

Dr. Juan Larrea Holguín

DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

ACTUALIZADO

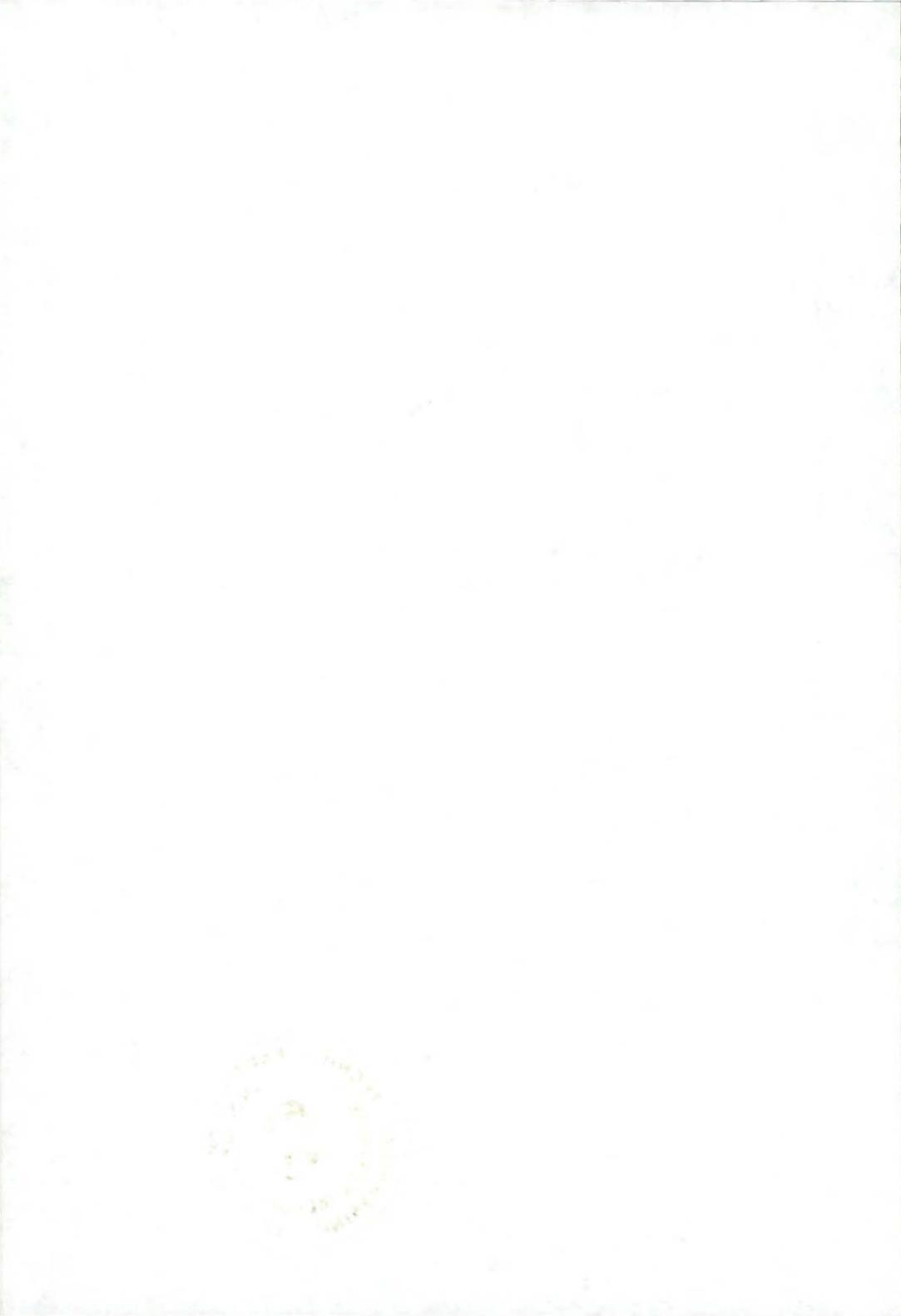
por: Abg. Eduardo Puente León

VOLUMEN XI:

Las Obligaciones







JUAN LARREA HOLGUÍN

Ex Catedrático de la Universidad Central y de la
Universidad Católica del Ecuador

**DERECHO CIVIL
DEL ECUADOR**

VOLUMEN XI

LAS OBLIGACIONES

**CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES
QUITO - 2013**

**DERECHO CIVIL DEL ECUADOR
Volumen XI**

Actualizado por:
Ab. Eduardo Puente

Titular:
Corporación de Estudios y Publicaciones
Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama. Quito, Ecuador

Derecho de Autor No. 020851; 15-dic-2004
Depósito Legal No. 002825; 15-dic-2004
ISBN No. 978-9942-10-228-7; 11-dic-2014
Edición: Tercera

Impresión:
Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Quito, 2013

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial, así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

“DERECHO CIVIL DEL ECUADOR” ACTUALIZADO

El “Derecho Civil del Ecuador”, obra magna de Monseñor Juan Larrea Holguín, constituye, a no dudarlo, el más profundo y extenso estudio de las normas jurídicas que gobiernan la vida de los hombres en sociedad, llevado a cabo en nuestro país. Es una obra de gran madurez legal, histórica, social y humana cuyo equilibrio de juicio es propio de un excepcional escritor y estudioso del derecho, razón por la que, y aunque se corre el riesgo de no conservar intacta o perder en algo su fidelidad doctrinal, es imprescindible actualizarla para bien de todos los ecuatorianos y especialmente de los profesionales del derecho que anhelan que la utilidad de la misma conserve el valor que siempre tuvo.

Monseñor Juan Larrea Holguín, en esta obra, refleja con claridad los principios inmutables de nuestra tradición cristiana y, los ingentes esfuerzos que realizó para mantener la consonancia de su Proyecto de Ley, que debía discutir y aprobar el Congreso Nacional, con el espíritu, las costumbres y las aspiraciones del pueblo ecuatoriano.

A pesar de todo, su labor realizada con tanto esmero, fue apresuradamente examinada, discutida y modificada por la Legislatura, con lo que se impidió de cierta forma, lamentablemente, la armonía y el concierto que constituían caracteres primordiales de la misma; y, luego, en razón de los criterios disímiles existentes y sobre todo, el hecho de que no todos los legisladores tenían conciencia de que la esencia de la verdad y del bien no puede cambiar a capricho del hombre, pues ésta siempre es la misma y por tanto inmutable, como la propia naturaleza de las cosas; se alteraron muchos de los sólidos principios desarrollados por su autor, que conciliaban perfectamente con la ley natural, aún cuando, naturalmente, en sus aspectos accidentales la legislación deba mudar por el progreso de la civilización, las transformaciones de las condiciones económicas y sociales, los descubrimientos científicos y su incidencia en la vida de la sociedad.

A lo largo de su obra, el insigne autor da a conocer las dificultades y pormenores que implicaron la promulgación del Código Civil de 1970, y como dijimos, realiza un profundo estudio de la legislación ecuatoriana reguladora de las relaciones humanas, relativas en particular a las personas, a los bienes, a las relaciones sucesorias por causa de muerte y las donaciones entre vivos y, las obligaciones en general y contractuales.

En este afán, con su actividad incansable, siempre prudente y de gran criterio, logró que se respete, en el proyecto de reformas en mención, la mayoría de las reivindicaciones del derecho natural, sólida base de todo derecho y todo deber. En su obra, Monseñor Juan Larrea Holguín, con su estilo sereno, claro y una lógica irrefutable, comenta sobre muchas de las reformas pasadas hasta esa época, del Código Civil, caracterizadas por la falta absoluta de consenso, como por sus precipitaciones, especialmente aquellas producidas en tiempos de dictadura. Revela las propuestas que él formuló para modificar al Código Civil entonces vigente y, cuáles fueron aceptadas, como aquéllas que sufrieron cambios o no se acogieron, y los fundamentos tanto de sus iniciativas como de los argumentos que esgrimieron los legisladores para imponer sus tesis.

Podemos apreciar así, que esta obra: “Derecho Civil del Ecuador”, constituye además de un ejundioso estudio, un documento histórico invaluable pues contiene la génesis de muchas instituciones jurídicas de la legislación ecuatoriana, que él estableció o modificó con una coherencia inquebrantable, por lo que merece ser actualizada, no en la estructura y esencia jurídica original, sino en conformidad con la numeración de los artículos ahora vigentes y que enuncian cada una de las normas que configuran el Código Civil actual, por su enorme utilidad práctica e institucional al momento presente y en atención al reclamo generalizado porque se realice esta actualización.

De esta tarea se han encargado ilustres letrados ecuatorianos que respondieron favorablemente al pedido de la Corporación de Estudios y Publicaciones, como un testimonio de su reconocimiento a la obra del más connotado civilista ecuatoriano. A los autores agradecemos por su colaboración, y por su noble esfuerzo, que ha hecho posible esta nueva edición; ellos son profesionales dignos, como digno es el trabajo que asumieron, a cuya ciencia y experiencia rendimos homenaje.

Departamento Jurídico Editorial
Corporación de Estudios y Publicaciones

MONSEÑOR JUAN LARREA HOLGUÍN

El domingo 27 de agosto del 2006 fallecía en Quito el Arzobispo emérito de Guayaquil, Monseñor Juan Larrea Holguín. Nacido en 1927 en Buenos Aires (Argentina), donde su padre era Embajador del Ecuador; Monseñor Larrea realizó a lo largo de su vida una inmensa tarea de servicio a nuestro país, como destacado hombre de Derecho y como pastor de almas en la Iglesia Católica. A su muerte, el país entero saludó la partida a la eternidad de un hombre cabal, de un ecuatoriano lleno de amor a su patria y de un cristiano fallecido con verdadera fama de santidad.

Abogado y jurista

Monseñor Juan Larrea Holguín inició sus estudios universitarios en Quito, en 1946, como alumno fundador de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue el segundo alumno matriculado en la Facultad de Jurisprudencia, la primera de la Universidad, que abrió sus puertas en octubre de 1946.

Dos años después prosiguió sus estudios de Derecho en la Universidad de “La Sapienza” de Roma, pues su padre fue nombrado Embajador del Ecuador ante la Santa Sede. En 1952 obtuvo en Roma el Doctorado en Derecho con la máxima calificación. Su tesis -redactada en italiano- versaba acerca de la institución matrimonial en el derecho comparado. Paralelamente había cursado estudios de Derecho Canónico en el “Angelicum” –universidad eclesiástica de Roma- y por las mismas fechas obtuvo el Doctorado en esta disciplina con una tesis - redactada en latín y aprobada también con la máxima calificación- acerca del Modus Vivendi vigente entre la República del Ecuador y la Santa Sede.

Habiendo regresado al Ecuador en 1952, obtuvo al año siguiente, esto es en 1953 – con la máxima calificación- el Doctorado en Jurisprudencia y el título de Abogado de los Tribunales de la República por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Aquel fue el primer examen de grado doctoral en esa casa de estudios superiores.

Además, Juan Larrea fue el primer ex alumno en asumir una cátedra en la Universidad Católica del Ecuador, la de Derecho Civil, que mantuvo por 22 años. Posteriormente fue catedrático de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, que le confirió un Doctorado

Honoris Causa en 1994. También impartió clases, durante diez años, en el Instituto de Altos Estudios Nacionales y en la Academia Diplomática.

Ejerció su profesión desde 1952 hasta su ordenación sacerdotal en 1962. Fue abogado del Instituto de Seguridad Social, y en uno de los mejores despachos jurídicos de esa época. Fue vicepresidente del tribunal Supremo Electoral. Escribió numerosos libros de Derecho, llegando a ser el más prolífico tratadista de la ciencia jurídica en el Ecuador. Entre sus obras destacan “Derecho Civil del Ecuador”, obra en XV tomos; el “Repertorio de Jurisprudencia” (cincuenta volúmenes), “Derecho Constitucional” (dos tomos); “Derecho Internacional Privado”, “Bibliografía Jurídica en el Ecuador” y su última obra, la “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana”, proyectada para veinticinco tomos, de los cuales redactó doce antes de su muerte.

