promovido entre los exégetas del Código francés acerca del art. 2045, por la circunstancia de que esto solo habla de la necesidad de homologación en relación a las transacciones que concierten los tutores, en cuanto a si la exigencia también debía comprender el caso de transacciones celebradas por los padres representando a sus hijos incapaces.

La razón de ser del precepto 1312 se explica, por lo demás, considerando que "el legislador en su propósito de amparar eficazmente los derechos de los incapaces, que en razón de su condición, no se encuentran en estado de comprender las maquinaciones que se tramen en su contra, y de adoptar las medidas conducentes a debelarlas, reglamenta en forma especial, las transacciones en que tienen interés". (Rosetti. Ob. cit., pág. 139).

En cuanto al artículo 1317, que aparece huérfano de antecedentes legales (aun cuando es copia del artículo 1719 del Código derogado) su explicación es difícil de percibir. El limita la posibilidad de la transacción, en lo que se refiere al caso de depósito, a los derechos y gastos en la conservación de la cosa.

Los depositarios "sólo podrán transigir".... reza el dispositivo. Esto haría suponer que el depositario tuviese otro crédito que utilizar frente al depositante, fuera del consistente en los derechos y gastos causados en la guarda de la cosa. Pero es el único débito, según resulta por lo demás de los números 1604 y 1620 del Código. El primero dice que el depositario tendrá derecho a percibir una remuneración, cuando ha sido estipulada o cuando por las circunstancias deba estimarse tácitamente convenida. El segundo indica que el depositario puede exigir los gastos hechos en la conservación del depósito, salvo pacto en contrario.

Sobre tal crédito, consistente en el derecho de una remuneración y en los gastos de conservación, claro está que pueda transigir el depositario: se trata de un interés patrimonial y como tal cae dentro de la previsión del artículo 1315. Estaba, así, demás la indicación del art. 1313. Y como éste se halla concebido en forma limitativa, exclusivamente con relación a los derechos y gastos a que se refiere, y como se ha visto que no hay otro crédito en favor del depositario que ese precisamente consistente en tales derechos y gastos, no se explica tampoco, desde este punto de vista, la razón de ser del precepto.

Hay que presumir que existe un pensamiento implícito del codificador tras la expresión inconducente del número que analizamos. Lo que el legislador ha querido decir, es que siendo admisible la transacción sobre los derechos y gastos que correspondan al depositario (lo que está de acuerdo, como se ha observado, con la regla general del artículo 1351), no cabe en cambio transigir sobre la obligación que a este le corresponda frente al depositante, fundamentalmente de restituir la cosa, con sus rentas y frutos o a pagar su valor, en caso de pérdida con culpa. La ley defiende celosamente el derecho del depositante, y por eso impone con un carácter de exigibilidad inflexible, la obligación de restitución de parte del depositario. Se trata de dar plenas seguridades a la *actio depositi directa*, como naciente de una obligación personal que el depositario ha contratado, precisamente por el contrato de depósito, en favor del depositante, consistente en la

restitución de la cosa *in individuo*; acción “gobernada por la buena fé y la equidad”, como decía el eminente y profundo Troplong. Permitir que el depositario encontrase pretextos para reducir o demorar su obligación de restituir la cosa confiada a él, so color del ejercicio de su acción *depositi contraria*, sería frustrar implícitamente esa seguridad y firmeza que debe tener el derecho del depositante, permitir perturbar esos principios de buena fé y equidad que deben presidir la acción respectiva del depositante; tal vez cubrir con un manto de impunidad al desdén del obligado, que lo está por un deber imperioso, cual es el de la restitución de la cosa debida; olvidándose la sabia insistencia de Bartolo, cuando subraya que la restitución del depósito es una condición esencial, sin la cual no habría contrato calificable como tal.

Art. 1314.—“Es anulable la transacción si se celebró en virtud de documento nulo o falso y no fué considerada la nulidad o falsedad”.

Referencias: Digesto, lib. 12, tit. 6, fr. 23, párrafo 1; Código, lib. 2, tit. 15, leyes 19 y 29; Código francés, arts. 2054 a 2057; italiano, 1174 1177; español, 1818 y 1819; argentino, 858 a 860; venezolano, 1783; chileno, 2455 y 2459; alemán, 779; (ver los Códigos, desde el uruguayo); peruano, 1725; polaco, 623; mejicano, 2954 a 2957.

Siendo la transacción un acto jurídico bastaba con aplicar a ella la disciplina de las nulidades absoluta o relativa.

El precepto se refiere al caso de documento nulo, que sirvió de base para la transacción.

La disposición adolece obscuridad y contiene un error saliente.

En primer término, es impropio hablar de documento. Hay a este respecto una mala comprensión del artículo 2054 del Código de Napoleón. Este se refiere a un “título nulo”; pero con ello quiere indicar no el documento en que conste el acto jurídico, sino este mismo, el negocio que sirve de base al derecho disputado. Un documento en sí no sirve sino para probar la existencia del acto jurídico; aquel no genera derechos, sino éste último. Sólo en el caso de acto solemne, en que la forma es esencial y el instrumento por consecuencia se confunde con el acto,

aquel puede ser tomado en consideración para el efecto a que quiere referirse el art. 1314.

Superando, pues, los términos literales de tal disposición, debe entenderse que hay lugar a tachar de anulable la transacción, cuando se celebró como consecuencia de un título nulo.

La transacción en tal caso es anulable, por causa del error que sufrió la parte.

Interpretando el art. 2054 del Código francés, Laurent reputa que la nulidad del título acarrea la de la transacción, por carecer ésta de causa, sin tener importancia, de consiguiente, que las partes conocieran o no del vicio de nulidad del acto.

La anterior apreciación es combatida; juzgándose que el artículo concierne al caso de que las partes hayan ignorado la nulidad del título y sobre tal error hayan celebrado la transacción, de modo que la impugnación a la última resulta de la aplicación del régimen concerniente al error como vicio del consentimiento; desprendiéndose de ello que si las partes hubieran tenido conocimiento de la nulidad, la transacción no sería inválida, porque esta, más bien, habría venido a significar una confirmación del acto.

Esta última interpretación es compartida por la casi totalidad de los comentaristas franceses y se presenta, en verdad, como la más certera. Sólo que parece que su eficacia debe limitarse al caso de las nulidades relativas; pues tratándose de nulidades absolutas, la tesis de Laurent debe readquirir su valor.

En efecto, dichas nulidades tienen como característica que el acto no produzca ningún efecto; y si la transacción tiene por objeto declarar o reconocer obligaciones que deriven de tal acto, se atenta contra tal característica. La transacción, en consecuencia, carece de todo valor, ignoren las partes la nulidad que afecta al acto del que aquella es consecuencia, o aun la conozcan, en virtud de que tratándose de nulidades absolutas no cabe confirmación. Este temperamento es el que impera en el Código argentino (art. 858).

Todas las cuestiones tratadas anteriormente respectan al caso de que la transacción derive de un acto nulo; pero sin que esta nulidad sea, precisamente, el objeto de la transacción. Así se desprende del art. 1314, cuando se refiere a que no haya sido considerado la nulidad.

Pero la transacción puede versar, cabalmente, sobre la nulidad de un acto. En este caso, si la nulidad es relativa, no se des-

cubre inconveniente alguno para que la transacción mantenga su validez. ¿Y si la nulidad es absoluta? La misma es insusceptible de confirmación. Pero ello no debe significar obstáculo para que sea materia de transacción. “¿Hay en este acto una consecuencia de la doctrina?. Pensamos que no. La confirmación no es posible porque en el caso de la nulidad absoluta está comprometido el orden público, y en consecuencia, no debía ser admitida. La transacción, en cambio, comprometiendo únicamente el interés privado, no había ningún inconveniente en que ella pudiese ser admitida, desde el momento en que las partes expresamente trataran de la nulidad del acto; todo se reduce a admitir que ellas renuncian al derecho de hacerlo anular, mediante las concesiones que hagan por medio de la transacción, cosa perfectamente natural, de acuerdo con la regla general consagrada en los artículos 19 y 872” (Salvat).

El artículo 1314 se refiere también al caso de transacción celebrado en virtud de documento que ha resultado falso.

La impugnación del acto se basa en el error de que ha padecido la parte, que creyendo en la autenticidad del documento, transigió en virtud de él. Resulta, así, necesario para que sea prosperable tal impugnación, que se haya ignorado la falsedad del documento. “No habría error, y de consiguiente no se podría atacar la transacción, si la falsedad de las piezas me era conocida en el momento en que yo he transigido... En esta hipótesis, yo he transigido con conocimiento de causa; y después de todo, la transacción puede tener una base, pues la falsedad de las piezas no importa necesariamente la inexistencia del derecho al cual se refieren; el derecho puede existir independientemente de las piezas y es sobre este derecho, abstracción hecha de las piezas, que yo he entendido transigir”. (Baudry Lecantiniere).

La transacción puede tener por objeto lo relativo a la falsedad misma de que puede padecer un documento. Esta hipótesis no es de la comprensión del artículo 1314. La transacción no sería invalidable entonces, pues ha tenido por causa, cabalmente, decidir un punto disputado: si el documento era o no falso.

Art. 1315.—“Solo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción”.

Referencias: Código español, art. 1814; austriaco, 1382 a 1384; argentino, 842 a 848; uruguayo, 2154 y 2155; mejicano, 3161 y 3162; brasilero, 1035.

Como contrato que en buena cuenta es, la transacción, se comprende la indicación de la norma legal de que sólo los derechos de carácter patrimonial pueden ser materia de ella.

Los derechos extrapatrimoniales son inalienables; no cabe por lo tanto transigir sobre ellos, desde que la transacción viene a significar en cuanto a sus efectos, un acto de enajenación, puesto que se hace renuncia a un derecho en favor de otra persona. En general, todo lo que está fuera del comercio de los hombres no puede ser objeto de transacción, pues no puede contratarse respecto a ello. Bastará, de consiguiente, considerar en cada caso la naturaleza del objeto que constituye la transacción, para decidir si ésta es permisible o no.

Si la transacción no es efectuable respecto a derechos extrapatrimoniales, sí lo es respecto a los intereses derivados de esos derechos, desde que asuman el carácter de patrimoniales.

Art. 1316.—“La transacción es indivisible y cualquiera de sus cláusulas que fuese nula o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción”.

Referencias: Código argentino, art. 834; uruguayo, 2154; brasilero, 1026; mejicano, 2962.

Existe la regla, tratándose de la nulidad de los actos jurídicos, que se indica en el art. 1127. El art. 1316 implanta al respecto una excepción. “Se explica: la transacción es un acto único, que resuelve la situación de derecho litigiosa o dudosa, mediante concesiones recíprocas; cada una de las partes consiente en renunciar hasta cierto punto a sus pretensiones, teniendo en vista la ventaja que las demás cláusulas de la transacción le proporcionan; al menos así debe entenderlo la ley, que no podría

imponer a las partes el sacrificio consentido en condiciones diferentes de aquellas en que lo consintieron" (Rouseet).

Como la indivisibilidad resulta de una voluntad presunta de las partes, no habría inconveniente para que aquella dejara de imperar, en caso de que resultare en forma cierta que la voluntad de las partes es distinta a la presunta. Será esta una cuestión librada a la apreciación del juez. (Huc).

El Código brasileño hace una atingencia oportuna a la regla de la indivisibilidad: si la transacción versare sobre diversos derechos disputados y no prevaleciera en relación a uno de ellos, se mantendrá no obstante como válida en relación a los otros. En tal supuesto se trata de derechos no relacionados entre sí, extraños, independientes unos de otros, y que sólo circunstancialmente aparecen reunidos en el acto formal del pacto de transacción celebrado. Así, no habiendo vinculación substancial entre ellos, la nulidad que atañe a uno de ellos, no tiene por qué afectar a los otros

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Para poder transigir no basta con tener la capacidad general para contratar, sino que es preciso la capacidad para enajenar lo que es objeto de la transacción. La razón de ello reside en que si bien en puridad de principios tal acto no es traslativo, sino declarativo de derechos, en cuanto constituye el reconocimiento de un preexistente derecho antes que la creación de uno que no existe; sin embargo, como se hace renuncia a un derecho que se pretendía tener, importa en cuanto a este efecto una enajenación. De aquí que se puede decir, en tal sentido, que *transigere est alienare*.