Miembro durante años del Consejo Consultivo de Relaciones Exteriores. Encargado por diferentes Presidentes de la República, viajó varias veces al Vaticano para exponer a sus más altas autoridades la postura del Ecuador en relación al conflicto fronterizo de aquel entonces.

Académico de número de la Academia Nacional de la Lengua. También fue miembro de la Academia Nacional de la Historia. Y miembro de la Academia de Historia Eclesiástica. Premio Nacional Eugenio Espejo en el año 1999. Condecorado con Gran Cruz de la Orden Nacional al Mérito, con la Placa de Oro de Honorato Vázquez, y con la Gran Cruz de San Lorenzo.

COMENTARIO INICIAL

La presente actualización del Volumen XI del Derecho Civil del Ecuador, elaborado por el Dr. Juan Larrea Holguín y el Ab. Rodrigo Merino Barros, es un compendio del original, parte de la magna obra de Derecho Civil de Monseñor Juan Larrea, que versa sobre las obligaciones.

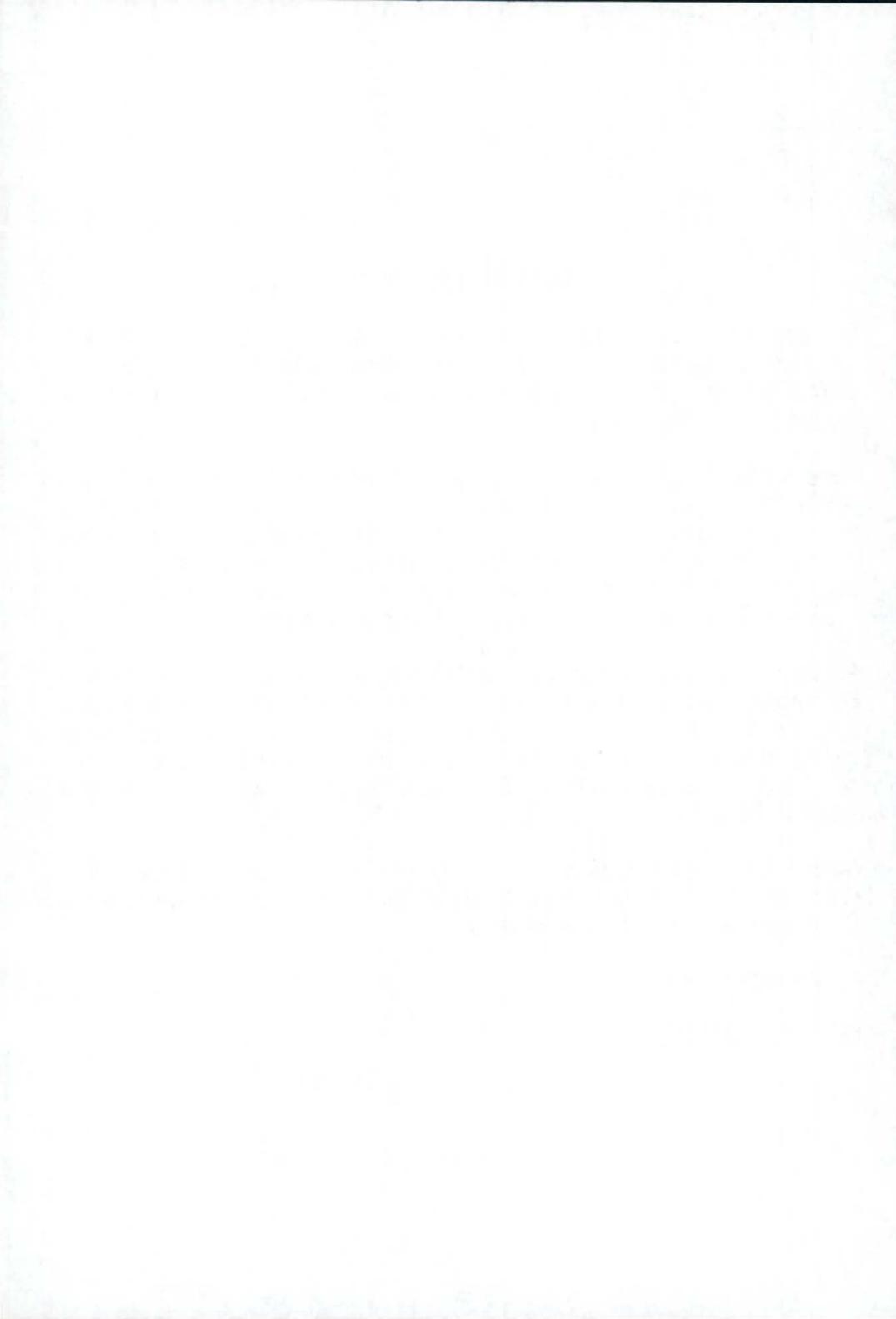
Tiene por objeto este compendio, ayudar a los estudiantes de Derecho en sus labores académicas y a los profesionales facilitarles la consulta expedita de las normas jurídicas que rigen la institución de las obligaciones en general y de los contratos, dada la enorme importancia de profundizar sobre las relaciones jurídicas que vinculan a las personas, en razón de los compromisos que adquieren, tan usuales en la vida diaria y que merecen la protección del derecho positivo.

Por tratarse de un compendio se ha mantenido todo lo que es doctrina y suprimido las concordancias, las referencias a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional; las notas especiales, las citas de autores, y todo aquello que ha parecido propio de estudios más profundos, para dejar así lo más esencial, que imprescindiblemente debe dominar un estudiante universitario, como un profesional del Derecho.

Naturalmente, se ha actualizado la numeración del articulado y se ha tenido en cuenta las reformas legales formuladas en los últimos años, y en particular la nueva Constitución de la República del Ecuador.

Ab. Eduardo Puente

Quito, Mayo de 2013



ÍNDICE
DERECHO CIVIL DEL ECUADOR
VOLUMEN XI
LAS OBLIGACIONES

TÍTULO I.	DEFINICIONES	1
	OBLIGACIÓN	1
	CONTRATO	3
	CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS	5
	CONTRATOS GRATUITOS Y ONEROSOS	6
	CONTRATOS COMUTATIVOS Y ALEATORIOS	8
	CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS	9
	CONTRATOS REALES, SOLEMNES Y CONSENSUALES	10
	ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS	12
TÍTULO II.	DE LOS ACTOS Y DECLARACIONES DE VOLUNTAD	15
	REQUISITOS GENERALES DE LOS ACTOS O DECLARA-CIONES	15
	PERSONAS CAPACES	17
	LOS INCAPACES	18
	EFFECTO NORMAL DE LA REPRESENTACIÓN	19
	AGENTE OFICIOSO	20
	VICIOS DE CONSENTIMIENTO.-	36
	1. EL ERROR	
	VICIOS DE CONSENTIMIENTO.	41
	2. FUERZA, VIOLENCIA, TEMOR	
	VICIOS DE CONSENTIMIENTO.-	46
	3. EL DOLO, ENGAÑO, FRAUDE	
	OBJETO DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD	48
	CAUSA ILÍCITA	59
TÍTULO III.	DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y DE LAS MERAMENTE NATURALES	67
	OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES	67

TÍTULO IV.	DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES	73
	OBLIGACIONES CONDICIONALES	73
TÍTULO V.	DE LAS OBLIGACIONES A PLAZO	81
TÍTULO VI.	DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS	87
TÍTULO VII.	OBLIGACIONES FACULTATIVAS	93
TÍTULO VIII.	DE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO	95
	OBLIGACIONES DE DINERO	99
TÍTULO IX.	DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS	105
TÍTULO X.	DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES	113
TÍTULO XI.	DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL	119
TÍTULO XII.	DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES	125
TÍTULO XIII.	DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS	155
TÍTULO XIV.	DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES Y PRIMERAMENTE DE LA SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO	165
	Parágrafo 1o. Del pago efectivo en general	167
	Parágrafo 2o. Por quién puede hacerse el pago	173
	Parágrafo 3o. A quién debe hacerse el pago	176
	Parágrafo 4o. Dónde debe hacerse el pago	181
	Parágrafo 5o. Cómo debe hacerse el pago	183
	Parágrafo 6o. De la imputación del pago	185
	Parágrafo 7o. Del pago por consignación	187
	Parágrafo 8o. Del pago con subrogación	192
	Parágrafo 9o. Del pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva	200
	Parágrafo 10o. Del pago con beneficio de competencia	209
TÍTULO XV.	DE LA NOVACIÓN	213
TÍTULO XVI.	DE LA REMISIÓN	229

TÍTULO XVII. DE LA COMPENSACIÓN	233
TÍTULO XVIII. DE LA CONFUSIÓN	239
TÍTULO XIX. DE LA PÉRDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE	243
TÍTULO XX. DE LA NULIDAD Y LA RESCISIÓN	251
TÍTULO XXI. DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES	275
BIBLIOGRAFÍA	295



LIBRO IV DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS

TÍTULO I

DEFINICIONES

OBLIGACIÓN

1. Vínculo jurídico por el cual una persona debe dar, hacer o no hacer alguna cosa, con respecto a otra persona que puede exigir tal prestación positiva o negativa. El obligado se llama deudor; y quien puede exigir la obligación es el acreedor.

A diferencia de los derechos reales, que se exigen a cualquier persona, que deben ser respetados por todos los demás, las obligaciones consisten en una relación jurídica entre dos o más personas concretas, cuyas situaciones relativas son las de deudor y acreedor.

2. Las obligaciones jurídicas se desarrollan en los diversos campos del derecho y adquieren unas características peculiares según las diversas ramas a las que se aplican; así tenemos obligaciones civiles, comerciales, laborales, etc. Nos referiremos solamente a las primeras, sin dejar de hacer incidentales referencias a las otras.

3. Adquiere especial importancia el estudio de las fuentes u origen de las obligaciones; sus clasificaciones; los elementos constitutivos; los efectos y los modos de extinguirse. Veamos lo que establece el Código Civil.

"Art. 1453.- [Fuentes de las obligaciones].- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

Como vemos, el Código Civil no da directamente una definición de **obligación**, pero emplea este término en sentido unívoco, más o menos amplio.

En sentido amplio, ético o moral, **obligación** es todo deber, lo que la conciencia impera que se debe cumplir.

Toda ley obliga, implica un nexo que vincula, impone algo que se debe hacer o dejar de hacer. La ley moral obliga moralmente y las leyes jurídicas imponen este deber dentro de la convivencia social, con alguna forma de coerción. La sanción que establece el derecho hace exigibles las obligaciones y las personas pueden acudir a la autoridad para hacer respetar sus derechos, mediante el cumplimiento de quienes están obligados.

En el derecho privado se emplea el concepto de obligación en sentido más estricto, como un vínculo jurídico entre dos o más personas. Quien debe cumplir el deber es el obligado o deudor; y quien puede exigir ese cumplimiento es el acreedor o beneficiario, el titular de un derecho.

Al acreedor le protege el sistema jurídico con acciones y excepciones. El titular del derecho, acreedor, puede exigir judicialmente que se respete su pretensión, esto se ejerce mediante una acción. Así mismo, el sujeto activo del derecho, si no se le reconoce éste, y otra persona pretende exigirle lo que no debe, tiene una excepción. Es decir, que la excepción sirve para defenderse en juicio contra una exigencia de otro, para destruir la pretensión del actor, que el demandado considera injusta. Quien piensa que no está obligado, y es demandado por una obligación, se defiende con una excepción.

Sin embargo, solamente se concede acción y excepción, en las obligaciones civiles, mientras que las meramente naturales, no dan derecho a ejercer una acción, sino únicamente a defenderse mediante una excepción.

Mientras que los derechos reales se pueden exigir frente a cualquier persona, las obligaciones solamente se exigen al deudor, son derechos personales. El artículo 596 define así estos derechos personales u obligaciones: Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse a ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las obligaciones personales.