Por lo demás, no se requiere la capacidad para disponer a título gratuito, sino a título oneroso, por el carácter propio del acto.

El antiguo Código de 1852, decía en su art. 1710 lo siguiente:

"No se comprende en la transacción sino lo que se ha expresado por las partes, sea que la intención de ellas se hubiese

manifestado en términos generales o especiales, sea que se conozca esta intención por una consecuencia necesaria de lo expresado. La renuncia que se haga de los derechos, acciones y pretensiones se entiende que no es sino de lo relativo a la disputa que dió lugar a la transacción”.

La regla ya era dada por el Digesto (lib. 2, til. 15, fr. 9, párrafo 1), en cuanto se indicaba: *Transactio quaecunque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur*.

Aun cuando el actual Código no ha repetido el precepto 1710 del Código anterior, es indiscutible la bondad de la indicación respectiva.

En efecto, como la transacción comporta una renuncia de derechos, ella debe ser interpretada estrictamente. No debe aplicarse sino a las cuestiones a que las partes se refirieron explícitamente o que sean consecuencias naturales de las mismas; de tal modo que resulte notoriamente inducible la voluntad de las partes, que ellas quedaron comprendidas dentro de la transacción. “Debe tenerse presente, sin embargo, como una regla general, aceptada uniformemente en la doctrina de los autores, que a los efectos de establecer la intención de las partes, sea que ésta haya sido expresamente manifestada, sea que se trate de una manifestación implícita, hay que referirse, mejor dicho, remontarse, a la época y a las circunstancias en que la transacción fué celebrada; las circunstancias de hecho que en ese tiempo existían son las que deben servirnos de base para conocer la intención real y verdadera de las partes y para poder fijar, en consecuencia, el verdadero alcance o extensión de la transacción celebrada; si posteriormetne sobrevienen nuevas circunstancias, imprevistas al tiempo de celebrarla y susceptibles de aumentar los derechos o pretensiones de una de las partes, ella estaría habilitada para hacerlos valer, sin que pudiera sostenerse que esos derechos habían quedado extinguidos por la transacción”. (Salvat).

El anterior Código, de 1852, decía en su art 1712, que quedaba obligado a evicción y saneamiento el que para transigir entregase alguna cosa o cediera algún derecho que no hubiera sido la materia dudosa o litigiosa de la transacción. Y el artículo

1711 del mismo cuerpo de leyes prescribía lo siguiente: "Si una cosa que fué materia de transacción resulta de ajeno dominio, se pierde para todos los que transigieron, en proporción del interés que hubiese correspondido a cada uno: la parte en cuyo poder quedó y se perdió la cosa, tiene derecho a que las demás con quienes se celebró la transacción, le saneen y devuelvan lo que dió por ella".

Son perfectamente justificables las reglas anteriores, que aunque no repetidos por el Código vigente, indiscutiblemente tienen aplicación con referencia a la figura de la transacción.

En el Código argentino (art. 854), si la reivindicación recae sobre la cosa renunciada, quien sufre la acción de tercero no puede accionar contra el otro contrayente en la transacción, para que le responda restituyendo lo que recibió en cambio. Esta misma solución es la que resulta del art. 1711 del Código peruano; ella se constata también en el "Esbozo" de Freitas (art 1212) y ha merecido el amparo del Código del Brasil (art. 1032).

El fundamento de la primera solución reside en que el acto de la transacción no es traslativo, sino meramente declarativo de derecho, de modo que "el que renuncia, aunque sea por un precio, a sus pretensiones sobre el objeto litigioso que formaba la materia de la transacción, no cede este objeto mismo, sino que lo deja simplemente a la otra parte con los derechos que ésta pretendía tener en él. Hemos establecido como base del art. 870 que la transacción no es un acto jurídico que trasmite derechos, sino que meramente los reconoce. Este reconocimiento que haga una de las partes de los derechos que la otra alega, no la pone en el caso del que por un precio hubiese traspasado el dominio incuestionable que tenía en la cosa y que lo hace responsable en caso de evicción". (nota al artículo 854 del Código argentino).

La solución contraria, que da acción de restitución en favor del que sufrió la evicción, se basa en que de otro modo sobreveniría una situación inequitativa en contra del mismo. "Sin esa indemnización, el vencido tendría únicamente perjuicio y la otra parte solamente ventajas, con la transacción, cuando es de la naturaleza de ésta que las partes se hagan mutuas concesiones". (Bevilaqua).

Nosotros pensamos que debe haber lugar a la restitución, no porque el que consintió en la cesión de la cosa esté sujeto a evicción, desde que la transacción no es traslativa de derechos,

sino por aplicación de los principios de enriquecimiento sin causa. Quien entrega cosa distinta de la transigida, a cambio de que el otro contratante le reconozca derecho sobre la última, realiza tal prestación en vista de esto último. Si este derecho resultare faltar, desaparece la causa que originó la prestación. La restitución debe, pues, admitirse por aplicación de la *condictio ob causam finitam*.

Si el derecho ejercitado por tercero versa sobre cosa o derecho distinto del que fué materia de la transacción, habiéndolo una de las partes transferido a la otra, aquel queda sujeto a evicción en favor del último. Tal transferencia, en efecto, comporta una traslación de derecho, y como tal sujeta al tradente a la garantía de evicción.

En cualquiera de los dos hipótesis tratadas, la evicción producida no invalidará la transacción celebrada; el efecto extintivo de las obligaciones de la misma no resultará, pues, afectado.

El actual Código no declara, como el antiguo de 1852 (art. 1728), que la transacción produce entre las partes la excepción de cosa juzgada. La supresión es plausible. La transacción comporta un acto jurídico destinado a arreglar los derechos entre las partes; como tal, está sometido a la regla propia de los contratos, de que ellos son, obligatorios para los contrayentes.

Basta, pues, tener presente tal inferencia de la disciplina de los contratos, para estimar que la transacción se impone ante las partes en cuanto a la cuestión resuelta, sin que ninguno de ellas pueda demandar a la otra por pretensiones que han sido extinguidas por la transacción. Era tiempo de hacer abandono de aquel lugar común, de que la transacción tiene la autoridad o produce los efectos de la cosa juzgada. No hay en esto sino una constatación formal en cuanto a la excepción perentoria a oponer, la *exceptio de litis per transactionem finitae*. Intrínsecamente, ya desde Troplong se reparaba en las saltantes diferencias entre transacción y cosa juzgada. Aquella, como cualquier otro medio extintivo de obligaciones, paraliza la acción tendiente a exigir la obligación extinguida. No hay, pues, por que asimilar especialmente transacción y cosa juzgada, por el simple motivo de que la primera como cualquiera otra causa extintiva de obligaciones en

general, da origen a un medio de defensa procesal idéntico o análogo al que importa la cosa juzgada.

“No ha habido—remarca Rosseti—un solo tratadista moderno que sostenga que la transacción es idéntica a la cosa juzgada, y casi todos están acordes en negar la pretendida asimilación que se hace entre ambas instituciones... En realidad, el art. 2460 del C. Civil (chileno) es más bien que una regla de derecho, una metáfora jurídica... Por eso, un autor muy renombrado en materia de transacción, Accarias, ha podido decir con mucho acierto que la regla del art. 2460 no constituye sino una manera de ver del espíritu; una manera de ver literaria, más bien que jurídica, pues está desprovista de consecuencias”.

Inútil es decir que la excepción de transacción sólo obra cuando hay identidad de objeto y de personas.

TITULO VIII

DEL MUTUO DISENSO

(Art. 1317)

Art. 1317.—“En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada”.

Muy contados son los Códigos que tratan del mutuo disenso como causa de extinción de las obligaciones. El peruano de 1852 sí lo hacía en sus numerales 2272 y 2273.

Efectivamente, el mutuo disenso no es un modo genérico de extinción de las obligaciones; sólo puede tener lugar relativamente a las convencionales, y aún dentro de éstas con ciertas limitaciones. Es por eso que casi todos los Códigos al organizar el régimen propio de los contratos, es que mencionan el *contrarius consensus*, indicando que el contrato obliga a las partes, pero que puede ser revocado de común acuerdo, o sea, que por este medio pueden extinguirse las obligaciones creadas por tal

contrato. Así ocurre, entre otros, en el Código de Napoleón (art. 1134), el italiano (art. 1123), el argentino (art. 1200), el chileno (art. 1657), el brasileño (art. 1093).

Basta, de consiguiente, con la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, para que obre el *dissenso contrario*, pues *nihil tam naturale est quàm eo genere quidquam dissolvere que colligatum est*, como se enseñaba desde el Digesto. De esta suerte, Ferrini ha definido la figura como "la concorde voluntad de las partes de extinguir la relación obligatoria que fué constituida por medio de una convención". Así no cabe vacilar sobre la procedencia del distracto para poner fin al contrato: *Quae certo iure contrahuntur, contrario iure pereunt*. Mas únicamente el mutuo disenso puede operar en los contratos bilaterales. No en uno unilateral, porque entonces se confundiría con la remisión. Como lo ha percibido Giorgi, con singular perspicacia, aun en los contratos bilaterales el mutuo disenso sólo puede funcionar en el caso de que se quiera poner fin simultáneamente a ambas prestaciones recíprocas, toda vez que si la extinción concierne a una sola, no escaparíamos del ámbito de la condonación.

Por excepción legal a la regla, hay contratos resolubles por decisión de una sola de las partes. Tales el mandato (art. 1469, incs. 1 y 2), la sociedad (art. 1714, inc. 7) arrendamiento en ciertos casos, donación (art. 1480).

El *dissensu contrario*, como toda declaración de voluntad por regla, no está sujeto a formalidad. Pero se infiltra la duda sobre si exigiendo solemnidad el contrato a disolver, el mutuo disenso ha de revestir igual formalidad. La doctrina que falla por la negativa, parece la más razonable. Refiriéndose al punto, escribe Sánchez Román: "ella sola, sin el consentimiento, ni se concibe ni existe, además de que está exigida como formalidad de la perfección, no lo está como solemnidad de la disolución del contrato; y sabido es que todos los requisitos de carácter formal no se suplen por interpretación extensiva si la ley no lo establece expresamente. Por otra parte, ¿cómo sería posible des-

conocer que el mutuo disenso o acuerdo de voluntades en contrario al que dió nacimiento al contrato, constituirá siempre una excepción irresistible, opuesta que fuera a la demanda de cumplimiento de aquel?

Para que la *contraria voluntas* opere, precisa que el contrato se encuentra ya perfeccionado. Antes, aquella resultaría extemporánea y por lo mismo sin sentido. Y tal contrato no debe haberse ejecutado, cuando menos totalmente, según lo enseñaban ya las fuentes romanas (fr. 17; 6; D., 2, 14.—fr 2 y 3, D. 18, 5.—Cost., 2 Cod. IV, 45.—4 Ist, 3, 29), ya que de otra manera no podría hablarse de un mutuo disenso destinado a dejar sin efecto las obligaciones por cumplirse, sino que se trataría de un nuevo contrato: *rebus adhuc integris, re nondum secuta*. “Lo que ya no existe—explica Sánchez Román— no se puede extinguir, y por eso toda esta doctrina de modos de extinguir las obligaciones contractuales presupone la necesidad de que el contrato que las produce se halle en estado de perfección; pero que no haya pasado al de consumación. En el primero subsiste el contrato y están vivas las obligaciones que creó; mientras que en el segundo el contrato ha realizado sus fines, lo mismo que las relaciones jurídicas a que diera lugar, y las obligaciones contenidas en estas se hallan extinguidas por el fin natural para el que se contrajeron, que es su cumplimiento. Después de éste, ni hay contrato, ni relaciones, ni obligaciones que extinguir”.