CONTRATO

"Art. 1454.- [Definición de contrato].- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

Las fuentes generalmente reconocidas de las obligaciones son: los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. El Código Civil trata primariamente de los contratos y después de las otras fuentes, a las que se aplican la mayor parte de las normas de los contrato, por esto, se define en el artículo 1454 esta primera fuente, la más común, de las obligaciones.

La definición parece equiparar el contrato a la **convención**, pero en realidad, las convenciones suponen un acuerdo entre varias partes sobre algún objeto jurídico, sin que necesariamente surjan obligaciones. Una convención, puede, por ejemplo, aprobar un inventario o describir y una situación de hecho, sin que propiamente se cree una obligación.

Cuando el acuerdo entre dos o más partes origina una o más obligaciones, entonces hay un contrato.

Los contratos pueden referirse a las más variadas materias jurídicas, desde asuntos de derecho público hasta las diversas ramas del derecho privado, como lo son las civiles, las comerciales, y -según algunos-, las laborales.

Los contratos con entidades públicas se sujetan a especiales reglas, algunas de ellas propias del Derecho Constitucional o del Administrativo propiamente dicho; en otros aspectos siguen las disposiciones del Derecho Civil, que principalmente regula las relaciones de Derecho Privado, entre particulares.

La Constitución de la República enumera entre los derechos de libertad, "El derecho a la libertad de contratación", Art. 66 numeral 16. La ley civil, señala los requisitos esenciales de los contratos, que suponen: **Capacidad** jurídica de los contratantes, **objeto y causa lícitos**, expresión del consentimiento sin vicios que lo anulen y, en el caso de especiales contratos, llamados solemnes, el uso de ciertas **formalidades** prescritas por la ley. Los contratos llamados "reales", implican, además, la entrega de una cosa: esta tradición o entrega ha de ser de la posesión o la misma propiedad.

La Constitución misma contiene alguna limitación a esta **libertad contractual**, como sucede con el artículo 326 N° 2, que declara "Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario".

Los contratos entre particulares tienen como base la igualdad de las partes ante la ley; en cambio, cuando uno o más ciudadanos o personas jurídicas de derecho privado celebran un contrato con el Estado o un ente público, hay una evidente disparidad de situaciones, por lo cual la ley considera especiales a los "**contratos administrativos**". Éstos pueden ser preparados por la entidad pública, mediante leyes, reglamentos, ordenanzas, bases de licitación u otras normas que no son modificadas por la parte privada, sino que se han de considerar incorporadas al contrato. Así se establece en el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la función Ejecutiva. En este artículo se da también una definición de los contratos administrativos, diciendo que son "Todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa". No parece muy exacta esta definición, porque podría englobar más de lo que se quiere definir, como es el caso de actos administrativos que impliquen una convención, sin crear propiamente derechos u obligaciones. Un simple recibo o nota de cancelación entraría en la mencionada definición, ya que hay una acción administrativa que produce ciertos efectos jurídicos, en el ejemplo, extintivos.

Los contratos individuales **de trabajo**, definidos en el artículo 8 del Código Laboral, están especialmente protegidos por la ley, puesto que en ellos no se puede disminuir las garantías reconocidas a los trabajadores, y se da un amplio campo de aplicación a la costumbres (para la determinación del salario, si no lo han hecho expresamente las partes); estos contratos deben, además encuadrarse en las disposiciones de los contratos colectivos de trabajo, si los hay respecto de la rama de trabajo de que se trate. Otra peculiaridad, consiste en la concesión de una capacidad excepcional para celebrar contratos individuales de trabajo a los menores, quienes pueden hacerlo, desde la edad de quince años (Art. 35).

Más originales aún, son los **contratos colectivos de trabajo**, (Art. 220 del Código del Trabajo), ya que se celebran entre uno o más empleadores y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, los contratos individuales de trabajo. Estos contratos colectivos amparan a todos los trabajadores, aunque no estuvieren afiliados a la asociación que los suscribie-

ron (Resolución de la Corte Suprema, de 8 de marzo de 1990: RO 6 de abril de 1990).

Las condiciones del contrato colectivo se entenderán incorporadas a los contratos individuales celebrados entre el empleador o los empleadores y los trabajadores que intervienen en el colectivo. (Art. 244 del Código del Trabajo)

Los contratos **de comercio** se caracterizan por una mayor facilidad para su prueba y un agravamiento de la responsabilidad de los comerciantes; pueden obligar como contratos civiles a la parte civil y como mercantiles a la parte que sea comerciante; también hay peculiares normas sobre la capacidad. Además de los contratos civiles ordinarios, que pueden someterse también a las normas mercantiles, hay algunos contratos que son propios de esta rama del derecho, principalmente los que se refieren al comercio marítimo, a transportes y a seguros. Las normas sobre las compañías de comercio han llegado a tener tal desarrollo que, actualmente se regulan por una ley especial y se consideran como sometidas a una específica rama del derecho: el derecho societario.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

"Art. 1455.- [Contratos unilaterales y bilaterales].- El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

Los contratos se suelen clasificar de diversas maneras, según el criterio que establezca las diferencias. Primeramente considera el Código, en el artículo 1455, si existe una sola parte que se obliga y si hay dos partes que recíprocamente contraen vínculos jurídicos; en el primer caso, tenemos un contrato **unilateral**, y en el segundo, un contrato **bilateral**. Se llama "**sinalagmático**", aquél en el cual las obligaciones de una parte, son la causa de las obligaciones de la otra, de suerte que se interrelacionan y dependen mutuamente.

Ejemplo de contrato unilateral es la donación o la promesa de donación, siempre que no se imponga ninguna carga al donatario: solamente el que hace o promete hacer la liberalidad es quien contrae obligaciones.

El caso más claro de contrato bilateral es el de la compraventa, en el que las obligaciones del vendedor se corresponden con las del comprador.

La peculiaridad principal de los contratos bilaterales consiste en que, dada la reciprocidad de la causa jurídica que mueve a cada parte, en el caso de que una de las dos partes cumpla y la otra no cumpla sus obligaciones, el que ha cumplido puede pedir, a su arbitrio, o el **cumplimiento del contrato o su resolución**, exigiendo, si hay lugar a ello, la **indemnización** de perjuicios. A este propósito, el artículo 1505 declara que "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado". Esta condición resolutoria tácita, puede pactarse también de modo expreso, con la consecuencia de que, si existe este pacto expreso, la resolución se produce ipso iure. Para reclamar por la mora de la otra parte, el reclamante debe haber cumplido su obligación o asegurar que la cumplirá de inmediato. (Art. 1568).

Los contratos, además de unilaterales y bilaterales, pueden ser plurilaterales: cuando son más de dos las partes que contraen obligaciones o adquieren derechos. No se refiere la ley al número de sujetos (personas naturales o personas jurídicas), sino al de "partes", es decir, situaciones que se toman en la relación contractual; así, una parte puede estar constituida por más de una persona, y solamente hay contrato plurilateral si hay más de dos partes, sin que sea suficiente el que hayan intervenido muchas personas. Por ejemplo, si varios condueños proceden a vender una casa y también son muchos los compradores, el contrato no es plurilateral, sino bilateral, porque hay sólo dos partes: la vendedora (aunque sean varios los que venden), y la compradora (que así mismo puede estar integrada por diversos individuos o colectividades). En cambio, es típico ejemplo de contrato plurilateral el de sociedad, en la que puede haber múltiples partes contratantes, que asuman obligaciones específicas.

De manera análoga a los contratos, los tratados internacionales pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales. En la actual Constitución, Art. 425, que trata sobre el orden jerárquico de las leyes, los tratados internacionales están en el segundo orden jerárquico, salvo los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Carta Magna, que prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Art. 424 Constitución de la República)

CONTRATOS GRATUITOS Y ONEROSOS

"**Art. 1456.- [Contratos gratuitos y onerosos].-** El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, su-

friendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Una cosa es que sólo una parte de un contrato se obligue, y otra cuestión distinta, es que sólo una parte se beneficie o reporte alguna utilidad de dicho contrato. El primer criterio, determina que el contrato sea unilateral (hay una sola parte que contrae obligaciones), y el segundo criterio hace que un contrato se califique de **gratuito**: una parte solamente está llamada a tener una ventaja, un enriquecimiento, o recibir un servicio o un bien sin costo suyo. Hay, pues, contrato gratuito, cuando se destina a mejorar la situación de una de las partes, sin una ventaja para la otra parte. El ejemplo típico del contrato gratuito es la donación: toda la utilidad corresponde al donatario, mientras que el donante se empobrece.

Por el contrario, cuando ambas partes sacan alguna utilidad del cumplimiento del contrato, entonces éste es **oneroso**: a cada una le cuesta algo el recibir su provecho. Ejemplo especialmente claro es el de la compraventa: el vendedor recibe un precio y el comprador adquiere una cosa: cada uno obtiene un provecho o ganancia.

Generalmente depende de la voluntad de las partes el dar a un contrato el carácter de oneroso o de gratuito, por ejemplo, el mandato es por regla ordinaria un contrato gratuito, que beneficia exclusivamente al comitente, pero bien se puede establecer que el mandatario reciba una remuneración y, entonces se convierte en oneroso. Sin embargo, algunos contratos son esencialmente gratuitos u onerosos, como los dos señalados en los ejemplos más arriba; en tales casos, se desvirtúa el contrato o deriva en otro diferente, si se pacta que sea oneroso el que esencialmente es gratuito, o, viceversa, si el convenio de las partes convierte en gratuito al que está llamado a ser oneroso, por ejemplo si en una compraventa se determina que no ha de pagar ningún precio el comprador, ya no existe un contrato de compraventa sino otro contrato diverso, por ejemplo, de donación.

Si solamente pertenece a la **naturaleza**, pero no a la esencia del contrato, su cualidad de oneroso o gratuito, entonces sí pueden las partes alterar esta disposición, como sucede, por ejemplo, con los contratos de uso o explotación de obras del ingenio, que según el artículo 44 de la Ley de Régimen de Propiedad Intelectual han de ser contratos onerosos, pero nada impide que el artista o titular de esos derechos pueda cederlos gratuitamente, si así lo estipula expresamente.

Si las partes no han precisado el valor de una prestación, ésta puede ser señalada por la costumbre, la ley u otras disposiciones como las de los contratos colectivos. Para los contratos individuales de trabajo esta es la norma: que el sueldo o salario se fijan por el convenio de las partes, la costumbre, la ley o los contratos colectivos (Art. 8 del Código del Trabajo). También hay casos en que se deja al juez o a un tercero, el determinar el monto de la contraprestación, y se tiene entonces contratos onerosos, aunque la cuantía de la obligación de una de las partes permanezca menos determinada inicialmente; de todas maneras, se ha de mantener una proporción entre lo dado y lo recibido, entre la acreencia y la deuda, por exigencias de la equidad.

CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

"Art. 1457.- [Contratos conmutativos y aleatorios].- El contrato oneroso es comutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

La relación que establecen los contratos comutativos ha merecido diversas denominaciones. Los hermanos Mazeaud hablan de "interdependencia"; Quintanilla dice "reciprocidad", Capitant prefiere remitirse a la teoría de la "causa", muchos emplean el término "sinalagmático". En estas diversas denominaciones se expresa el mismo pensamiento: que la **obligación de una parte origina la obligación de la otra parte**; que se establece un vínculo en el que cada uno queda obligado por lo que la contraparte a su vez le debe. Así sucede en un contrato de construcción, en el que el constructor se obliga a edificar una casa, y el otro contratante contrae la obligación de pagar una suma de dinero: las dos obligaciones son interdependientes, recíprocas, correlativas, de suerte que la una es causa de la otra y en esto consiste el carácter sinalagmático.

Cuando la obligación de una de las partes depende de un **hecho incierto**, el contrato es **aleatorio**. Es decir, que mientras una de las partes ha de cumplir necesariamente su obligación, la otra solamente deberá hacerlo si sobreviene el álea, el azar, la contingencia que podía suceder o no suceder. En una rifa, el que paga o se obliga a pagar para intervenir en ella ciertamente ha de cumplir su obligación; en tanto que la otra parte, solamente deberá entregar la cosa sorteada, si la suerte favorece a tal o cual individuo: hay una incertidumbre, que se

despejará al llegar o no llegar el evento del que depende la ganancia de la cosa rifada.

El Código Civil en su Art. 2163 menciona cinco principales contratos aleatorios, aunque los dos primeros son propios del Derecho Mercantil: 1. El contrato de seguro; 2. El préstamo a la gruesa ventura; 3. El juego; 4. La apuesta; y, 5. La constitución de renta vitalicia.

CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

"Art. 1458.- [Contratos principales y accesorios].- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella".

Señala el Código la categoría más común de los contratos accesorios, que consiste en la de **asegurar** una obligación principal: son las garantías o medios cautelares. Pero caben también otros contratos accesorios que no sean propiamente de caución o aseguramiento de una obligación principal; ellos pueden aclarar, interpretar o completar al contrato principal, creando realmente nuevas obligaciones, pero de orden secundario, subordinadas a la principal; por ejemplo, si en un contrato de depósito nada se ha establecido sobre gastos que deba hacer el depositario o sobre su eventual remuneración, y un contrato anexo al principal precisara estos extremos.

A los contratos accesorios se aplica el aforismo de que "lo accesorio sigue a lo principal"; de modo, que la extinción del principal trae consigo la terminación del accesorio. En cambio, garantías o fianzas dadas por un tercero, no se pueden acrecentar o serle más gravosas, sin el consentimiento de tal tercero.

En las obligaciones garantizadas por fianza, el fiador goza del **beneficio de excusión**, por el cual puede señalar bienes del principal obligado para que primariamente se ejecute la obligación sobre ellos; pero este beneficio puede renunciarse, y entonces, el acreedor puede proceder a cobrar sea al deudor principal o al fiador, según mejor le parezca.

El derecho mercantil reconoce varias formas de garantías o convenciones accesorias para asegurar los contratos principales, entre ellas, el contrato de prenda

comercial común, la prenda comercial especial, la prenda industrial, agrícola o ganadera., los fideicomisos simples o bancarios, etc.

CONTRATOS REALES, SOLEMNES Y CONSENSUALES

"**Art. 1459.- [Contratos reales, solemnes y consensuales].-** El contrato es **real** cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es **solemne** cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es **consensual** cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

La manifestación de las voluntades, que hacen el contrato, se reviste de ciertas formas o solemnidades, de modo que dichas voluntades se puedan conocer, interpretar debidamente, y probar en caso de ser necesario. Las formas exteriores de los contratos tienen esta primera función, pero, además en ciertos casos, asumen la categoría de elementos constitutivos esenciales del contrato, de suerte que, en caso de faltar, no habría contrato o, si se considerara existente, sería nulo o anulable. Hay, pues, una doble motivación y función de las formas externas que expresan el consentimiento: servir de **prueba** o de **elemento constitutivo**; normalmente sirven para ambos efectos.

Cuando las leyes no exigen ninguna solemnidad especial, las partes pueden libremente escoger la forma que deseen, para expresar el consentimiento y, eventualmente, para probarlo. Estos contratos se llaman simplemente **consensuales**, ya que se perfeccionan por el consentimiento de las partes, libremente manifestado y sin que la ley exija más al respecto.

Cuando, por el contrario, el derecho exige ciertas formas o solemnidades para la validez del contrato, entonces éste se llama y es **solemne**. Esas solemnidades suelen consistir en la constancia en un **instrumento** o documento. La escritura es privada o pública, y en ciertos casos se exige que se inscriba en un registro. También son formalidades que hacen solemne a un contrato, la necesaria presencia de testigos en tal o cual número. El ejemplo más corriente es el de la compraventa de un inmueble o de otros derechos reales sobre inmuebles, que, necesariamente debe realizarse mediante **escritura pública** y para transferir el dominio u otro derecho real, debe **inscribirse**.

Además de estas dos categorías de contratos (consensuales y solemnes), nuestro derecho distingue los **contratos reales**, que solamente se perfeccionan mediante la entrega de una cosa. Esta **entrega o tradición**, normalmente importa la transferencia del dominio del bien que pasa del poder de una a otra persona; pero la entrega puede también limitarse a transmitir solamente la posesión o la tenencia, conservando el dominio el dueño de la cosa. En el depósito de cuerpos ciertos, por ejemplo, el depositante sigue siendo dueño, y el depositario solamente recibe la tenencia, pero, en cualquier caso, para perfeccionar un contrato real se requiere la entrega sea de la propiedad, la posesión o la tenencia del objeto materia del contrato.

En el caso de contratos destinados a producir la enajenación o gravamen real de bienes inmuebles, la tradición, en el Ecuador, se verifica mediante la **inscripción** de la escritura pública correspondiente en el Registro de la Propiedad: en esta inscripción consiste la tradición, y no puede ser sustituida por la entrega material del bien raíz. La sola escritura pública celebrada entre vendedor y comprador, meramente establece entre ellos obligaciones personales: el vendedor ha de realizar la tradición de la cosa, para enajenarla y hacer dueño de ella al comprador, y esto solamente lo conseguirá mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Si se ha celebrado una válida escritura pública de compraventa de un inmueble, de constitución de un usufructo, fideicomiso, servidumbre u otro derecho real sobre un inmueble, pero no se ha inscrito, el acreedor únicamente tiene un **título legal y legítimo**, que le permite exigir al deudor (vendedor, etc.) a transferirle el derecho mediante la tradición que consiste precisamente en la inscripción. Si no se realizara la inscripción el acreedor podría llegar a adquirir la cosa por prescripción, si mantiene la posesión del fundo durante el tiempo y en las condiciones que se exigen para este modo de adquirir el dominio. Al cabo de cinco años, normalmente, llegará a ser dueño, por prescripción ordinaria, si mantiene la posesión durante todo este tiempo de modo pacífico y no clandestino; si faltare alguna de las cualidades o condiciones para la prescripción ordinaria, solamente se produciría la transferencia del dominio al cabo de quince años, siempre que durante este tiempo no haya reconocido el dominio ajeno.

Este sistema de tradición de las fincas ha sido criticado por algunos autores, pero lo cierto es que presenta notables ventajas, guarda estricta lógica y proporciona la debida seguridad y publicidad a los contratos reales sobre raíces. Países como Francia que habían escogido otro sistema (la transferencia por el simple contrato), se han aproximado a nuestro sistema, al apreciar la utilidad del registro, que, en Francia se introdujo casi cien años más tarde que en nuestro País (1862-

1955). En el sistema alemán, la inscripción de los inmuebles es un *acto abstracto* demostrativo del dominio o que lo transfiere, sin necesidad de título o contrato formal previo. Nuestro sistema se sitúa, pues, en un adecuado término medio entre las soluciones meramente contractuales o totalmente abstractas, exigiendo el título y el modo, con lo que se garantizan mejor los derechos de las partes y de terceros.

Tratándose de contratos reales relativos a **bienes muebles**, la entrega se realiza materialmente, o en las formas ficticias o fictas previstas por la ley, como cuando se entregan las llaves de un cofre que contiene el objeto, o se entregan los documentos para retirar de la aduana unas mercancías. Se admiten en nuestro derecho las formas romanas de tradición: *traditio brevi manu* y *constitutio posesorio*, por las que, sin desplazamiento material del objeto, se cambia el concepto o título por el que se lo tiene, como cuando el arrendatario de un vehículo o un animal, pasa a ser propietario; o, al revés, cuando el propietario de una cosa mueble, se constituye en simple poseedor de ella, al reconocer el dominio ajeno, la propiedad del que la adquiere, en cuyo caso el que era propietario sigue poseyendo, pero a nombre del nuevo dueño.

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

"**Art. 1460.- [Elementos de los contratos].-** Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la **esencia** de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la **naturaleza** de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son **accidentales** a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

Pothier enumera como elementos de todo contrato, las cosas que son de su esencia, las de la naturaleza y las accidentales, y se remite a la doctrina sostenida por los autores del siglo XVII. Nos hallamos, por consiguiente ante una teoría de larga tradición y que sigue teniendo innumerables aplicaciones prácticas.

Cuanto sea declarado por la ley como **esencial**, es indispensable para que exista un contrato determinado. Lo que, por faltar una o más cualidades esenciales no puede considerarse como tal contrato, puede, en el mejor de los casos, derivar

en otro distinto: es lo que el Código llama "degenerar en otro contrato diferente": esta sería la situación, por ejemplo, de un convenio denominado por las partes como "comodato", pero en el que se establece la obligación de que quien recibe la cosa, pague un alquiler; este no es un contrato de comodato, por más que así lo llamen, puesto que pertenece a la esencia del comodato el ser gratuito; ese convenio será, más bien un arrendamiento.

Son **de la naturaleza** de un contrato aquellas cosas que, sin ser de la esencia, forman parte del mismo, sea que las partes las hayan convenido o si simplemente se sobreentiendan. Dada, pues, la existencia del contrato, la ley suple las deficientes especificaciones de las partes y presume ciertos extremos que se consideran naturales, propios de tal contrato. Si falta una o más de estos elementos naturales, el contrato no deja de existir, y se ha de entender completándolo con lo que está previsto por el derecho, aunque las partes no hayan hecho referencia a ello. Por ejemplo, en el contrato de venta, la garantía de evicción, es parte natural, de suerte que el vendedor responderá, aunque no se hay mencionado expresamente en el contrato.

Finalmente, es **accidental**, aquello que depende de lo que determinen las partes. Hay muchas modalidades o cláusulas especiales que pueden modificar en detalles de mayor o menor importancia las normales relaciones entre las partes, pero que, por no afectar ni al orden público ni a los intereses de terceros, se dejan totalmente a cuanto dispongan los interesados, pudiendo dar así a su contrato el alcance que mejor les convenga. En un préstamo a mutuo, se pueden fijar o no fijar intereses, se puede establecer una condición resolutoria no considerada como regla general, o la devolución de lo prestado por partes, etc.



TÍTULO II DE LOS ACTOS Y DECLARACIONES DE VOLUNTAD

REQUISITOS GENERALES DE LOS ACTOS O DECLARACIONES

"Art. 1461.- [Requisitos. Capacidad legal].- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".

Las condiciones o requisitos legales para que nazca una obligación por actos o contratos, dependen tanto del sujeto (o sujetos), como del objeto.

A las partes que intervienen se exige que sean **capaces** y que su **consentimiento** sea libre, no viciado (por error, fuerza o dolo); el **objeto** ha de ser lícito. En cuanto a la causa jurídica del **acto** o contrato, se encuentra en cierto modo tanto en el sujeto como en el objeto; la causa es principalmente objetiva: depende de la naturaleza misma del acto o contrato; pero la intención subjetiva puede desvirtuar la causa, si bien no basta la mera intención, ni se tienen en cuenta las simples motivaciones, intereses o sentimientos subjetivos.

Se define jurídicamente a la persona como el ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones; luego toda persona es capaz.

Pero el Derecho distingue la capacidad **de goce** y la capacidad **de ejercicio**; la primera es la que corresponde a todo individuo de la especie humana y también a toda persona jurídica; la capacidad **de goce** es, pues, general, universal, se extiende a todo sujeto de derecho, por esta generalidad rara vez se la menciona en las leyes: se da por supuesta y se aplica a todos.

En cambio, la capacidad de ejercicio es la que se define en el artículo 1461: "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra". Cuando se habla de personas "capaces", se refiere por consiguiente, a la **capacidad de ejercicio**, a las que pueden por sí mismas obligarse o exigir sus derechos. Quienes necesitan del ministerio de otra persona o bien la autorización de otro, tienen la capacidad de goce, pero no pueden por sí mismos ejercitarse sus derechos o contraer obligaciones. Deben ser representados o autorizadas para actuar. Los incapaces adquieren o ejercitan sus derechos y se obligan a través de la intervención de sus representantes legales o porque han sido autorizadas para actuar por sí mismas; esa autorización es dada por el representante legal o por el juez. En principio, toda persona tiene, además de la capacidad de goce -que nunca faltará a ninguna persona-, también la capacidad de ejercicio. De esta última están privados los incapaces. Son incapaces únicamente quienes la ley declara tales. La regla general es, pues, la de la capacidad (no sólo de goce, sino también la de ejercicio).