La misma indicación se encuentra en los civilistas tudescos, como Schollmeyer, Endenmann, Matthias, Olvtmann, Enneccerus, y sobre todo Bechmann, quien al respecto cita el respectivo pasaje de Juliano (fr 5 D, 18. 5): “*Quum empor venditori vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas iurisque extenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur ac si convenisset inter eos ut neuter ab altero quidquam peteret*.”

El mutuo disenso en general sólo se concibe obrando en relación al futuro; pero puede también operar *ex tunc* en caso de ejecución pericial de la prestación, o sea como escribe Czyhlarz, conforme a la transcripción que del respectivo pasaje hace De-

jana, "dentro del *contrarius consensus* la conclusión del contrato, jurídicamente no tiene ningún valor para el futuro, porque junto con el contrato resulta eliminada la obligación; tampoco lo tiene para el pasado, porque a la declaración de apartamiento puede ser atribuída sólo la intención de una completa disolución del negocio".

Los romanos reconocieron esta influencia retroactiva de la *contraria voluntas* en cuanto subordinaron la admisibilidad de este negocio al requisito de la *re integra*. (Gschnitzer). Si el mutuo disenso incide en un contrato cuyas prestaciones se han verificado en parte, éstas se restituyen por razón del funcionamiento *ex tunc* del acuerdo; restitución que se fundará en un caso especial *de conditio ob causam finitum*. En cuanto a las prestaciones aun no realizadas, ellas no serán exigibles más.

El artículo 1317 hace notar que el mutuo disenso se considerará como no producido en cuanto perjudique derecho de tercero. En efecto, los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros no tienen por qué afectarse; para el tercero el nuevo convenio que pone fin al anterior por el cual se transfirió un derecho, que a su vez fué transmitido al tercero, es *res inter alios acta*. La seguridad de los negocios jurídicos justifica sin vacilar la solución legal.

Puede haber un *dissensu contrario* solo parcial, es decir, tendiente a neutralizar no todos, sino algunos de los efectos del primitivo negocio; así, por ejemplo, una cláusula accesoría. En cambio no cabe hablar de un *contrario consensu* modificativo, o sea, que se dejen sin valor algunos de los efectos del primitivo negocio, pero se les reemplace por otros.

TITULO IX

DE LA INEJECUCION DE LAS OBLIGACIONES

(Art. 1318 a 1327)

Art. 1318.—“La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

Referencias: ley 40, Digesto, “De Verb oblig”; Institutas, lib. 3, tit. 20, párrafo 2; Código francés, art. 1302; italiano, 1298; español, 1182, argentino, 888; boliviano, 896; chileno, 1670; colombiano, 1729; peruano, 2274; turco 96 y 117; suizo, 97; turco 96; polaco, 239; ruso, 129; mejicano, 2111; chino, 220.

A lo imposible nadie está obligado: *impossibilia nulla obligatio*. Esa imposibilidad debe constituir caso fortuito o fuerza mayor; esto es, un hecho extraño y superior a la voluntad del deudor, o como se acostumbra decir, con los caracteres de imprevisibilidad y sobre todo de inevitabilidad. La imposibilidad puede ser fáctica o jurídica, es decir, de orden legal (Staudinger), como por ejemplo si la ley prohíbe realizar determinadas transacciones; lo que impide la ejecución de un contrato pactado al respecto con anterioridad. Se trata entonces del “hecho del Príncipe”, caso típico de fuerza mayor. Tal imposibilidad ha de sobrevenir posteriormente al nacimiento de la obligación, pues una imposibilidad originaria no es causa extintiva de obligación, desde que esta última no surge; es decir, desde que existe una causa de nulidad de la obligación. La imposibilidad subsiguiente de la *solutio*, no importa que sea objetiva o subjetiva: en ambos casos, excluyendo la existencia de culpa del deudor, libera a éste. El caso fortuito o la fuerza mayor liberan al deudor salvo que hubiera mora previa del mismo, o que se hubiera comprometido a soportar el caso fortuito, o así resultara de la ley (art. 1319). En algunas obligaciones, como son las de dar cosa incierta, antes de su individualización no se puede eximir tampoco al promitente por caso fortuito (art. 1180). En cambio, la falta culposa o dolosa, responsabiliza al obligado (art. 1320), pues como expresa Aguiar, “es la culpa *lato sensu* el antecedente primario de toda responsabilidad, ya que sin culpa, ésta no puede existir; porque tanto en lo ilícito convencional, como en lo ilícito

delictual, no es el daño por sí solo el que obliga a indemnizar, sino la culpa”.

El caso fortuito o la fuerza mayor no extinguen la obligación, claro está, sino para el futuro; no obran retroactivamente.

La imposibilidad,—repetimos— puede ser física o legal, pues condición de validez de toda obligación es que la prestación sea posible y sea lícita (es decir, no prohibida por la ley ni opuesta a las buenas costumbres). La simple dificultad o mayor onerosidad en la ejecución no constituyen imposibilidad. Pero en ciertos casos, sobre todo tratándose de determinadas prestaciones de servicios periódicos, cabe que tal dificultad o mayor onerosidad modifiquen la relación convencional. La cuestión será tratada cuando nos ocupemos, oportunamente, de la teoría del riesgo imprevisto. En general, puede decirse que respecto al caso de *difficultas praestandi*, si la dificultad no es motivo para que el deudor pretenda eximirse de la obligación, sería contrario a las reglas de la buena fé y la intención racional de las partes exigir aquélla, cuando la mayor onerosidad proveniente de tales dificultades, es desproporcionada manifiestamente con el contenido original de la prestación, haciendo a ésta “inasequible”, como se le califica entonces. La prestación debe por lo tanto considerarse como obstaculizada por caso fortuito o fuerza mayor, o si no, reducirse equitativamente.

La imposibilidad, debe ser permanente y completa. Si la imposibilidad sólo fuera transitoria, podría renacer la prestación una vez desaparecida aquella; por ejemplo, si la cosa perdida reaparece, si la puesta fuera del convenio es reintegrada a éste, si concluye el motivo de imposibilidad subjetiva. Es claro que durante la imposibilidad meramente transitoria, el obligado no puede quedar incurso en mora, en mérito de que ésta supone un hecho imputable. Si el obstáculo ataca a la ejecución de una pres-

tación que debe efectuarse en un determinado tiempo necesariamente, y que de este modo no admite postergación, aquel disuelve la obligación. Lo mismo pasa si el obstáculo es de una duración imprevisible.

Una vez que una prestación ha devenido definitivamente imposible, la obligación no puede renacer por el hecho de que posteriormete, por una circunstancia extraordinaria, la prestación vuelve a ser posible: *in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest*.

La cuestión de cuando una imposibilidad, así sea transitoria, se deba considerar como definitiva para el efecto de extinguir la obligación, según la naturaleza de ésta y aun de lo pactado, debe decidirse de acuerdo a las circunstancias del caso. Si la imposibilidad fuera únicamente parcial, por regla el deudor podría ser obligado a cumplir la prestación en lo que ella quede de útil. Si la intención de las partes era que el contrato fuese ejecutado por el todo y no parcialmente, la imposibilidad parcial resolverá el contrato. Pero en tal caso, tratándose de obligaciones recíprocas, la obligación correlativa a aquella que en parte se ha hecho imposible, se disminuye en proporción. A ello se refiere el Código en el caso de obligación de dar bien mueble (art. 1177). Según las circunstancias podría disolverse la obligación, pues todo lo referente al caso fortuito o fuerza mayor tiene un carácter relativo. Sobre el particular es digno de anotar lo establecido en el art. 1533, en que se determina que si la pérdida o destrucción de la cosa ha sido parcial puede pedirse la rebaja de la renta o la rescisión del contrato, primando la última si las partes no están de acuerdo sobre una u otra.

Por lo demás, como advierten Aubry et Rau, sólo una pérdida o destrucción de relativa importancia, que puedan hacer considerar como inejecutable la obligación o solo ejecutable en forma realmente defectuosa, deben ser capaces de producir tales modificaciones en el contrato.

La imposibilidad total de la obligación exime de responsabilidad al promitente; pero, como advierte Planck, según las circunstancias deberá aquel notificar al pretensor, conforme a las reglas de la buena fé.

La irresponsabilidad del deudor por caso fortuito o fuerza mayor, con mayor razón sobreviene cuando la imposibilidad de la prestación se origine por causa imputable al acreedor. Entonces, en obligaciones correlativas, el acreedor debe a su vez cumplir siempre con su prestación.

Art. 1319.—“El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación”.

Referencias: Digesto, lib. 19, tit. 2, fr. 25; lib. 50 tit. 17, fr. 23; Código, lib. 4, tit. 24, fr. 6; Código francés, art. 1148; italiano, 1226; español, 1105; venezolano, 1292; brasileiro, 1058; argentino, 889; chino, 225; polaco, 267; ruso, 118 y 119,

La disposición indica, en primer término, que no se responde por el pago del equivalente a la prestación, por los daños y perjuicios compensatorios, si su cumplimiento en forma natural se ha hecho imposible por caso fortuito o fuerza mayor, que el Código con muy buen criterio práctico equipara. Esto, en buena cuenta, es la mera confirmación de lo establecido en el artículo 1318: *casus fortuiti a nemine praestantur*.

Pero el deudor soporta los riesgos y peligros si asumió por convención tal responsabilidad. No existe, en efecto, razón alguna para que no pueda asumirse tal responsabilidad, de la misma manera como puede convenirse en que el deudor no responda por su culpa. Hay que estimar entonces, que existe un pacto de garantía que salvaguarda al acreedor de los efectos del caso fortuito. Si existe una cláusula penal, ésta funcionará en favor del acreedor, así la imposibilidad sea fortuita: el deudor ha asumido el riesgo. Mas, como la asunción por el deudor de la responsabilidad por caso fortuito importa una obligación contraria a lo presupuesto por la ley, requiere que se estipule expresamente; lo que no significa, por lo demás, la necesidad de emplear términos sacramentales. Además, el alcance mismo de la estipulación debe interpretarse restrictivamente, concerniendo a los casos fortuitos de carácter ordinario; no a los de carácter extraordinario. Esto se deduce del art. 1503.

La ley puede atribuir responsabilidad por caso fortuito al deudor, en los supuestos en que especialmente así lo estatuya.

Se trata en tales hipótesis, de culpas legalmente presuntas. Así en el caso del artículo 1590 y del 1596, que responsabilizan al comodatario por la pérdida fortuita de la cosa; así también acaece con respecto a la responsabilidad del vendedor o el arrendador por razón de vicios ocultos de la cosa.

Responde también el deudor por el caso fortuito si la imposibilidad sobreviene después que está en mora (arts. 1256, 1698). Responde también el deudor cuando tenga lugar el llamado *casus mixtus*; es decir, en el supuesto de caso *seu culpa determinatus*. Hay en tal hipótesis una culpa previa, y la imposibilidad no se había producido sin tal culpa preexistente.

Art. 1320.—“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas”.

Referencias: Digesto, lib. 22 tit. 1, fr. 21-3; Código, lib. 4, tit. 24, fr. 15; Código francés, art. 1147; italiano, 1218 y 1125; español, 1101; portugués, 705; venezolano, 1284 y 1291; japonés, 415; mejicano, 1423; brasileiro, 1056; suizo, 99; alemán, 276; argentino, 506, 507, 508; peruano, 1265; turco, 98; chino, 226 y 227; ruso, 117; mejicano, 2107; polaco, 240.

La constitución en mora responsabiliza al deudor por los daños y perjuicios compensatorios, así la obligación resulte imposible por caso fortuito. Esto se hallaba establecido ya en el art. 1256.

Si la imposibilidad proviene de falta del deudor, la obligación se transforma en pago pecuniario de daños y perjuicios; obligación compensatoria que funciona en substitución de la prestación primitiva *in natura*.