Las personas capaces, para realizar un acto o contrato, han de quererlo. De la voluntad dimana la obligación. La persona capaz se obliga porque quiere. Este querer se ha de **manifestar** de alguna forma: a veces la ley reviste de solemnidades la manifestación de la voluntad (contratos solemnes), otras veces, libremente se expresa la voluntad (contratos consensuales), o bien, se requiere la entrega de una cosa (contratos reales).

En cualquiera de estas formas de producir un contrato, hay un principio de eficacia, una causa eficiente, que precisamente en los actos y contratos, se llama causa. La causa es, pues, el principio de eficiencia, lo que produce la obligación por el querer de una o varias partes. Casi siempre la causa consiste en la obligación asumida o ya cumplida por la otra parte; así, en la compraventa, la causa por la que se paga el precio es por el compromiso del vendedor de entregar una cosa, y la causa de que el vendedor contraiga la obligación de entregar un bien, es el precio que la otra parte, comprador le ha dado o se ha obligado a pagar. En los contratos sinalagmáticos, como el de compraventa se aprecia con más facilidad la causa, porque ésta consiste en la obligación recíproca.

Para que la voluntad de una persona o de dos o más partes que realizan un contrato sea eficaz, se requiere que dicha voluntad o voluntades esté libre de vicios. Los vicios jurídicos del consentimiento, quitan su eficacia a los actos voluntarios. Dichos vicios son el error, la fuerza, el miedo (fuerza moral o psicológica), y el dolo. De todo esto se tratará separadamente.

Las leyes y las sentencias judiciales reconocen la libertad contractual y protegen el razonable uso de este libre arbitrio para contraer obligaciones. En principio, se respeta cuanto dispongan las partes, siempre que no vaya contra el orden público, las buenas costumbres o los legítimos intereses y derechos de los demás. Un equilibrado sistema jurídico no restringe excesivamente la libertad, sino solamente en cuanto es indispensable para asegurar el bien común.

PERSONAS CAPACES

"Art. 1462.- [Personas capaces].- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces".

El artículo 1462 se refiere a la capacidad **de ejercicio**, conforme a la cual se distinguen las personas como capaces o incapaces. La capacidad **de goce** es atributo de toda persona; se puede decir que equivale ser persona a tener capacidad de goce: todo sujeto de derechos es persona.

Como la regla general es la de la capacidad de ejercicio, la incapacidad es una excepción y solamente puede considerarse incapaces a los que la ley declara tales.

En el plano práctico, **el que alega la incapacidad** de alguien debe probar que tal sujeto se encuentra en la situación precisa por la cual la ley le declara incapaz; por ejemplo, que una persona no ha cumplido aún los dieciocho años, por lo cual es menor de edad e incapaz.

Hay **especiales** incapacidades o inhabilidades para determinados actos o contratos, entonces se debe probar así mismo, que el sujeto se halla incurso en las disposiciones que declaran esa especial inhabilidad o incapacidad especial; por ejemplo, se prohíbe que los jueces ejerzan el comercio, y por lo mismo, hay que probar que una persona es juez en el tiempo en que ejerce el comercio, para demostrar así su especial incapacidad para este ejercicio profesional.

Aunque el Código Civil, y también otras leyes, declaran expresamente que no pueden realizar ciertos contratos los que son incapaces, esto no quiere decir que los otros actos o contratos no expresamente señalados por las leyes, sí puedan ser realizados por quienes no son capaces: la regla general vale para todos los actos y contratos. Si se da esta redundancia legal, esta repetición al tratar de ciertos contratos (ver las concordancias) es, porque en algunos casos podría presentarse la duda o por razones de precedentes históricos, pero en rigor ni era necesario estrictamente que el Código volviera a decir que para la donación, la venta, etc. se requiere ser capaz: para todo contrato se exige la capacidad de ejercicio. Más bien, hay ciertos actos que, por no implicar obligación, pueden ser realizados por un incapaz, como el mero hecho de tener o tomar posesión, o el recibir un pago por cuenta de otro.

LOS INCAPACES

"Art. 1463.- [Incapaces. Efectos de sus actos].- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Hay dos clases de incapacidad: la **absoluta** y la **relativa**. La primera ocasiona la nulidad absoluta de los actos y contratos del incapaz, mientras que la segunda solamente origina la nulidad relativa.

Mientras que la nulidad **absoluta** puede ser declarada por el juez, de **oficio**, aún sin petición de parte; la nulidad relativa solamente puede ser alegada por la parte que el derecho pretende proteger, es decir por el mismo incapaz o sus sucesores. Naturalmente, si el incapaz sigue siéndolo, necesita que su representante legal sea quien pida la anulación.

Otras diferencias entre la nulidad **absoluta** y la relativa son: que la absoluta no **admite ratificación** ni se sanea por el transcurso del tiempo (salvo la prescripción extintiva extraordinaria de la acción); mientras que la nulidad relativa puede sanarse por la ratificación del incapaz llegado a ser capaz, o por sus representantes legales; también se sanea la nulidad relativa por el transcurso del tiempo.

Hay especiales exigencias legales para determinados actos o contratos, que determinan una especie de nulidad relativa solamente a esos actos o contratos; así, por ejemplo, se prohíben los contratos de compraventa entre padres de familia y sus hijos a quienes representan por ser incapaces; los contratos entre cónyuges –excepto el de mandato–, estaban rigurosamente prohibidos hasta la reforma del año 1989, que los permite si se hacen mediante capitulaciones matrimoniales. También en las leyes especiales se incluyen algunos preceptos sobre incapacidades especiales, para ciertos actos y contratos.

Como las incapacidades son una excepción a la regla general de la capacidad, **se presume** que toda persona es capaz para toda clase de actos y contratos: hay pues que probar lo contrario. Y cuando alguien es puesto en interdicción, ésta es la prueba fehaciente de la incapacidad en que ha incurrido; todavía más: se exige la publicidad, la inscripción de la sentencia de interdicción.

EFECTO NORMAL DE LA REPRESENTACIÓN

"Art. 1464.- [Representación. Requisitos y efectos].- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

El Código Civil emplea el término "representación" en dos sentidos muy diferentes. El concepto normal y más generalizado de representación es el contenido en el artículo 1464: el representante actúa en nombre de otra persona y los efectos del acto o contrato se aplican al representado. El otro sentido de "representación", se califica por el mismo Código como una "ficción" (Art. 1024), pues se supone algo que no coincide con la realidad: "se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que

tendría su padre o madre". Este sentido de representación se aplica exclusivamente en el derecho sucesorio; la representación propiamente dicha, se da sólo entre vivos, mientras que esta segunda representación "ficticia", se aplica a una persona que ya no existe. En cuanto a los sucesores, propiamente no representan sino que "suceden", continúan en los derechos y obligaciones del que fue sujeto de derechos y ya ha desaparecido por la muerte.

También se emplea la palabra "representar" en otro sentido, en leyes especiales, como en el caso de los contratos de representación artística, o sea, de ejecución de una obra literaria, teatral, musical, etc., normalmente ante un público; esto da lugar a un específico contrato de "representación", muy alejado al concepto de representación de que aquí se trata.

La representación propiamente dicha, se divide, a su vez en dos clases. La **legal**, determinada por el derecho, como es el caso de la representación de los padres que ejercen la patria potestad, el tutor o curador que ejercen una guarda, o la representación de las personas jurídicas por sus presidentes, directores, administradores, etc. En cambio, la **representación voluntaria** depende del contrato de mandato o se produce en determinados casos de intervención de un tercero que, sin tener mandato cuida de los intereses de una persona y se produce posteriormente la ratificación de lo actuado oficiosamente.

AGENTE OFICIOSO

"Art. 1465.- [Estipulación a favor de tercero].- Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen Aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

"Art. 1466.- [Promesa por tercera persona].- Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no

ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa".

Dice el artículo 2186: "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un quasi contrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos".

Esta norma deja en claro que no ha de haber mandato. Hemos de entender que se excluye, tanto el mandato voluntario (contractual), como el que nace directamente de la ley, cual es el caso de los que administran una entidad pública o privada cuya representación les corresponde orgánicamente.

Ahora bien, para que exista agencia oficiosa no ha de derivar la acción de un mandato (ni convencional ni legal), pero no se excluye el caso de quien, teniendo un mandato, lo que concretamente obra o realiza, lo hace fuera de tal mandato, al margen de las facultades recibidas: siempre que los hechos o actos del agente sean asumidos voluntariamente, arrojándose unas atribuciones que no se le han concedido por acuerdo de voluntades o por disposición directa de la ley. Así, por ejemplo, en el artículo 1982 se prevé el caso del administrador de una sociedad, quien obra como mandatario de ella, pero puede asumir la situación de agente oficioso si por causa de necesidad o de evidente utilidad de la sociedad obra más allá de los límites de su mandato.

Según el artículo 2024, "...Si el mandante obra sin autorización del tercero, hay entre estos dos el cuasicontrato de agencia oficiosa". Para que exista mandato se requiere que interese el encargo al mandante o al mandatario, a los dos o a uno de ellos o ambos y un tercero, o sólo a un tercero, pero si no interesa a ninguno de ellos será un mero consejo o algo semejante. Tiene relación estrecha con esta consideración del interés, el que el tercero autorice al mandante; a falta de esta autorización, se constituye en agente oficioso, al dar un mandato en interés de un tercero que no le ha autorizado.

La definición que estamos comentando se refiere a "**una administración**", pero esto no se ha de entender como una sucesión de actos y contratos: bastaría uno sólo.

La agencia oficiosa reúne los requisitos para ser considerada un cuasicontrato, según la prescripción del artículo 2184, puesto que es un acto voluntario de una persona; implica un acto lícito; y produce obligaciones respecto de dicha persona.

Además, pueden producirse otros efectos: obligaciones eventuales del interesado (*dominus negotii*) o tercera personas, pero esto no es esencial.

Características. De la misma definición, y de la regulación de los efectos, se derivan las características esenciales de la agencia oficiosa:

a) Se requiere, en primer lugar, que quien actúa **no se halle vinculado u obligado** de alguna manera de suerte que bien podría no actuar, sin culpa jurídica. Puede haber una obligación moral, unas consideraciones de humanidad, caridad, generosidad, etc. pero que no constituyan un deber jurídico.

Pueden presentarse situaciones en que resulte difícil distinguir si existe un mandato o si no habiéndolo, la actuación del agente es propiamente oficiosa. Borda analiza con detenimiento este asunto y señala las diversas opiniones existentes al respecto. Para algunos, si el dueño del negocio está enterado de la realización de la gestión desde su comienzo, hay mandato tácito; si se entera luego de empezada, hay simple gestión de negocios; esta distinción no considera admisible, porque la ratificación equivale a mandato, y es siempre posterior a la iniciación de la gestión. Otros opinan que hay mandato tácito cuando el gestor ha obrado en nombre de otro, en tanto que habrá gestión si se ha obrado para otro sin invocar su nombre; tampoco esta explicación parece razonable porque tanto el mandato como en la gestión pueden cumplirse a nombre propio o a nombre del dueño del negocio. El autor citado, fundándose en el texto legal argentino, considera que hay mandato cuando el dueño del negocio "pudiendo impedir" lo que otro está haciendo por él, guarda silencio. En otras palabras, si alguien sabe que otra persona está haciendo algo por él, y pudiendo impedirla, guarda silencio, hay mandato; si lo sabe pero no puede impedirlo, hay gestión; tal sería el caso de los incapaces que estando dotados de comprensión carecen de aptitud legal.

Hay que agregar que el mandato se da siempre para actos jurídicos y que la gestión de negocios puede abarcar también simples **actos materiales**, como por ejemplo, extinguir un incendio, o apuntalar una casa. Por tanto, no habrá duda cuando se trata de simples servicios materiales, pero si tienen trascendencia jurídica subsiste la dificultad de distinguir las dos figuras.