La obligación debe ser siempre exigible en su forma natural. Sólo si ésta no llega a efectuarse, entonces tiene lugar la indemnización compensatoria de los daños y perjuicios, siempre que no se trate de una imposibilidad inimputable al obligado. Se

sobreentiende (que únicamente un incumplimiento que entraña perjuicio para el acreedor, abre la acción respectiva de responsabilidad, por razón de tal "interés positivo" o de "cumplimiento"

Conviene advertir que la responsabilidad afecta al deudor, por el hecho del incumplimiento imputable, así puedan sobrevenir posteriormente acontecimientos de los cuales no se le pueda inculpar y que habrían producido igualmente el daño. Pedro es deudor de Juan de un objeto específico que debe entregarle en determinada fecha; no lo hace oportunamente, y entonces se pierde la cosa por culpa del prestador. El, Juan, es de consiguiente, responsable de la pérdida. No podría alegar en su descargo, que al siguiente día de la pérdida inculpable a él, se produjo un incendio en su casa, en donde se encontraba el objeto debido, que habría hecho desaparecer este último por tal causa de orden fortuito, es decir, inidónea para acarrearle responsabilidad.

Los autores y los Tribunales de algunos países, han analizado el caso de la llamada causalidad acumulativa, o sea, el daño generado por la concurrencia de dos actividades independientes. Debe repararse el daño producido por uno y otro sujeto incurso en responsabilidad.

En la estimación del monto indemnizable ha de tomarse en cuenta la llamada *compensatio damni cum lucro*; es decir, lo que también se denomina "imputación de beneficios". Se consigna este ejemplo, por von Thur: si una casa de expediciones envía la mercadería por mar en vez de facturarla por ferrocarril, faltando a lo convenido, y viene obligada a responder de los daños fortuitos causados en el transporte, podrá descontar, al hacer efectiva la indemnización, la cantidad abonada al remitente por la elección del transporte marítimo. Otro ejemplo: el vendedor que no ponga al comprador en posesión de la finca pro-

metida, deberá indemnizarle de las ganancias que este hubiera podido obtener; pero deduciendo los gastos de inscripción en el Registro, que con ello le ahorra.

Puede ocurrir que ambas partes, pretensor y prestador, estén incurso en culpa. Es solución unánime que entonces se produce la llamada compensación de culpa. El Juez apreciará la cuestión circunstancialmente: *ut par existat culpa in utraque parte, et par damnum ex ea proventum sit*.

La coculpabilidad puede presentarse cuando el propio perjudicado haya contribuido a causar el daño mediante su proceder, o cuando no haya hecho lo exigible según las circunstancias para evitarlo, o cuando haya originado la agravación del ya producido. Así, apréciase el caso del patrón que confía a un mensajero una carta, sin advertirle de que lleva adentro una suma considerable, y de que la carta se pierda por descuido del portador. Así, el inquilino que vea que la finca amenaza ruina y no lo ponga en conocimiento del dueño; el comprador a quien se perjudique por no entregarle el vendedor al punto la cosa vendida, aumentando el perjuicio con el trascurso del tiempo y advirtiéndole que el vendedor no está en condiciones de cumplir con la prestación; de tal modo que lo natural es que se ponga a cubierto, adquiriendo la cosa por otro conducto. (Von Thur). En general, hay que decir que es dable exigir de parte del pretensor el cuidado y precaución exigibles que una persona medianamente razonable adoptaría en su propio interés, y así nunca podrá exigirse la adopción de providencias que llevan aparejado un peligro grave, sobre todo para la vida o para la salud de las personas. Así, no puede pedirse al inquilino de la casa que ocupa, si se incendia, que ponga en riesgo su vida para apagar el incendio. Por lo demás, las medidas que el perjudicado adopte para evitar el daño o reducirlo, siempre que sean racionales, son a costa del obligado a indemnizarlo, toda vez que hay que considerarlo como una consecuencia indirecta del hecho de que éste es responsable, y parte integrante del daño que a aquel se le produce.

Puede presentarse el caso de que ambas partes, acreedor y deudor, sean responsables del incumplimiento, pero por respon-

sabilidad diferente, una por culpa y otra por dolo; entonces se tendrá en cuenta el dolo y la parte que lo ha cometido, para según eso establecer la obligación, o no de la reparación.

Claro es, por lo demás, que si el daño emanante del incumplimiento, se ha producido exclusivamente por culpa del perjudicado, no tiene derecho a indemnización: *quod quis ex culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire*. En realidad la intervención en tal sentido del perjudicado, acreedor de la obligación, importa un caso fortuito o de fuerza mayor, como sería el caso de la intervención de un tercero.

En cuanto al dolo, conviene siguiendo las indicaciones de Giorgi, reputar que el carácter propio del mismo, que lo diferencia de la culpa propiamente dicha, consiste no precisamente en la intención del deudor de perjudicar al acreedor, sino meramente en la conciencia que el primero tenga del incumplimiento de su obligación. "En verdad —escribe Giorgi— la palabra intención significa propiamente voluntad dirigida a un fin. Ahora bien: el fin a que en el mayor número de casos tiende el deudor, cuando con propósito deliberado viola su obligación, no es el de producir daños al acreedor, sino el de conseguir ventajas para sí mismo". Idénticamente, se aprende en Staudinger: "No es menester una intención dirigida a perjudicar al acreedor; basta la mera conciencia del resultado perjudicial".

En suma, si no es menester que el doloso persiga ni prevea las consecuencias del incumplimiento, sí ha de tener conciencia de este último, siendo insignificante el motivo y finalidad que inspiran al deudor. Puede, por lo demás, el responsable serlo por un *dolus eventualis*, es decir, si adopta una actitud indiferente frente a la posibilidad de la producción del daño con el conocimiento de esa posibilidad.

No solamente el incumplimiento de la prestación responsabiliza al deudor en caso de falta, culposa o dolosa. La prestación debe cumplirse en forma adecuada y completa. En consecuencia, un cumplimiento defectuoso, parcial, irregular, responsabiliza al deudor por el perjuicio que atañe al acreedor con el no cumplimiento regular. A ello quiere atender el art. 1320, cuando se refiere a la responsabilidad contra los que "de cualquier modo contravinieren el tenor de ellas" (de las obligaciones). Sobreviene,

entonces, lo que la doctrina alemana ha llamado "violación positiva del crédito".

Por otra parte, puede ocurrir no sólo que se trate de una violación ya perpetrada en el negocio, sino que también el cumplimiento de éste resulte fuera de cuestión; así, si un contrayente declarase su intención de no cumplir su obligación, o ésta resulta imposible de cumplirse sin que ello sea excusable al deudor, puede entonces, circunstancialmente, el acreedor considerar que se trata de un "rompimiento de contrato por anticipación, con los efectos propios de la violación" (Holland).

De la indemnización ha de descontarse las ventajas que importe para el sujeto activo de la obligación, el incumplimiento de esta última. Así por ejemplo, si un comprador, para ponerse a cubierto de la infracción contractual realiza varias compras y en una de ellas obtiene una ganancia, deberá descontarla de los daños cuyo resarcimiento reclama del vendedor. Si un empleado faltando a las instrucciones de su principal celebra negocios de especulación, de la indemnización reclamada por los negocios desfavorables deberán descontar las ganancias que el principal obtenga de los negocios provechosos.

La falta del deudor, que responsabiliza al deudor por daños y perjuicios, puede ser culposa o dolosa.

Culpa en sentido lato es toda violación de un deber jurídico. Si es intencional toma la denominación de dolo. Si al contrario, no es practicado de mala fé, es culpa en sentido propio y restricto. Cuando consiste en la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, es culpa contractual. Se denomina delictual o aquiliana cuando consiste en la violación del deber que todos tienen, de respetar el derecho ajeno. Además, existe también la culpa *in contrahendo*. Ahora solo interesa la culpa contractual.

La negligencia, sea ella *in faciendo* o *in omittendo*, puede derivar de una falta en la previsión de los resultados o en una previsión errónea. En el primer caso el responsable no previó las consecuencias, pudiendo y debiendo hacerlo; y en esto está su falta. En el segundo caso sí se percató de los resultados; pero confió con imprudencia o ligereza en que no se producirían.

La culpa en todo caso debe ser perjudicial al acreedor, para que por ella se responsabilice el deudor, desde que no hay acción sin interés. Presupone un estado de derecho anterior, que se viola, por lo que se origina la responsabilidad del deudor.

Sólo por causa imputable al deudor éste queda sujeto a responsabilidad de daños y perjuicios por incumplimiento de su obligación. En consecuencia, si tal incumplimiento proviniendo de caso fortuito exime de responsabilidad al deudor, con mayor razón queda eximido en caso de que el incumplimiento provenga de acto u omisión imputables al acreedor. La falta de éste deberá ser probada por el deudor; y de ella podrá resultar no sólo que el deudor quede liberado de toda responsabilidad, sino que el acreedor debe responderle por los daños y perjuicios que le pudiera haber causado (Chironi).

Sólo se indemniza la pérdida e intereses que afecten al deudor; no los que deriven contra terceros por el incumplimiento de la obligación. Esos perjuicios de terceros no tienen sino una relación indirecta con el hecho del incumplimiento. El deber compensatorio sólo aparece en las relaciones de las partes ligadas por el *vinculum iuris* de que se trate.

Art. 1321.—“La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula”.

Referencias: Digesto, lib. 13, tit. 6, fr. 17; lib. 16, tit. 3, fr. 1, párrafo, 7; Código español, art. 1002; francés, 1137; argentino, 507, peruano, art. 1269; turco, 99; suizo, 99 y 100; alemán, 276; mejicano, 2106; chino, 222; polaco, 240, al 2.^a

Como el dolo entraña un elemento de mala fé, la ley no puede darle su acogida, aceptando la cláusula anticipada de su liberación. Tal cláusula significaría, de otra parte, comprometer la seriedad del *vinculum iuris*, dejando al arbitrio del deudor su cumplimiento, al cual nada le conminaría, desde que está eximido anteladamente de responsabilidad. De aquí que la prohibi-

ción que sanciona el art. 1321 es consagrada sin discrepancias.

Diferente a la renuncia anticipada de la responsabilidad por dolo, que la ley repudia, es la renuncia del acreedor a hacer efectiva la responsabilidad por daños y perjuicios, una vez incumplida la obligación por dolo. En este último caso no se trata de un principio de orden público, sino de un interés particular correspondiente a la persona del acreedor, que puede renunciar a él.

A diferencia del dolo, en cuanto a la culpa la cláusula de la irresponsabilidad es válida. Mas, como se trata de renuncia de un derecho, tal cláusula debe ser interpretada estrictamente; en consecuencia, no se presume y su existencia y extensión deben ser apreciadas restrictivamente. Además, no debe admitirse que "el deudor pueda utilizar una cláusula de no responsabilidad contrariamente a su espíritu, a las consideraciones por las que la hubieran dictado a las partes; ella reprueba el abuso" (Josserand). Una tal cláusula de irresponsabilidad no excluye, de otra parte, que haya lugar para la responsabilidad delictual, ya que esta última no se confunde con la convencional y no es susceptible de ser condonada de antemano, por principio de orden público.

De otro lado, para la culpa inexcusable se extiende también la prohibición del *pactum de dolo non praestando*. La torpeza supina es asimilable a mala fé; la culpa grave se cofunde, así, en cierto modo con el dolo; *culpa lata dolus est*. Y de otro lado, la ley resultaría auspiciando el que no se pusiese los más elementales cuidados y la más ordinaria atención en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, si no fulminase con la sanción de nulidad legal, una cláusula que eximiese al deudor de responsabilidad en tales casos.

En cuanto a lo que deba entenderse por culpa inexcusable, es la culpa lata. Es "aquella prescindencia notoriamente grave de primera intención ante el criterio de cualquiera; prescindencia del cuidado exigible en el tráfico cotidiano". (Staudinger).