El artículo 1588 de nuestro Código admite que el pago puede hacerse "por cualquier persona a nombre del deudor, aún sin su consentimiento, o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor". Pero no establece qué relación se produce en estos diversos casos. Parece, sin embargo, que en estas hipótesis se produce

una gestión de negocios, ya que no resulta aceptable que exista mandato "contra la voluntad" del dueño del negocio.

Una antigua sentencia de nuestra Corte Suprema resolvió que: "No tiene validez la cesión de un documento de crédito hecha por un mero agente oficioso. Si en virtud de tal cesión, ha recibido el cessionario el valor del documento, el dueño del crédito no tiene acción alguna contra él, pero sí el agente oficioso o el deudor obligado a pagar segunda vez, la primera al cessionario y la segunda al dueño del crédito. Éste tendrá expedita la acción ora contra el deudor por no haber hecho el pago a persona legítimamente diputada para ello por el acreedor o dueño del crédito, ora contra el agente oficioso que endosó los documentos". Aquí aparece claro que es agente de negocios quien obra por otro que desconoce dicha acción; y la simple lógica y equidad reconocen que no pueden surgir obligaciones contra la voluntad de una persona que no ha intervenido en el negocio ni se beneficia de él.

b) La gestión se ha referir necesariamente a un **interés ajeno**, sin que obste que, además, pueda haber también un interés propio del agente. Si todo el interés se refiere solamente al agente, evidentemente no hay gestión de negocios.

El artículo 2024 dice: "Si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos y a un tercero, o a ambos y un tercero, o a un tercero exclusivamente, hay verdadero mandato. Si el mandante obra sin autorización del tercero, hay entre estos dos el cuasicontrato de agencia oficiosa". Está claro que el mandato requiere interés del mandante o de un tercero, y también es evidente que si hay mandato no hay agencia oficiosa; para que ésta exista se requiere la carencia de mandato y la existencia del interés indicado.

También sobre este aspecto se presentan algunas situaciones complicadas, como la que fue objeto de una sentencia, con votos salvados: "Quien para la ejecución de un encargo recibe dinero y órdenes del mandante, aunque el asunto encomendado sea en interés exclusivo de otra persona, es verdadero mandatario y no agente oficioso". (Así la sentencia de mayoría) Pero los votos salvados de Modesto Peñaherrera y José María Ayora, sostienen que hubo agencia oficiosa y no mandato. Para mi modo de ver, respecto del que encargó el pago, solamente puede considerarse que existió mandato, ya que el agente obró en nombre e interés de dicha persona, con una relación contractual, precisamente de mandato; pero los ilustres juristas que salvaron su voto, consideraban sin duda, la relación entre quien hizo el pago por cuenta de su mandante, y el tercero que sin

tener ninguna relación con el agente quedó vinculado a reconocer la extinción de su crédito: aquí puede considerarse una relación de mera agencia oficiosa.

Especial dificultad se ha presentado en los casos de actuación de un cónyuge, que no sea administrador de la sociedad conyugal ni tenga mandato expreso del otro, porque puede configurarse esta acción como mandato tácito o como agencia oficiosa. Hay que tener en cuenta, desde luego, las variaciones que ha sufrido el régimen de administración de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal a través del tiempo.

Una sentencia de 1980 resuelve que la mujer casada que, ofreciendo poder o ratificación del marido, presenta una demanda, lo hace en calidad de agente oficiosa. Y como el marido ratificó lo actuado por su cónyuge, la agencia oficiosa surtió pleno efecto. La intervención de la mujer no fue como procuradora judicial, ya que firma la demanda conjuntamente con el abogado defensor patrocinante de la parte actora.

c) Se requiere que exista alguna **situación de necesidad**, es decir, que el interesado no pueda actuar y que la falta de actuación le origine algún perjuicio: esto justifica que intervenga otra persona y se ingiera en sus asuntos. En principio, un extraño no tiene porque inmiscuirse en los negocios ajenos, pero consideraciones de amistad, de humanidad, de caridad, de conveniencia general de la sociedad u otras semejantes, pueden justificar esta anómala intervención en asuntos que no son propios de quien actúa.

Según Puig Peña se requiere la "absentia domini", debe haber **abandono o imposibilidad** temporal de atender los propios intereses. Según esto, la situación de necesidad es incompatible con la actuación del dueño del asunto: aunque esté obrando de forma poco prudente y, tal vez, causándose un perjuicio, no tiene derecho un tercero para interferir y suplantar al titular de sus derechos. Puede ser prudente y caritativo, dar un consejo, advertir de un peligro, pero solamente en casos extremos de inminente daño grave que ignore una persona, se le podrá sustituir y arrebatar de la ordinaria administración que esté realizando. Sólo cabría esta intervención totalmente anómala si se prevé el daño para otras personas o si el que está actuando presenta claros indicios de no estar en el uso de su razón.

El artículo 277 prevé uno de estos casos en que la intervención ajena se justifica y origina una agencia oficiosa: Cuando, sin mandato, una persona proporciona a

un menor de edad ausente de la casa paterna lo necesario para su sustentación, obra como agente oficioso. Los padres u otras personas que tengan obligación de mantener al menor, quedan obligados a rembolsar lo gastado a favor del menor ausente. He aquí un caso concreto de responsabilidad que se contrae por un acto de terceras personas, aunque sea sin ningún conocimiento de sus actos. Se parte de la circunstancia evidente de que los padres deben mantener al hijo menor de edad y, si no pueden hacerlo directamente, quien socorre al menor lo hace en nombre de los padres, y, como no existe un mandato, se entiende que se produce una agencia de negocios.

La **situación de necesidad** se toma en consideración expresamente, en el artículo 452: "El que, en caso de necesidad, y por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste, ocurrirá al juez inmediatamente, para que provea la tutela o curaduría; y mientras tanto, procederá como agente oficioso y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tal. Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levísima". Aquí se aprecia el carácter excepcional de la inmisión en asuntos ajenos: la obligación de cumplir los actos necesarios durante el tiempo estrictamente indispensable, origina el deber de acudir al juez para que se dé un representante legal y la falta de cumplimiento de esta obligación agrava la responsabilidad del agente oficioso.

Algo similar se produce con el administrador de una sociedad que se vea abocado a resolver **situaciones de urgencia**, sin poder consultar a los consocios y careciendo de poder suficiente: será razonable que actúe como agente oficioso, es decir, al margen del contrato, tratando de resolver la situación de necesidad o de evitar el daño para la sociedad. Así se dispone en el artículo 1982.

El **grado** de necesidad se toma en consideración para graduar la responsabilidad del agente, como veremos más adelante (Art. 2188).

d) Generalmente se sostiene que la acción del agente oficioso **ha de ser útil** para el dueño del negocio. Desde luego, se descarta cualquier actuación de mala fe o con intención dolosa, pero no se puede caer en el extremo opuesto y relativista de considerar agencia oficiosa solamente a la que produce una ganancia al dueño del asunto: si este lo asume, la ratifica, lo hace suyo, habrá agencia oficiosa, aunque no le traiga ninguna ventaja material o directa. Pueden jugar apreciaciones morales, sentimientos o cálculos no pecuniarios, que inclinen a aceptar lo hecho por otro sin mandato, y entonces habrá realmente agencia oficiosa. La utilidad de la gestión debe ser apreciada por la persona cuyos intereses se han

cuidado, pero no puede enriquecerse sin causa, aceptando lo actuado únicamente en cuanto le beneficia y rehuyendo las responsabilidades que trae consigo el hacer suya la actuación del agente.

e) El agente debe actuar con **capacidad jurídica**; no puede ser un incapaz, salvo que se trate de actos meramente materiales que pueden ser ejecutados por cualquier persona, como es el caso de evitar un accidente o limitar sus efectos nocivos, por ejemplo, extinguir un incendio o evitar una inundación. En cambio, no importa para nada la capacidad del interesado: lo mismo es realizar un negocio en nombre de una persona que no puede administrar sus asuntos, que hacerlo en nombre de una persona capaz; se supone que una u otra, no pueden "actualmente" -en ese momento- ocuparse de lo suyo, por cualquier causa, independientemente de su capacidad jurídica.

Obligaciones del agente oficioso.- El origen romano de esta institución explica la extensión de las obligaciones del agente. En efecto, inicialmente se concedió una acción al dominus frente al actor, para que directamente pudiera exigirle rendir cuentas y restituirle los bienes que hubiere ocupado o hubiere dispuesto de ellos. Posteriormente se concedió al agente, como contrapartida, el derecho de cobrar los gastos útiles al dueño. De aquí derivan las obligaciones de uno y otro, que tienden a evitar el enriquecimiento sin causa o el perjuicio injusto.

En **resumen**, el que asume sin mandato la gestión de negocios ajenos debe: a) poner en conocimiento del interesado la acción que está realizando; b) cumplir su trabajo como un buen padre de familia esmerado en cuidar sus propias cosas; c) llevar las cuentas que sean necesarias; d) restituir las cosas ajenas que haya tomado a su cargo; y e) rendir cuentas de su desempeño.

Nuestro artículo 2187 dice: "Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario". Esto no es rigurosamente exacto, ya que el mandato es un **contrato** y en él pueden establecerse mayores o menores atribuciones, además, en el mandato pueden existir instrucciones que precisen el modo, tiempo y características del trabajo que debe cumplir el mandatario, todo lo cual resulta inaplicable a la gestión de negocios. Ciertamente hay una analogía entre ambas figuras que permite una remisión a las obligaciones del mandatario, pero esto se ha de entender de modo limitado.

Cuando alguien está administrando sin poder los asuntos ajenos, corre el **riesgo de que no se ratifique** lo actuado. Si el dueño del asunto lo aprueba, el agente

podrá a su vez deslindar su responsabilidad. Si ha actuado en nombre del interesado y éste ratifica, efectivamente asume las obligaciones contraídas en su nombre por el gerente; pero si el agente no ha expresado, de alguna forma, que actúa por otro, el negocio es suyo, mientras no haya la ratificación del interesado; y si nunca es ratificado, solamente podrá reclamar el monto del beneficio que realmente haya recibido tal interesado o dueño del negocio. En otras palabras, la gestión de negocios constituye una situación en cierto modo provisional, y se convierte o produce los efectos del mandato desde el momento en que el dueño del negocio lo asume para sí, y ratifica lo hecho por el gerente. Entonces, es exacto decir que las obligaciones del agente de negocios son iguales a las del mandatario, pero no antes de la ratificación, ni en toda la extensión que en el caso de la relación contractual de mandato.

El artículo 2036 señala cuáles son las atribuciones naturales del mandatario, y esas son las que, en principio y con las salvedades que se acaban de indicar, se han de aplicar al gerente oficioso: se trata fundamentalmente de actos de conservación o administración dentro del **giro normal de los negocios** del mandante.

Un asunto de singular trascendencia, pero que normalmente admiten los autores, consiste en la posibilidad de que el agente **delegue** la ejecución de lo que ha asumido. El artículo 2039 permite la delegación o sustitución del mandato, y, por analogía y con fundamento en lo expresado en el artículo 2187, también el gestor podrá hacer esta delegación bajo su responsabilidad. En muchos casos será indispensable contar con la ayuda o concurrencia de otras personas, incluso mediante contratos, por ejemplo de trabajo, para llevar a buen término una gestión; así, el que ha tomado la administración de una hacienda o de un edificio de apartamentos, puede necesitar de obreros para el cuidado y cultivo.

En cualquier caso, si ha habido delegación, el agente oficioso responderá de los actos y omisiones de su delegado.

La obligación de **comunicar** cuanto antes, al dueño, no sería propia del mandato y sí lo es de la gestión de negocios; en el mandato resulta inconcebible que el propietario del negocio desconozca la acción que él mismo ha encargado; en cambio, cuando no hay contrato, en la agencia, esa información es indispensable para que el interesado pueda o bien consentir en la acción del voluntario, o bien asumir de inmediato sus asuntos y administrarlos directamente o a través de otro a quien confiera mandato. He aquí otra diferencia de efectos entre las dos situaciones jurídicas.

Cuando existe un contrato de mandato, éste termina por la muerte del mandante, es decir que los herederos no continúan los derechos y obligaciones de una relación ya extinguida, pero el artículo 2074 les ordena cumplir las gestiones que exijan las circunstancias, es decir las de **carácter urgente**, debiendo dar inmediato aviso al antiguo mandante. Los herederos ejercitarán en estos casos una agencia de negocios.

Si el gerente descuida el cumplimiento de esta obligación de hacer conocer su acción, incurre en culpa y agrava su responsabilidad frente al dueño. Si llegara al extremo, no sólo de no informar, sino que **ocultara voluntariamente** su injerencia en los asuntos de otro, podría haber incluso originar una presunción de mala fe y una responsabilidad penal, por ejemplo, como usurpador, si ha habido ocupación de bienes inmuebles.

La inmediatez o **prontitud** de la comunicación deberá apreciarse con sentido común, según las circunstancias de toda índole, personales, de lugar, medios, etc. No cabe dar normas rígidas frente a una obligación de tan variables modalidades.

La obligación del gerente de actuar como un **buen padre de familia**, implica comportarse como lo haría tratándose de asuntos propios o bien, considerando la manera normal de actuar del dueño del negocio. Las dos figuras no son rigurosamente iguales, pero una y otra dan la pauta de una administración esmerada, que es la debida por el agente oficioso. La responsabilidad puede ser mayor o menor, según hayan sido las circunstancias en que el agente se hizo cargo.

Dentro de este desempeño responsable de los negocios ajenos, se incluye la obligación de llevar **hasta su conclusión natural** lo que se ha emprendido. En el artículo 2189 se señala expresamente la obligación del gerente de asumir "todas las dependencias del negocio", es decir, que no puede tomar solamente unos aspectos y abandonar otros, ya que esto podría ser perjudicial.

También ordena este artículo que si el interesado fallece, "deberá continuar la gestión hasta que los herederos dispongan". Esta frase simplificada, se refiere a que tanto el dueño del negocio, como incluso sus sucesores en caso de muerte, son quienes pueden hacer cesar la gestión oficiosa, pero mientras no acaezca tal cosa, o mientras no esté naturalmente concluido el negocio, el gerente debe seguir a cargo de él.

Fundado en resoluciones de los tribunales de Francia, sostiene Planiol que el gerente no está obligado a continuar con la administración cuando ésta le **causa grave perjuicio** a sus propios derechos, lo cual encuentro equitativo y aplicable a nuestro sistema, que tampoco dispone nada al respecto, como igualmente sucede en aquel país.

La **cuenta de la gestión** está expresamente ordenada por el artículo 2194: "El gerente no puede intentar acción alguna contra el interesado, sin que preceda una cuenta regular de la gestión, con documentos justificativos o pruebas equivalentes". Aquí aparece nuevamente la analogía con el mandato, y aún hemos de entender que hay mayor obligación por parte de quien no ha recibido el encargo del dueño, sino que lo ha asumido espontáneamente: la responsabilidad, como veremos, depende del grado de espontaneidad y del acierto en la administración.

Precisamente el primer reconocimiento jurídico de la agencia oficiosa proviene de la acción directa que el Derecho Romano concedía al dueño del negocio, para exigir que quien lo había asumido sin existir contrato, restituyera cualquier bien que estuviere en su poder y rindiera cuentas de la administración. Como correlativa exigencia de equidad se concedió después al gestor el derecho de reclamar el reembolso de lo gastado.

Obligaciones del dueño del negocio.- También aquí se debe seguir por analogía con lo que sucede en el contrato de mandato: el mandante tendrá parecidas obligaciones hacia el gestor, pero con las necesarias diferencias. Hay que considerar también las relaciones entre el dueño del negocio y terceras personas.

Las obligaciones hacia el gerente consisten en lo siguiente: Reembolso de las expensas y gastos e indemnización de posibles perjuicios. Se discute si también hay lugar a pago de remuneración.

En cuanto a las relaciones con terceros varían radicalmente según haya o no habido ratificación. Consideremos algunos detalles.

Si el gerente ha obrado en **nombre propio**, pero con relación a bienes del *dominus negotii*, éste puede ratificar lo actuado y hacer suyas las operaciones y sus resultados. En consecuencia, al ratificar, convierte la simple agencia oficiosa en un mandato y el interesado asume las obligaciones correspondientes, frente al gestor y a terceros.

El dueño del negocio, en este supuesto, queda obligado a rembolsar al gestor los gastos necesarios y útiles realizados por él.

Si no hay ratificación, y la intervención del gestor no fue necesaria y urgente, el dueño solamente responderá por el eventual enriquecimiento que haya experimentado.

Cuando el agente actúa a nombre del dueño del negocio, hay que distinguir si éste **tuvo conocimiento o no lo tuvo**, y se ha de tener en cuenta la obligación del gestor de poner en inmediato conocimiento del dueño. Si ha faltado esta advertencia y el dueño no ha conocido, por otros medios, la intervención del agente, no tendrá obligación de asumir los resultados del negocio. Pero si conoció y no impidió, se produce una ratificación tácita, que produce los mismos efectos que una ratificación expresa.

Supuesto el conocimiento y la ratificación del dueño, sea expresa o tácita, el gestor solamente responderá si incurrió en culpa, o si ha inducido a terceros a pensar que tenía mandato. El dueño, a su vez, se obligará frente a terceros si recibe algún beneficio o si ratifica (con lo que hace suyo el negocio del gestor).

En caso de ratificación, paralelamente a la responsabilidad que asume el dueño del negocio, adquiere también las acciones contra los terceros, por razón del mismo negocio que ya es totalmente suyo.

El artículo 2190 resume estas complicadas relaciones en la siguiente forma: "Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión, y le reembolsará las expensas útiles o necesarias.- El interesado no está obligado a pagar salario alguno al gerente.- Si el negocio ha sido mal administrado, el gerente es responsable de los perjuicios".

Ahora bien, este artículo parece fundarse exclusivamente en el éxito del negocio, proveniente de una administración más o menos bien cuidada; pero hay que considerar los otros factores que se han indicado: si ha cumplido la obligación de informar al dueño, y el conocimiento del mismo dueño, así como su ratificación expresa o tácita.

En cuanto a la remuneración, como enseña Planiol, la jurisprudencia tiende a reconocer, por equidad, un derecho a ella, cuando el gestor es **un profesional** de aquellos que habitualmente trabajan por un honorario, como los abogados, cons-

tructores, etc. y siempre que hayan cumplido con el deber de informar inmediatamente al interesado, ya que, de otro modo, se estaría favoreciendo las injerencias interesadas y no el remedio a la verdadera necesidad del dueño del negocio, que justifica la intervención de otras personas.

Responsabilidad del agente.- A diferencia del mandato, el que por ser un contrato cabe graduación voluntaria del grado de responsabilidad, en la agencia oficiosa, esto no depende de un acto voluntario de las partes, sino de las circunstancias en que el gestor asume su trabajo.

Corresponde a la obligación de administrar "como un buen padre de familia", el responder hasta por la **culpa leve** (no la levísima). Pero esta responsabilidad normal, se puede disminuir o agravar, según las circunstancias.

Es mayor la responsabilidad y por tanto se extiende hasta la **culpa levísima**, cuando el gestor asumió el negocio por propia iniciativa e "impidiendo que otros lo tomasen". Entonces responde de "toda culpa", puesto que está demostrando cierto interés personal que prevalece sobre el sentido benéfico de remediar la necesidad del dueño que no puede por sí mismo atender sus asuntos.

Por el contrario, disminuye el grado de responsabilidad del gestor y solamente se le puede inculpar por **dolo o culpa grave**, cuando se hizo cargo de la administración "para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos", es decir, cuando la intervención resultó realmente obligada por las circunstancias y no fue buscada la intervención del gestor, ni mucho menos, pretendió desplazar a otros.

Una aplicación concreta de la responsabilidad agravada hasta abarcar incluso la culpa levísima, se da en el artículo 452: cuando un guardador oficioso no da inmediata noticia al juez, para que éste provea al nombramiento de un representante legal.

La graduación de la responsabilidad se produce también en el caso de pagarse una deuda ajena. Este tercero puede pagar la deuda en tres situaciones distintas: a) sin conocimiento del deudor; b) con consentimiento del deudor; y c) contra la voluntad del deudor. Si el tercero paga sin conocimiento del deudor éste adquiere el derecho que se denomina Acción de Reembolso (Art. 1589 del CC.). Cuando paga con conocimiento del deudor, se subroga en los derechos del acreedor. Cuando el tercero paga contra la voluntad del deudor, no tiene ningún derecho que reclamar contra el deudor (Art. 1590 CC.). En un caso resuelto en sentencia

de la Corte Suprema, se declaró que no tiene el reclamante derecho de pedir pago de intereses porque pagó sin conocimiento del deudor y únicamente tiene derecho al reembolso de lo pagado.

Cuando el dueño del negocio, no había autorizado la intervención de un gestor oficioso, pero recibe el beneficio que produce esa intervención, está ratificando lo actuado y puede dirigirse contra los terceros con quienes se relacionó el gerente, reclamándoles a ellos las obligaciones que hayan contraído.

Como enseña Borda, en principio, el **caso fortuito** exime de responsabilidad al gestor. Pero éste responderá aún del caso fortuito en casos especiales: 1. Si ha hecho operaciones arriesgadas que el dueño no tenía costumbre de hacer; 2. Si hubiera obrado más en interés propio que del dueño; 3. Si no tenía la aptitud necesaria o por su intervención privó que se encargara del negocio otra persona más apta. Sobre todo el último numeral, queda respaldado por lo dispuesto en nuestro artículo 2188.

El dueño del negocio no responde como mandante, sino únicamente por enriquecimiento sin causa: 1. Si el negocio no fuese emprendido inútilmente o si la utilidad era incierta al tiempo en que el gestor la emprendió; 2. Si el gestor creyó hacer un negocio propio; y, 3. Si hizo un negocio que era común a él y a otro teniendo en mira solamente el interés propio. En estos casos se desvirtúa la gestión de negocios: no cumple propiamente los requisitos exigidos por la ley, para que nazcan obligaciones para el dueño del negocio. Con todo, si éste ratifica lo hecho, asume las obligaciones propias del mandante.

Las **obligaciones del dueño** del negocio son correlativas a los derechos del gestor, como es obvio; pero, además se plantea si tiene que indemnizar al gestor, aunque el resultado positivo de la gestión haya desaparecido por sucesos posteriores. Planiol responde afirmativamente, pero considero que habría que distinguir las causas por las que el resultado positivo de la intervención haya desaparecido, y deberían aplicarse las normas generales de la responsabilidad, según sea o no imputable este hecho al mismo gestor, al dueño o a terceros y teniendo en cuenta el grado de culpa de cada uno.

También es asunto discutido el relativo a la remuneración del gestor. Si se aplica la analogía con el mandato, no habría lugar a remuneración; pero la jurisprudencia francesa tiende a reconocer el derecho a la recompensa pecuniaria del trabajo de todo profesional, salvo que haya actuado con manifiesta voluntad de hacer

una liberalidad. Desde luego, si la intervención era necesaria para salvar intereses del dueño, y más todavía, si el trabajo de salvarlos supone largo tiempo, esfuerzo y tal vez riesgos, parece de equidad que el gestor reciba una adecuada remuneración; de otro modo, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa del dueño, cuyos intereses quedan a salvo sin trabajo suyo y sí por el esfuerzo ajeno.

El artículo 2190 parece someterlo todo al comportamiento del gerente: "Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión, y le reembolsará las expensas útiles o necesarias.- El interesado no estará obligado a pagar salario alguno al gerente.- Si el negocio ha sido mal administrado, el gerente es responsable de los perjuicios". Pero, estas fórmulas parecen demasiado absolutas y escuetas: como se acaba de indicar, la equidad obliga a considerar también los resultados del negocio, los riesgos corridos por el gestor y la buena fe de su actuación, para reconocerle mayores o menores derechos a indemnización e incluso a un justo pago de sus servicios.