La asimilación de culpa lata y dolo sólo es aceptable en derecho civil; no en derecho penal, ni tratándose de la responsabilidad civil por actos ilícitos. (Staudinger).

Art. 1322.—“La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Referencias: Código francés, art. 1137; italiano, 1224; portugués, 717; uruguayo, 1318; boliviano, 728; argentino, 512; alemán, 276; suizo, 99; español, 1104; peruano, 1267; turco, 98; chino, 223.

Se abandona el sistema descendiente del derecho romano, basado en la artificiosa graduación de la culpa en lata, leve y levísima, y la remisión al tipo abstracto del *bonus pater familias* para establecer tal graduación. Dicho sistema, ya en lo que respecta a la graduación de la culpa, ya en lo que concierne al tipo abstracto de referencia, ha sido seguido por varios códigos modernos. El Código español y el argentino estiman que la culpa debe ser contemplada con un criterio concreto, en relación al caso dado, correspondiendo a la apreciación del Juez enjuiciar si ha existido o no culpa. Para ello deberá tener en cuenta todas las circunstancias que acompañan al caso dado, las relativas a la naturaleza de la obligación y a las personas, tiempo y lugar, como dice el art. 1322, que se inspira fielmente en el 1104 del Código español, idéntico al 512 de la Argentina y semejante al 717 del portugués.

El derecho inglés igualmente conoce un solo tipo de cuidado debido (*one standard of care*) y, por consecuencia, un solo grado de culpa (*one degree of negligence*).

Escribe Salmond: “Siempre que una persona se encuentre frente al deber de tener determinado cuidado, está obligada a adoptar el grado de cuidado como considere razonable circunstancialmente, teniendo en cuenta los usos corrientes en las relaciones humanas (*ordinary practice of mankind*); y la ausencia de tal cuidado le hace culpable de negligencia”.

No es necesario, pues, graduar la culpa en grave, leve y levísima; distinción que en buena cuenta desconoce el Código nacional. Tampoco comparar la conducta del obligado con la del tipo abstracto del padre de familia. En cada caso se presenta una cuestión propia, de hecho, relativa a si el obligado usó de la diligencia que era de exigírsele para determinar si le incumbe o no culpa; y lo más acertado es, dejar la solución del caso al criterio

prudente del Juez, dentro del sistema realista y objetivo que consigna el art. 1322.

Para la apreciación del caso concreto, el Juez ha de considerar la naturaleza de las obligaciones, pues "la culpa está necesariamente relacionada con la índole de aquellas y puede no haber responsabilidad o ésta ser mayor o menor, según sea el carácter de aquella obligación incumplida" (Valverde y Valverde). Aquí no puede dejar de considerarse según que la obligación esté a cargo del promitente, por razón de un vínculo jurídico que sólo a él le haya reportado ventajas (ejemplo, la obligación del comodatario de restitución de la cosa prestada); o que a ambas partes les hayan correspondido las ventajas y las cargas (ejemplo, un contrato bilateral oneroso); o que solo las cargas hayan sido soportadas por el deudor (ejemplo, la obligación del depositario, de restitución de la cosa). Los artículos 1270 y 1271, del Código derogado disponían:

Art. 1270.—"Se presta la culpa leve en los contratos en que la utilidad es recíproca entre las partes".

Art. 1271.—"La culpa levisima se presta por el que reporta la utilidad en los contratos unilaterales".

"El que sufre el gravamen o tiene obligación, responde solamente por la culpa lata".

Debe también atenderse a las circunstancias del lugar, tiempo y personas. "En efecto, la época en que ha de consumarse la obligación, el sitio donde ha de cumplirse y las personas que han de realizar la prestación, son elementos que, si en general, son accidentales, influyen desde luego en la manera de cumplirse las obligaciones, pudiendo ser mayor o menor la responsabilidad por culpa según la intención de esas circunstancias, que el Código señala". (Valverde y Valverde).

Como advierte von Thur, la culpabilidad hay que buscarla siempre en la voluntad de las personas, y no en las taras del intelecto, ni en la constitución física del individuo.

El Juez en el caso que compulsa, deberá hacer la reflexión de cual habría sido el cuidado que hubiere puesto el obligado en asunto propio: *Diligentia quam un suis adhibere solet*.

Art. 1323.—“Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato”.

Referencias: Digesto, lib. 46; tit. 8, fr. 3; Código, lib. 7, tit. 47; Código francés, art. 1149, 1150 y 1151; italiano, 1227, 1228 y 1229; español 1106 y 1107; argentino, 519, 520 y 521; chileno, 1556 y 1558; uruguayo, 1345 y 1346; venezolano, 1293, 1294 y 1295; alemán, 249; mejicano, 1466; austriaco, 1323; portugués, 706 y 707; japonés, 416; brasilero, 1059 y 1060; alemán, 249 y 252; suizo, 42 y 43; peruano, 1265 y 1272; ruso, 117; chino, 213 y 216; mejicano, 2110; polaco, 242,

La obligación debe cumplirse, en primer término, en su forma natural. De preferencia rige, pues, la llamada reposición natural, que se efectúa en cuanto sea posible. (No sería justo imponerla, cuando importe un sacrificio exagerado o gastos desproporcionados que no armonicen con la intención del contrato y los principios de equidad, como por ejemplo en el caso de una cosa fabricada en serie, difícil de fabricar). A falta de la reposición natural, surge la reparación por daños y perjuicios, o sea la prestación del interés pecuniario (*pecuniaria condemnatio*), toda vez que *id quod interest* se calcula en dinero. Así surge el deber compensativo (pago de daños y perjuicios) en caso de inejecución; que “es apreciado como subsidiario y suplementario frente al deber esencial de ejecución” (Pallock).

El incumplimiento de la obligación en su forma específica, abre la vía a la acción por daños y perjuicios compensatorios cuando tal incumplimiento es imputable al deudor, en toda clase

de obligaciones; por lo cual queda descontado el concepto erróneo de que tal resarcimiento se fundamenta en un tácito convenio entre acreedor y deudor. Su fundamento está en que el incumplimiento viola un estado de derecho preconstituído y la ley garantiza este último, sancionando el pago de los daños y perjuicios por su violación. La misma obligación que dé derecho al acreedor para exigir la prestación en su forma específica, le origina el derecho para el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de su incumplimiento; noción ésta de utilidad para determinar el cómputo en cuanto al plazo de la prescripción negativa y para decidir que las garantías reales o personales que escoltaban a la obligación, subsisten así esta se manifieste en la forma de pago de daños y perjuicios. La concepción del derecho romano sobre este punto: *veteres constituerunt perpetuari obligationem*, debe pues conservar su actualidad.

El resarcimiento comprende tanto las pérdidas sufridas, el *damnum emergens*, como las ganancias dejadas de obtener, el *lucrum cessans*. "La distinción no tiene ninguna importancia práctica. Por una parte siempre que se haya de indemnizar un daño, deberá indemnizarse en su totalidad y no solo el *lucrum cessans* o el *damnum emergens*. . . Por otra parte, los requisitos y condiciones que determinan la extensión del daño, son los mismos en ambas clases de perjuicios" (Fischer).

Una u otra forma de daño puede ser actual o potencial; es decir, ya ocurrido, o no producido aún, pero de certera producción futura. Si el daño debe ser cierto en cuanto a su existencia, no es necesario que lo sea en cuanto a su monto preciso; el Juez determinará la forma en que se valorizará el daño, de modo que tal valorización se efectúe en la forma más aproximada posible. En la reparación no puede comprenderse en lo absoluto, la ganancia que hubiera podido conseguirse en violación de la ley o las buenas costumbres (*lucrum ilícitum vel inhonestum*). No se puede sancionar por la ley la posibilidad de que se obtenga ganancias que legalmente no deben obtenerse.

La satisfacción por causa del incumplimiento del deudor ha de hacerse, en cuanto sea posible en forma natural, es decir, mediante la restitución en especie de la cosa debida o la ejecución misma de la obligación, si es de hacer, o la destrucción de lo efectuado contra un deber de abstención. Si ello no fuere posible, surge entonces la reparación del daño y el perjuicio mediante el pago de la respectiva cantidad pecuniaria. ¿Pero el daño que se satisface ha de ser necesariamente de carácter material? ¿No es indemnizable el daño puramente moral?. Hay, en efecto, objetos que no tienen valor de comercio mayormente significativo; pero si lo tienen como interés de afección para una determinada persona; por ejemplo, diplomas y títulos honoríficos, insignias y condecoraciones, retratos de familia, cartas de la novia, etc. ¿Debe repararse el daño moral?

Hoy se admite sin controversia, que el interés ideal dé origen a indemnización cuando se origina por la inejecución de un acto ilícito. Pero la cuestión presenta mayor embarazo cuando se trata de incumplimiento (desde luego imputable al deudor) de una obligación convencional.

La jurisprudencia y también la doctrina francesa más moderna se inclinan por la afirmativa. Anota Gioord: que para los autores franceses "un interés moral es suficiente para constituir el objeto válido de una obligación... La mayoría de los autores admiten hoy que los contratos cuyo objeto es un interés moral, son válidos, y que su inejecución puede ser causa de una condena pecuniaria".

En Italia también, la mayoría de los autores prohijan la consideración del interés de afección. Igualmente se admite en Rumania (Alexendresco). En cuanto a Austria, es digno de detenerse en los arts. 305 y 306 del Código Civil.

El Código alemán consiente en la reparación del daño inmaterial restrictivamente tratándose de incumplimiento de obligaciones convencionales; en efecto, el art. 253 dispone que con respecto a un perjuicio no pecuniario, sólo podrá exigirse reparación en metálico en los casos determinados por la ley. Estos conciernen, en verdad, no al punto de incumplimiento de una obligación convencional, sino al supuesto de comisión de actos

ilícitos. Los motivos del Código expresan que “sería opuesto a la concepción general dominante, el colocar en igual línea los intereses inmateriales con los intereses pecuniarios y el recompensar mediante dinero un perjuicio moral”. Pero en doctrina se aboga por la reparación del perjuicio ideal. Escribe Titze: “Como ha habido ocasión ya de indicarlo, no todo perjuicio necesita ser valuable pecuniariamente. El puede consistir en la consideración de intereses puramente científicos, religiosos, estéticos, recreativos. En caso de que la reparación natural sea posible, no se presenta el caso de la responsabilidad por perjuicios compensatorios; pero cuando tal reparación no sea posible, el régimen jurídico sólo tiene la alternativa o bien de prescindir de toda compensación de perjuicios o bien de conceder al perjudicado por el daño sufrido, *dommage moral*, una cantidad de dinero en satisfacción del dolor padecido; cantidad esta a fijar en una forma relativamente arbitraria. El B. G. B., a diferencia a la práctica generalmente empleada en otros países, se ha afiliado expresamente al primer punto de vista”. Pero sí puede el interés moral ser objeto de una reparación por incumplimiento convencional, en caso de haberse pactado una cláusula penal (Endemann); lo que se apoya en el tenor del art. N.º 343. Y es que, en realidad, tratándose de la cláusula penal ya no entra en consideración la comprobación del perjuicio; por lo que es inútil considerar si aquí ha de repararse el perjuicio sólo material o también el moral.

Con referencia a nuestro Código, el art. IV del Título Preliminar dice que para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

En lo que respecta a la determinación de cuáles sean los daños resarcibles, ya el derecho romano exigía una relación de causalidad entre la inejecución de la obligación y el daño. Así que se exige una relación de causa a efecto entre el hecho generador de responsabilidad y el perjuicio generado; que es lo que se denomina la “conexión causal”. Pothier formuló una concepción sistemática sobre la extensión de la responsabilidad; concepción

que seguida por el Código francés, ha penetrado en casi todos los Códigos modernos.

Pothier distingue según que el incumplimiento se deba a culpa o a dolo. En el primer caso la reparación se detiene en los daños y perjuicios previstos o previsibles, pues tal obligación resulta de una convención tácita, por la cual el sujeto pasivo se ha comprometido a responder por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, de modo que tal responsabilidad sólo puede abarcar los previstos o los que son posibles de prever. Para precisar cuáles son tales daños y perjuicios, explicaba Pothier: "ordinariamente las partes son reputadas de no haber previsto sino los daños e intereses que el acreedor por la inejecución de la obligación, podría sufrir en relación a la cosa misma que ha constituido su objeto (daños e intereses intrínsecos), y no aquellos que la inejecución de la obligación le habría ocasionado además en sus otros bienes (daños e intereses extrínsecos). Por ello es que en tal caso el deudor no queda responsable de éstos, sino solamente de aquellos sufridos en relación a la cosa que ha sido objeto de la obligación... *propter ipsam rem nom habitam*".

Distintamente, en caso de dolo el deudor debe quedar responsable también por los daños y perjuicios no previstos o imprevisibles. Para ello se hace notar que en tal hipótesis, la obligación del deudor de pagar la indemnización compensatoria, no puede considerarse como originándose de una convención tácita, como en el caso de culpa; por lo que no es pertinente indagar sobre si los daños y perjuicios fueron previstos o previsibles, o si no lo fueron. "La hipótesis del dolo no ha debido presentarse ante el pensamiento de las partes contratantes; y de suponer que ella haya entrado dentro de sus previsiones, toda cláusula teniendo por objeto restringir la responsabilidad del deudor en cuanto a las consecuencias del dolo, deberá ser considerada como nula". (Baudry Lacantinerie).

De cualquier modo, según la teoría de Pothier el deudor no responderá así hubiera existido dolo, sino de los daños y perjuicios que hayan sido consecuencia inmediata y directa de la inejecución. "La regla que me parece debe ser seguida en este caso—escribe— es que no se debe comprender en los daños e intereses de que un deudor es responsable por razón de su dolo, aquellos que no solamente no son sino una consecuencia lejana de él, sino que no son una consecuencia necesaria de él y que pueden tener otras causas".

La determinación, por lo demás, de cuando los daños y perjuicios deban considerarse como derivados directa e indirectamente de la ejecución, es una cuestión que *in facto non in iure consisti*. Depende, pues, de las circunstancias del caso y queda librada a la apreciación del Juez.

El Código sigue fielmente las ideas anteriores. Sólo que en el art. 1323, al descartar como objeto de responsabilidad el *damnum remotum*, habla de los daños y perjuicios que conocidamente se deriven del incumplimiento; usando la expresión ambigua del art. 1107 del Código español. ¿Cuáles son ellos?. Sánchez Ramón dice que "los que tal concepto merezcan al prudente arbitrio del Juez, aunque no sean su consecuencia directa, inmediata e inevitable". Pero Valverde y Valverde, razonando mejor, interpreta que "no pueden ser otros que aquellos que sean consecuencia necesaria del incumplimiento, ninguno más"; pues "interpretar de otro modo el pensamiento del legislador equivaldría a ampliar tanto el texto de la responsabilidad, que se llegaría a extremos verdaderamente absurdos." El Código peruano reputa que daño resarcible es el que resulta como consecuencia necesaria de la inejecución. Con expresar ello bastaba; el hacer referencia a los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento, es complicar la fórmula.

A diferencia del sistema tradicional, filial de Pothier, el Código alemán, (art. 252) y el suizo (arts. 42 y 43), implantan el sistema de la reparación integral. El acreedor debe ser colocado en la misma situación o lo más aproximadamente posible, como si la obligación no hubiera sido incumplida. El obligado debe, en consecuencia, toda clase de daños y perjuicios, siempre que se originen de la inejecución, sin que se distinga entre directos e indirectos, ni entre previstos o previsibles, de un lado, e imprevistos o imprevisibles de otro lado; y el que la inejecución haya sobrevenido por culpa o por dolo no tiene de consiguiente importancia en cuanto a la extensión de los daños a reparar. El deudor queda sujeto a la reparación integral; equiparándose así en cuanto a tal efecto, la falta contractual y la delictual. Basta simple-

mente que exista una relación de causalidad adecuada entre la violación y el resultado. Warneyer explica en los siguientes términos en la relación: "¿Cuándo es causal en relación a los daños sobrevinientes? La relación causal entre un determinado hecho y una consecuencia objetiva en sentido jurídico, presupone que una relación causal conforme al sentido natural de las cosas entre ambos exista, esto es, que el perjuicio sin el hecho originario no se habría producido. Pero debe concurrir otra condición indispensable: no se debe tratar de una consecuencia meramente eventual, que para la producción del perjuicio sería sin significación, aun cuando ella en algunos casos, en virtud de un encadenamiento de circunstancias, pueda resultar posible mediante el acontecimiento originario causante del daño. Este requisito se demuestra, pues la consecuencia mediata sobrevenida no ha de estar en una relación por demás lejana con el hecho originario, de tal modo que ella, de acuerdo con el modo racional de apreciar las cosas, no deba ser tomada en cuenta. Conforme a esta presunción, basta que la circunstancia objetiva del caso represente alguna de las causas concurrentes en la producción del daño".

El derecho inglés también acoge, en principio la reparación integral (Jenks).

La tesis de la reparación integral no ha recibido acogida en el Código, según lo revela su art. 1323. Y en verdad es factible achacar a aquella serios defectos. Es inicuo, según la conocida expresión de Paulo, equiparar el dolo y la culpa en cuanto a sus consecuencias responsables. Y es absurdo que en todo caso de falta se responda por todas las consecuencias de ella, así deriven de circunstancias que han venido a agregarse, o sea, que se trata de defectos mediatos o indirectos del incumplimiento.

En caso de culpa, se ha dicho que el resarcimiento no debe desbordar el límite de lo previsible. "La culpa consiste precisamente en la omisión de los cuidados necesarios para impedir su daño. Es caso fortuito que dispensa de toda responsabilidad, el hecho que no puede preverse. La esencia de la culpa se caracteriza exactamente por la posibilidad de ver una consecuencia eventual de la negligencia. Termina con ella: su límite es el del caso fortuito" (Bibiloni). No, pues, por un ficticio pacto inherente a una obligación convencional, debe responderse por los daños pre-

vistos y previsibles y nada más que por ellos, conforme a la explicación que daba Pothier, sino por el carácter, la naturaleza misma de la figura culposa, que obliga a indemnizar lo que es consecuencia de ella, es decir, lo que importa carencia de previsión o de previsibilidad. Las diversas naturalezas de una y otra causal de responsabilidad, la falta culposa y la dolosa, explican o justifican por sí mismas el diferente tratamiento en cuanto al mayor rigor en un caso que otro acerca de la extensión de los daños reparables. No es de necesidad recurrir a una ficción obscura, rebuscada sobre el presupuesto convencional de los daños, para el caso de culpa, que no existiría en el caso de dolo. Escribe, Alzamora Silva: "en nuestro concepto no es acertado erigir sistemas a base de supuestos no demistrados. La creencia en un acuerdo tácito de las partes para ampliar su responsabilidad en caso de mala fé, es arbitraria. No se tiene por qué recurrir a tal ficción. Si se quiere hacer recaer sobre el deudor doloso una mayor sanción, basta tener en cuenta el propósito malicioso que le animaba; propósito que no existe en el deudor culposo".

Aquí, no obstante, hay que decir una cosa. Culpa significa ciertamente previsibilidad. Pero previsibilidad sólo por el primer resultado del negligiamiento que suscita. Los ulteriores resultados escapan a la previsión, pero si están enlazados por una relación causal (la "consecuencia necesaria" a que se refiere el precepto 1323), no parece racional que escape al deber de indemnización. Yo encargo a un mensajero, Pedro, que conduzca personalmente una carta para Pablo, advirtiéndole que contiene una suma de dinero y que me interesa llegue a manos del destinatario a la brevedad. Pedro en vez de cumplir con el encargo en la forma debida, entrega a su vez a su amigo Juan la carta, para que se la lleve a Pablo, sin advertirle nada sobre el cuidado que debe tener al respecto y la urgencia del caso, habiendo además la circunstancia de que Juan es individuo notoriamente descuidado. Juan pierde la carta. Pedro es responsable ante mí. ¿De qué?. ¿Únicamente de la cantidad que contenía la carta; es decir, del resultado previsible?. Parece que no: debe responder también del perjuicio ulterior, por ejemplo de las ganancias que ha dejado de obtener por la no verificación del negocio que mediante la recepción de ese dinero en la fecha dada iba a realizar con Pablo.

Los civilistas en los países en donde las legislaciones han instituido el principio de la responsabilidad integral, advierten

que él puede conducir a resultados extremos, de tal modo que repugna a la conciencia jurídica, en determinados casos, hacer que el deudor persiga las consecuencias ulteriores de la violación, aun cuando exista una causalidad demostrada. Se pone el caso de quien habiendo encargado un abrigo de pieles para emprender un viaje por ferrocarril, ha de aplazarlo por la no entrega a tiempo del abrigo ocurriendo que en el viaje que con posterioridad emprende se produce un accidente ferroviario, en el que resulta lesionado. ¿Sería lógico que el sastre, por su incumplimiento al no entregar oportunamente el abrigo, responda del daño sobrevenido a su cliente por el accidente ferroviario?

El imperativo de poner un límite a la responsabilidad, que de otro modo sería irrestricta en función de la relación causal, ha llevado a considerar que la causalidad debe ser necesaria y no simplemente eventual. De este modo sólo se respondería por las consecuencias de un hecho (o una abstención) que hubiese sido decisivamente determinante en la producción del daño; pero no de aquel que apenas tiene una influencia calificable como condicional o eventual.

Se ha hablado, también, de una causalidad adecuada. El efecto debe ser adecuado a la causa, o sea, que el hecho causante de responsabilidad sea apto para producir el daño causado, de tal modo que él sea previsible de suponer, dentro de las circunstancias naturales del caso; no existiendo, pues, esa causalidad si el perjuicio aparece por la interferencia de circunstancias extraordinarias que no es dable suponer dentro de circunstancias normales, es decir, dentro de una apreciación objetiva de las posibilidades de su producción. Así en la hipótesis antes consignada, de la no entrega oportuna del abrigo, el perjuicio ocurrido al viajero por la demora en el viaje, de no concertar un negocio que de otro modo se habría efectuado, sería un resultado adecuado, que como tal podría ocasionar responsabilidad; pero el daño consistente en la lesión sufrida por el accidente ferroviario, sería una consecuencia inadecuada.

En la jurisprudencia alemana se ha abierto paso un criterio pragmático y circunstancialista. El Juez determina la extensión del daño, según su buen sentido y su criterio prudencial. El Código suizo (art. 43) otorga al Juez la facultad de determinar según las circunstancias, el alcance de la reparación.

En cualquier caso de falta, aun dolosa, no debe ir la responsabilidad más allá del daño que sea consecuencia directa e inme-

diata del incumplimiento, según la indicación del art. 1323. Deben excluirse los que sobrevienen por la concurrencia de *ex nova causa*. De otra suerte se estaría frente a esta infortunada alternativa: primero, o la responsabilidad puede asumir un curso desenfrenado, alcanzando los efectos más remotos, que sólo sobrevienen por la concurrencia de otros motivos contingentes extraños al incumplimiento del deudor, los hechos de que éste no es el factor determinante, (todo lo cual repugna al sentido de equidad natural y conduce al posible extremo de que hablaba Jhering, de que nadie querrá contratar, si todo su patrimonio tendrá que destinarlo a pagar las consecuencias del descuido más ligero), o segundo, el Juez limita los alcances de la responsabilidad, como aconsejan algunos juristas alemanes con relación al Código de su país; pero entonces se está confesando la flaqueza de la norma, y para subsanarla se le quita a esta toda precisión, entrándose en el campo de la arbitrariedad.

Al resarcimiento de los daños—escribe von Thur—no excede nunca de los límites trazados por la conexión causal. El autor no incurre en responsabilidad cuando el daño que produce y necesariamente tenía que producir su culpa, proviene en realidad *de otra circunstancia*. Si, por ejemplo, el colono obligado a velar por la conservación de un edificio descuida sus deberes hasta el punto de que, con esa conducta, la casa se hubiera derruido o hubiera tenido necesariamente que derruirse de un día a otro, pero antes de que este hecho sobrevenga, todos los edificios situados en la misma comarca, aun los más sólidos, resultan destruidos por un terremoto, aquel no vendrá obligado a resarcir el daño que origine la ruina de la casa. No basta que el daño haya podido sobrevenir por efecto de su conducta, sino que es necesario que se produzca en realidad como consecuencia de ella y no otro accidente. En estos casos, suele decirse que un hecho ajeno—que aquí es el terremoto—viene a romper el nexo causal”.

Si debe haber conexión causal entre el incumplimiento y el daño, no es necesario, empero, que tal hecho caracterizado como causa haya traído por sí solo el daño. Cabe también que hayan contribuido otros hechos, toda vez que como indica Enneccerus, “en principio sólo es indispensable que los daños no se hu-

bieran producido sin el hecho en cuestión o sea, que este hecho constituye una *conditio sine qua non* del nacimiento del daño". La reflexión es valedera para nuestra ley civil. Ella ha sido acogida en la jurisprudencia española, con respecto al art. 1107, del que es trascripción el 1323 que ahora comentamos.

Con buen juicio, pues, el Código del Brasil no ha seguido sobre este punto el criterio de los de Alemania y Suiza de la reparación integral; el cual tampoco ha merecido el beneplácito de los proyectos argentino y franco-italiano ni del Código mexicano.

En el derecho inglés el área que abarque el resarcimiento no puede tampoco extenderse indefinidamente. Carter indica que los *general damages* se limitan "a las naturales y ordinarias consecuencias del incumplimiento demandado", esto es, "tales como pueden ser estimadas como sobrevenientes, según el curso usual de las cosas, por tal incumplimiento". Empero, pueden presentarse especiales circunstancias que agraven los daños; es menester entonces que se dé noticia de ellas a la parte que podía ser responsable, salvo que aparezca del contrato o se deduzca de él que él mismo fué pactado sobre las bases de tales circunstancias. De otra manera, tales daños son calificados de *too remote*.

Tratándose de la responsabilidad convencional rige, como en la delictual, el principio de la compensación de culpa; y así para la jurisprudencia inglesa, no debe reconocérsele al acreedor derecho por las pérdidas y perjuicios que aquel con diligencia de su parte hubiera podido evitar (Jenks).

Art. 1324.—“En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios .

Art. 1325.—“El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año”.

Referencias: Digesto, lib. 22, tit. fr. 1, pr; fr. 26, párrafo 1; Código, lib. 4 tit. 32; Digesto, lib. 13, tit. 4, fr. 2, párrafo 8; Código francés, art. 1153; italiano, 1231 y 1831; español, 1108; portugués, 720 y 1640; chileno, 1559; venezolano, 1297 y 1820; alemán, 246, 248 288 y 289; suizo, 73, 106, 119 y 121; brasileiro, 1061 y 1604; argentino, 622; austriaco, 995 y 1333; uruguayo, 2207; mejicano, 2296; peruano, 1273 y 1274; chino, 203; polaco, 248; ruso, 115 y 121; mejicano; turco.

Los daños y perjuicios que pueden derivar una obligación son de dos clases: compensatorios y moratorios. Tratándose de la obligación de dar suma de dinero, los daños y perjuicios son siempre moratorios. “No puede haber a su respecto cuestión de daños y perjuicios compensatorios, porque ellos constituyen la indemnización que la ley acuerda al acreedor por la inejecución de la obligación en la imposibilidad de ejecutar esta directamente; la ley llega a la ejecución indirecta, convirtiendo así la primera obligación en la de pagar daños y perjuicios; cambia al objeto de ella y sustituye al objeto debido el monto de la indemnización, es decir, una suma de dinero. En las obligaciones de esta última clase, no hay conversión alguna que hacer y por consiguiente los únicos daños y perjuicios que debían tenerse en cuenta al reglamentarse eran los moratorios (Salvat).

Tratándose de obligaciones pecuniarias, el deudor debe pues pagar la cantidad de dinero materia de la prestación, como daño emergente, y los intereses de esa cantidad como perjuicio, como lucro cesante. Estos intereses serán, en primer término, los pactados. Ellos pueden haber sido pactados especialmente para el caso de demora, o como intereses convencionales (que también se llaman en este caso intereses compensatorios), como efecto

la obligación misma; tal cual ocurre respecto a los intereses mutuarios. En el supuesto de que existan intereses convencionales, sin que nada se haya pactado para el caso de mora, tales intereses deben aplicarse con el carácter de moratorios. A falta de intereses convencionales (sin que tampoco se hayan pactado intereses moratorios) regirá el interés legal del dinero, a que se contrae el art. 1325. Hay, así, un orden de referencia en lo que concierne a los intereses por los que debe responder el deudor en concepto de perjuicios moratorios: primero, los pactados especialmente para tal caso de mora (cláusula penal); segundo, los estipulados como interés convencional en cuanto al efecto mismo de la obligación, como ocurre con el interés mutuario; tercero, el interés legal. El art. 1324 hace comprender que tal es el orden a seguir. A los intereses pactados como pena para el caso de mora, se refiere cuando habla de "que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios"; a los convencionales se refiere cuando habla de "los intereses estipulados", y del interés legal hace mención expresa.

Por el régimen instituido tratándose de las obligaciones de pagar suma de dinero, resulta que los intereses moratorios que de ellas derivan están sujetas a reglas especiales respecto a la existencia del daño y a la valuación del mismo.

En cuanto a lo primero, a diferencia de lo que ocurre en otros casos, en este concerniente al pago de suma de dinero, el acreedor no tiene necesidad de acreditar el perjuicio que ha soportado. "La razón de ello está —indica Planiol— en que aquel que cuenta con su dinero para un día determinado, sufre siempre un perjuicio cuando espera su pago. El dinero, siendo una cosa fructífera, de fácil convocación, el acreedor resulta sin la renta de su capital. De allí el adagio *qui tardius solvit, minus solvit*". Se trata, pues, de una presunción *iuris et de iure*, y en consecuencia, no sería admisible al deudor que alegara y pretendiera probar que no ha habido perjuicio para el acreedor, y que por consiguiente no debe pagar los intereses moratorios.

Por lo anterior se comprende que en el caso a que se concreta el art. 1324, los intereses se deben por disposición inmediata de la ley. No se requiere que se diga en la estipulación sobre tal deber de pagarlos. Lo único que es pertinente estipular, es el tipo referente a ellos, o la renuncia en general a los mismos.

En cuanto a lo segundo, mientras que en otros casos el monto de los daños y perjuicios, no existente cláusula penal, no está predeterminado y depende de la liquidación judicial que se practique, en este caso, de pago de sumas pecuniarias, la liquidación es de orden legal, pues la ley determina el monto por el que deben computarse los perjuicios, al remitir su computación a los intereses establecidos en la obligación, como convencionales, o en defecto de ellos, a los legales.

En consecuencia, por aplicación de la tasa del interés —convencional o legal— en función al monto del capital y al tiempo del retardo, se determina la cantidad a pagar por intereses.

No precisa advertir que el caso contemplado en el art. 1324 supone una deuda exigible; y también deberá tratarse de una líquida, pues de otra suerte no existirá base sobre la cual calcular el interés. Así que el interés presupone una obligación principal, obligación del capital, de modo que “por la obligación (nacida en virtud de una administración o de otra causa) de entregar los intereses cobrados o de resarcir aquellos cuyo cobro se ha negligenciado, no debe confundirse con las obligaciones de satisfacer intereses, pues aquellas prestaciones no se deben como accesorias de una obligación de capital, sino con carácter plenamente sustantivo. Por esto en esos casos no se ha de abonar el importe de los intereses legales, sino el importe que verdaderamente se ha percibido o que se hubiera obtenido”. (Enneccerus).

Para aplicación de los principios informantes sobre la mora, el deudor debe, en el caso del mismo artículo, ser constituido en ella, rigiendo lo dispuesto en el art. 1254. La indemnización consiste en los intereses moratorios, cubre todos los perjuicios de responsabilidad del deudor, sin que proceda distinguir entre que sean derivación directa o indirecta del incumplimiento, ya previstos o previsibles, ya imprevistos o imprevisibles.

El Código nacional sólo enfoca el caso de pago de interés por una obligación principal consistente en dinero. Así trasciende de la letra de los números 1324, en que se habla “de pagar cierta suma”, y 1325 que menciona el interés legal “del di-

nero". Empero el concepto mismo de interés puede ser más elástico. Así que cabe intereses sobre cosas fungibles que no sean dinero, pero que lo representan, como por ejemplo, valores, papeles de crédito, o aún sobre cosas no fungibles. Pero el Código peruano sólo concierne al interés procedente de sumas de dinero.

No establece el Código la procedencia de una indemnización complementaria, por efecto del retardo, como lo hacen los Códigos alemán (art. 288) y suizo (art. 106), seguidos en esto por el Proyecto franco-italiano (art. 101); o de una indemnización independiente de los intereses moratorios, por los perjuicios que haya podido sufrir el acreedor por la mala fé del deudor, distintos del retardo, como lo hace el cuarto apartado del art. 1153 del Código francés.

La limitación rigurosa de los perjuicios moratorios a los intereses de la suma debida, puede conducir a consecuencias que ofendan la equidad, por la desproporción entre el monto del resarcimiento y la entidad de estos perjuicios. A base de una presunción legal absoluta, de que tales intereses cubren todos los perjuicios que puedan afectar al acreedor como consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, se puede llegar a que en el hecho el acreedor sólo obtenga un insuficiente resarcimiento. "Por ejemplo, el deudor ha resistido perversamente, *animo nocendi*, a la demanda del acreedor, o bien su resistencia aunque no siendo inspirada por la intención de perjudicar, constituye una falta, porque ella no es fundada sobre motivos serios; o bien aún, el retardo del deudor ha entrañado la constitución en quiebra del acreedor" (Colin et Capitant). Y sin embargo de todo ello, el acreedor ha de contentarse con recibir únicamente los intereses de la suma debida. La ley formula una presunción fatal: que tales intereses basten en todo caso para compensar los perjuicios causados; y esa presunción deja inerte al acreedor para demostrar que hay desproporción entre la reparación y los perjuicios.

Autorizar el cobro de una indemnización complementaria por el perjuicio derivado del retardo, como lo hacen los Códigos alemán y suizo, o de una independiente por perjuicio proveniente

de una causa distinta del retardo, si hubo mala fé en el deudor, parece pues ser solución plausible.

Entre las dos fórmulas, preferible es la primera. La segunda introduce un elemento extraño a la naturaleza de las obligaciones pecuniarias, el perjuicio compensatorio, el perjuicio derivado de causa independiente al retardo; pues con aquellas sólo es compatible la existencia de perjuicios moratorios. De otro lado, no se justifica por qué la regla extensiva del apartado 4.º del art. 1153 del Código francés sólo opere en caso de mala fé. La reparación más allá de los intereses moratorios, se explica por cuanto aquella debe ser representativa de los perjuicios causados, siempre que estos provengan de causa imputable al deudor y sean consecuencia necesaria del incumplimiento. Esos perjuicios pueden exceder lo que representan los intereses moratorios, aún cuando el incumplimiento, o sea el retardo en el caso de que se trata de obligaciones de dinero, se haya producido sin mala fé del deudor. Basta que se haya producido por causa que le sea imputable, para que se deba responder de los perjuicios; y si la equidad aconseja que se extienda la responsabilidad más allá de los intereses moratorios, para que ella resulte proporcionada a los perjuicios sufridos, no se ve razón para que tal cosa sólo tenga lugar en caso de mala fé del deudor. Ella debe tener lugar en todo caso en que exista mérito legal para responsabilizar al deudor.

La solución que contienen los Códigos alemán y suizo y que ha acogido el Proyecto franco italiano, permite en general que se demande una indemnización complementaria por causa del retardo en el cumplimiento. No se trastorna, como se observa, el régimen propio de las obligaciones pecuniarias, de que ellas sólo dan origen a perjuicios moratorios. Sólo que a diferencia de lo que ocurre con los perjuicios que podrían llamarse comunes —los intereses moratorios—, con respecto a la indemnización complementaria, por perjuicios que superen a los cubiertos con dichos intereses, tales perjuicios deben ser probados y por lo mismo no hay una valuación legal predeterminada de ellos; debiendo procederse a su liquidación judicial.

No habría, por lo demás, inconveniente para que la indemnización complementaria pudiera funcionar no obstante lo dis-

puesto en el art. 1323. Los perjuicios materia de tal indemnización provienen de una razón fundamental de orden objetivo: que la reparación debe ser proporcionada al desmedro sufrido, cualquiera que sea la causa imputable que los originó, culpa o dolo del deudor. La determinación de esa causa sirve apenas para la fijación de los perjuicios a los que debe alcanzar la reparación; pero no para establecer si debe haber o no obligación de indemnizar. En consecuencia, la indemnización complementaria a que nos venimos refiriendo, podría actuar dentro de los cánones del art. 1323. Sólo habría lugar a exigirla por los perjuicios que fueran efecto directo e inmediato del incumplimiento, o sea en el caso supuesto, del retardo, y si tal retardo se debiera a culpa o a dolo, ella comprendería en el primer caso solamente los perjuicios previstos o previsibles, y también los imprevistos o imprevisibles en el segundo caso.

Art. 1326.—‘‘El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad’’.

Referencias: Digesto, lib. 4, tit. 24, fs. 5; lib. 22, tit. 3, frs. 2 y 19; Código francés, art. 1148, 1302, ap. 3; italiano, 1225 y 1298; chileno, 1447; alemán, 282; peruano, 1268 y 2275,

Existente la obligación y debiendo cumplirla el deudor, basta que el acreedor demuestre que no se ha cumplido en su debida forma para que se presuma la responsabilidad del deudor, desde que existe tal relación de derecho preestablecido, a la cual ha faltado el deudor. Este, si pretende librarse de tal responsabilidad presumida en su contra, debe acreditar que el incumplimiento, o el cumplimiento pero tardío o defectuoso, se debe a causa inimputable a él; es decir, a caso fortuito o fuerza mayor.

La cuestión sobre la prueba de la culpa queda así dilucidada. El sujeto pasivo no tiene sino que acreditar la existencia de la obligación y argüir de incumplimiento o de cumplimiento tardío o irregular. Esto último será asunto en el que el peso de la prueba le corresponde al acreedor o al deudor, según la naturaleza

de la obligación. Si se trata de una obligación de dar o de hacer, como el acreedor alega que la prestación no ha sido dada o hecha, esto es, como se trata de un hecho negativo, la prueba de lo contrario incumbe al deudor. Si se trata de una obligación de no hacer, como el acreedor alega que se ha llevado a cabo algo de que debía abstenerse el obligado, o sea, como se trata de un hecho positivo, a él, al acreedor, le corresponde la prueba.

Probado el incumplimiento nace la responsabilidad por daños y perjuicios contra el deudor. Este para librarse de ella, debe acreditar que el incumplimiento ha provenido de causa que le es imputable; es decir, de caso fortuito o fuerza mayor.

Tal lo que dispone el art. 1326, el cual por lo demás, sólo habla del supuesto de obligación consistente en entrega de cosa; siendo así que la regla que contiene se aplica a todas las obligaciones en general.

Acreditado el incumplimiento, se presume la responsabilidad del deudor por culpa y no por dolo. Este último supone una situación de mucha mayor gravedad contra el obligado, como que hace intervenir un factor intencional, la mala fé, el cual por su propio carácter no puede ser presupuesto. La prueba del dolo no es necesaria, desde luego, para establecer la responsabilidad del deudor por su incumplimiento, puesto que ella se produce simplemente desde que el último se halla acreditado; resultando entonces presumida tal responsabilidad del obligado, por culpa. Pero para el efecto de la extensión de los daños y perjuicios a resarcir, la prueba del dolo resultará útil al acreedor, abarcando tal resarcimiento los daños imprevistos o imprevisibles.

Acreditado el incumplimiento de la obligación y no demostrado por el deudor que aquel se ha debido a caso fortuito, sobreviene la obligación de pagar daños y perjuicios. Pero tal obligación es, por decirlo así, genérica. La existencia misma de los daños y perjuicios que puede haber sufrido el acreedor y el monto de ellos, deben ser aprobados por él mismo. En otros términos, siguiendo a Giorgi, la responsabilidad declarada contra el deudor le impone el resarcimiento del daño común o *in genere*,

pero queda a cargo del acreedor la prueba del daño propio o *in especie*.

Art. 1327.—“El deudor que se libera de responsabilidad por pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubieren quedado relativos a ella”.

Referencias: Digesto, L 9, 1 y s. de Reivindicazione, Código francés, art. 1303; italiano, 1299; peruano, 2276; español, 1166; alemán, 281, polaco, 281.

Producido el caso fortuito y liberado el deudor, “al acreedor pertenece solamente el derecho de pretender las ventajas ocasionales derivadas del caso, que ha hecho imposible la obligación; ya que debiendo sufrir el daño, por justa compensación tiene el derecho de percibir también lo beneficioso, si lo hay” (Giorgi).

De ahí el llamado principio de subrogación, a que se contrae el art. 1327. El Código de Napoleón, siguiendo las indicaciones de Pothier, consagró la regla en su art. 1303. Los comentaristas franceses han reparado en que ella tenía utilidad dentro del sistema del derecho romano, que sólo hacía adquirir el dominio con la tradición de la cosa; pero no dentro del implantado por el Código de Napoleón, para el cual basta el consentimiento de las partes. La utilidad se manifestará en la muy rara hipótesis de que el vendedor de la cosa por una cláusula se haya reservado su propiedad hasta su tradición, o cuando la acción a ejercitar con respecto a la cosa haya nacido en la persona del trasmitente y no del adquiriente.

Dentro del Código nacional la regla del art. 1327 tiene aplicabilidad mayor que dentro del Código francés, por el régimen implantado respecto a la adquisición de derechos reales tratándose de cosas muebles, al hacer que ella se perfeccione recién con la tradición.

Es obvio, de otro lado, que en caso de pérdida fortuita el pretensor tiene derecho a los restos que quedaren de la cosa y

aun, en principio, a sus accesorios. Como lo indica Pothier, lo mismo que *neum est quod ex re mea superest*, así *mihi debetur quod ex re mihi debita superest*.

El alcance del principio no puede ser restrictivo. "Por indemnización en el sentido del art. 281 —escribe Enneccerus— no se ha de entender únicamente la indemnización de daños (de otro modo estarían excluidas las cantidades debidas por el asegurador), sino todo aquello que el deudor adquiere en lugar del objeto debido (como indemnización, como sustituto o subrogado del mismo) por consecuencia de la circunstancia que imposibilita la prestación; tal es también el valor en cambio obtenido por permuta o venta. A favor de esto se pronuncia también la equidad, pues cuando el heredero, por ignorancia excusable del legado, vende en condiciones especialmente favorables la cosa que me ha sido legada, no hay razón para que las ventajas sean a su favor y los daños en detrimento mío. Sería contrario a la buena fé que la conducta del deudor, que ha determinado la imposibilidad de la prestación, pudiera aquel utilizarla, por un lado, para liberarse y, por otro, para conservar la ganancia así obtenida. Mas también el texto literal exige esta interpretación. Desde el punto de vista económico el contrato de enajenación y la enajenación forman un solo todo; por tanto, no cabe deducir que la imposibilidad haya sobrevenido por consecuencia de la enajenación y que, en cambio, la adquisición del valor en cambio se haya producido como consecuencia de la venta (contrato de obligación). Antes bien, la imposibilidad ha sobrevenido también por consecuencia de la venta, porque esta conducía a la enajenación, y lo mismo ha de decirse cuando el precio fuese pagado al vendedor antes de la enajenación, pues la expresión *por consecuencia* no hay que referirla en este caso a la relación temporal, sino al enlace causal".

Pero hay algo más que considerar, que escapa a la previsión del número 1327: la compensación de ventajas en caso de pago de la reparación por infracción imputable al deudor. Tal compensación se justifica, pues la regla ha merecido un precepto expreso del B. G. B. Staudinger, escribe: "Ya el derecho romano estableció la siguiente norma general: en el supuesto de que por la misma causa se haya producido, de un lado, una par-

cial o completa imposibilidad de la obligación debida y, de otro lado, se haya obtenido un *comodum*, corresponde reclamar por concepto del último a aquel que en virtud de aquella soporte el riesgo y el peligro: *comodum ejus esse debet, cujus periculum est*.

Si de otro modo, si no funcionase la *compensatio lucri cum danno*, el acreedor obtendría un enriquecimiento indebido: la reparación sin rebaja cubriría todo el daño padecido, y siempre tendría en su favor la ventaja resultante de los despojos, restos, o ganancias provenientes del hecho del incumplimiento. Lo que si es menester, es que la ventaja se produzca como consecuencia misma del hecho de que responde el deudor: ha de haber aquí también una relación de causalidad adecuada entre uno y otro hecho. Una ventaja que venga a obtener el acreedor por circunstancia eventual, no puede tomarse en cuenta, para la rebaja del daño; por ejemplo si A), depositario de una cosa de B), pierda ésta; pero B) obtiene por hallazgo o por cualquier otra causa independiente una cosa análoga; esto no es obstáculo para que A) pague el valor de la cosa depositada a B).

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

El Código pone en igual pie de condiciones el caso fortuito y la fuerza mayor (art. 1326). Sus efectos son idénticos: la liberación del deudor. Demolombe señalaba, empero, esta diferencia que se vinculaba al origen de la imposibilidad, pero no al efecto que tenía lugar: la fuerza mayor revela, sobre todo, la idea de un accidente de la naturaleza (inundación, terremoto, tempestad, enfermedad, muerte), en tanto que el caso fortuito expresa, más bien, la idea de un hecho del hombre (guerra, ataque de tercero, invasión enemiga, mandato del Príncipe). Esta concepción, como algunas otras que se han ensayado para distinguir ambos términos, no han sido prósperas: han revelado un simple esfuerzo dialéctico para distinguir por caracteres accidentales o arbitrarios, dos nociones que esencialmente representan lo mismo. Como apunta Bonneccase, en el estudio que hace del punto, compulsando las diferentes opiniones, es evidente que "a pesar de la autoridad de los sostenedores, la tesis de la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor parece estar en declinación.... Los más modernos autores de trabajos espe-

ciales sobre la materia la rechazan notoriamente en base a los textos del *Code Civil* y a la jurisprudencia. Están en la razón”.

Ambos, el caso fortuito y la fuerza mayor, se identifican ante los ojos del derecho por el carácter que les es propio: liberar al sujeto pasivo de la obligación, por la ausencia de la culpa en él mismo. Esto entraña reputar como que significan lo mismo el caso fortuito y la fuerza mayor. No nos sentimos inclinados a sufragar por la opinión que erige entre una y otra cosa una distinción; la cual no ha escapado a Radounat quien apenas consiente en una distinción sin relevancia, de interés procesal a lo sumo, en cuanto a la irresponsabilidad se puede demostrar en una forma de negativa, indirecta —la ausencia de falta— o en su forma pasiva, directa —la producción de un caso fortuito o de fuerza mayor. Fuera de esto, no hay punto de divergencia entre una y otra noción. No hay tercer término, intermedio entre la culpa y el caso. Porque el incumplimiento se produce por negligencia o imprudencia (o por mi dolo), o por una causa extraña a mi voluntad y a mi cuidado. No hay un *Deux et machina* que genere un hecho que en si no se deba a la voluntad del deudor ni a una causa extraña a esa voluntad.

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.