Algunos **casos especiales** de gestión de negocios, merecen ser citados, sea por su frecuente incidencia en las relaciones normales de las personas, o bien porque el mismo Código les dedica una norma específica.

Los **alimentos** prestados a una persona, a quien no se deben y cuando existe otro que sí está obligado a dar esta ayuda económica, son un caso importante de gestión de negocios, por la trascendencia del auxilio alimentario. Para quien los recibe, desde luego, implica la ayuda oportuna, tal vez absolutamente necesaria; y para quien debía darlos, supone el descargo de una obligación que se le puede exigir hasta con apremio personal. Por otra parte, la prestación de alimentos puede significar un indicio o una prueba de la relación de paternidad, de suerte que la intervención de un tercero –no obligado- resulta muy delicada.

A este respecto, el artículo 282 disponía que "Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona y quisieren los padres sacarlo del poder de ella, deberán pagar los costos de la crianza y educación, tasados por el juez". La reforma introducida por la Ley 43 de 1989 deja en manos del Juez de Familia el decidir si ha de hacerse o no la devolución del hijo abandonado, según considere conveniente para éste, y también resolverá si hay o no lugar al pago de lo gastado, en el caso de devolución del hijo. Prevalece así el interés del menor, pero también queda menos protegida la situación del gestor de

negocios, quien tal vez ha gastado considerables cantidades y a quien no se le reconoce en cualquier caso la devolución, sino sólo según lo determine el arbitrio judicial.

El artículo 277 limita la extensión de la restitución al gestor que haya alimentado al hijo "en extrema necesidad", según la conducta de éste permita presumir que tiene o no permiso de sus padres para estar ausente de la casa paterna. El gestor deberá, por consiguiente, proceder sensatamente en sus gastos, si quiere que le sean indemnizados.

En la vida ordinaria se presentan con frecuencia los **funerales** de parientes o amigos, que se organizan por personas de buena voluntad, realizando gastos para honrar al difunto, ofrecer sufragios por su alma y darle sepultura. Estos gastos se imputarán al patrimonio hereditario y gravarán a los sucesores, mientras que el agente oficioso o los agentes que los hayan efectuado, tendrá derecho a su restitución, dentro de los límites de la razonable proporción con el patrimonio dejado por el difunto. A veces, esos gastos de funerales se cubren con seguros voluntarios u obligatorios que protegían al causante y que servirán para cubrir las indemnizaciones debidas a los gestores de negocios.

Aún más frecuentes son los negocios jurídicos –principalmente compras o ventas de muebles- realizados por un **cónyuge**, a favor del otro o en interés de la sociedad conyugal, sin tener ni la administración de la comunidad de bienes ni mandato: entonces se actúa como gestor de negocios ajenos, y se aplicarán las normas propias de la administración de la sociedad conyugal, además de las que regulan la agencia oficiosa. Estos casos han dado origen a abundantes sentencias de la Corte Suprema.

La administración de un negocio ajeno **contra la voluntad expresa** del interesado, está legislada en el artículo 2191: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene acción contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda.- Por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiere debido pagar el interesado.- El juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la deuda, y que, por las circunstancias del demandado, parezca equitativo".

Anteriormente se ha expuesto lo relativo al pago de una deuda ajena, contra la voluntad del deudor, que está previsto en el artículo 1590 y al que se alude en el

2191. Pero este segundo artículo tiene extensión más amplia, siendo el caso de las deudas, solamente un ejemplo. Puede existir expresa prohibición de intervenir en cualquier clase de negocios, en una determinada especie de ellos, o bien, la prohibición se referirá a una acción concreta, a una manera expresa de resolver un asunto; por ejemplo, al mandatario se le ha prohibido contratar un empréstito, y sin embargo ha recurrido a tal arbitrio para cubrir una obligación urgente, pagar una indemnización que si no se hubiera pagado habría dado lugar a un juicio perjudicial contra el mandante, etc.

La actuación contra prohibición expresa del interesado solamente da lugar a indemnización al gestor cuando se cumplen las dos condiciones señaladas: 1^a. Que se haya seguido una utilidad para el interesado y 2^a. Que la utilidad subsista "al tiempo de la demanda". Este segundo requisito debe matizarse: si la utilidad hubiere desaparecido por culpa del propio interesado, no habría motivo para privar al gestor del derecho a ser indemnizado; por ejemplo, contra la expresa prohibición de no inmiscuirse en sus asuntos, un padre logra que se reconozca la extinción de una obligación del hijo por prescripción extintiva, pero el hijo beneficiario deja sin efecto dicha extinción al reconocer la obligación: por su propia voluntad renuncia al beneficio que le obtuvo el gestor y no puede privar a éste del derecho a ser indemnizado por los gastos efectuados para obtener el reconocimiento de la prescripción extintiva.

Se da también gestión de negocios cuando **por error** alguien realiza un negocio ajeno, creyendo que cuidaba de sus propios intereses. Dice el artículo 2192: "El que creyendo hacer su propio negocio hace el de otra persona, tiene derecho a ser reembolsado hasta el valor de la utilidad efectiva que hubiere resultado a dicha persona y que existiere al tiempo de la demanda". Sería por ejemplo, el caso de quien vende algo que cree ser suyo, y que realmente pertenece a otro; o el del agricultor que ara su terreno, y por error, prepara también una zona que pertenece al colindante. Estos errores se producen fácilmente en situaciones de comunidad de bienes, y, singularmente, en el manejo de los asuntos que atañen a los cónyuges.

La observación de equidad que se hizo antes, sería también aplicable a estos casos: la desaparición de la utilidad no debe privar al gestor de su reembolso si la utilidad ha desaparecido por culpa del beneficiario.

Evidentemente, tiene menos trascendencia el error en cuanto a la persona a quien se pretende servir: entre dos personas extrañas, cuyos asuntos se preten-

de manejar, no tiene mayor relieve que se intervenga en los negocios de la una o de la otra, salvo que se trate de asuntos en que se considera la persona misma (intuito personae). Así el corredor de negocios que contrata un arrendamiento de una casa, creyendo que pertenece a determinada persona, y resulta que era de otra persona, que igualmente deseaba arrendar tal casa, no deja de tener derecho al reembolso de lo gastado aunque el beneficio ha sido percibido por persona distinta de la que creyó beneficiar el gestor.

El artículo 2193 resuelve con justicia esta situación: "El que creyendo hacer el negocio de una persona hace el de otra, tiene respecto de ésta los mismos derechos y obligaciones que habría tenido si se hubiese servir al verdadero interesado".

Cuenta de la gestión. Obligación esencial del gestor de negocios ajenos es, análogamente a lo que pasa con el mandatario, la de rendir cuentas. En cierto modo se puede decir que el agente está más obligado que el mandatario a este acto de elemental delicadeza y responsabilidad, ya que su actuación ha sido sin la expresa confianza otorgada por el interesado.

Para hacer efectiva esta obligación de rendir cuentas, el artículo 2194, supedita el derecho del agente a pedir cualquier indemnización, al cumplimiento de dicha rendición de cuentas: "El gerente no puede intentar acción alguna contra el interesado, sin que preceda una cuenta regular de la gestión, con documentos justificativos o pruebas equivalentes".

Promesa por un tercero. Es un caso especial de agencia oficiosa, previsto en el artículo 1466, pero con la diferencia de que el que promete que otro dará, hará o no hará algo, se obliga a conseguir el cumplimiento de esta promesa por parte del tercero; si no alcanza dicho cumplimiento, el que actuó como agente oficioso deberá indemnizar el perjuicio que el incumplimiento haya ocasionado.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

1º. EL ERROR.

"Art. 1467.- [Vicios del consentimiento].- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo".

El derecho protege la libertad y los derechos de las personas, por esto, respeta sus declaraciones de voluntad, sean unilaterales o contractuales. Para que exista una declaración de voluntad digna de esta protección legal, se requiere que el consentimiento carezca de vicios. Los clásicos vicios del error, la fuerza y el dolo, se enumeran en el artículo 1467, y en los que siguen se comienza a tratar de las diversas clases de error (artículos 1468 a 1471), para seguir luego con la fuerza y el dolo.

"Art. 1468.- [Error de derecho].- El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

Presunción de conocimiento de la ley. El artículo 6 del CC. Dice que, "se entenderá que la ley es conocida de todos, y será obligatoria". Se hace coincidir la vigencia de la ley con su publicación en el Registro Oficial (por regla general), y a partir de la publicación es obligatoria y "se entenderá conocida por todos desde entonces".

El artículo 13 del CC., por su parte, declara que la ignorancia de la ley "no excusa a persona alguna". Esto es una consecuencia de la presunción de conocimiento universal de la Ley después de la promulgación y vacancia respectivas. Sin embargo, más que de presunción debe hablarse de "**ficción**", ya que la realidad es muy diversa: pocos son los que conocen todas las leyes, y mucho menos los que las conocen con exactitud. Luego, el legislador no puede suponer (presumir) que todos los habitantes de la República conocen una ley, y menos aún que conozcan todas las leyes.

Varios comentaristas afirman que efectivamente sólo se puede hablar de una ficción de conocimiento, así por ejemplo, Ruggiero, Borja, Alessandri.

Quizá más exacto sea decir simplemente que cumplidos los requisitos que hacen posible el conocimiento de la Ley, ésta **entra en vigencia** porque ya reúne las condiciones que su naturaleza exige. La ley es una norma para seres racionales y libres, que tienen que conocer la norma para poder acatarla, pero el Poder Público no puede descender al plano de cada conciencia individual a averiguar si realmente conoce o no una ley; la función propia de la autoridad es la de crear circunstancias que hagan posible el conocimiento de la ley, creadas esas circunstancias, la ley debe entrar en vigencia.

Hay, pues, obligación de conocer las leyes, y el Estado proporciona los medios para que puedan conocerse. De aquí se deriva que quien no las conoce en principio, no es excusable. De otro modo caeríamos en un relativismo e inestabilidad muy grandes; bastaría alegar ignorancia para librarse del cumplimiento de cualquier deber. Por otra parte la prueba de hechos internos (el conocimiento) suele ser muy difícil o imposible.

Sin embargo, el rigor de aquel principio -de la inexcusabilidad por ignorancia-, tiene que sufrir algunas mitigaciones. Así por ejemplo, si bien es obligatorio para todos los ecuatorianos varones que hayan cumplido determinada edad y condiciones el votar en los comicios públicos, sin embargo, la sanción que se imponga a un hombre ignorante que alegue desconocimiento de la Ley, no puede ser la misma con que se castigue a un abogado, que por razón de su profesión está moralmente más obligado a conocerla.

Si bien la ignorancia no puede excusar del cumplimiento de la Ley, sí puede en cambio producir otros efectos.

A propósito de la posesión establece el artículo 721 del Código Civil que el "error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". De modo que ese error **vicia de mala fe** la posesión, con todas sus consecuencias.

En el artículo 1468 del mismo Código Civil., en el Título referente a los actos y declaraciones de voluntad, dice: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento"; de tal forma que los actos realizados con dicho error no son de suyo nulos sino válidos.

En cambio, el artículo 1699, establece que aquel que ha ejecutado un acto o contrato "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", no puede alegar la nulidad. Por consiguiente aquel que realmente ignoraba el vicio y no estaba obligado a conocerlo, sí puede alegar la nulidad demostrando su ignorancia. En este caso, la demostración del desconocimiento del vicio (desconocimiento de la ley que reconoce tal vicio) no trae consigo la excusa del cumplimiento de la ley, sino precisamente que la ley se cumpla, aplicándose la sanción de nulidad.

El caso del matrimonio putativo (Art. 94 del CC.) es otro, semejante, aunque muy debatido, porque se discute si el error con justa causa, en origen de este matri-

monio, puede ser un error de derecho, o si solamente se debe entender del error de hecho.

El caso más típico, quizá, es el previsto en el artículo 2197 del Código Civil: "Se podrá repetir" (o sea volver a pedir) "lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural". También aquí el derecho de pedir la devolución de lo indebidamente pagado, no significa excusa del cumplimiento de la ley, sino precisamente tutela de la justicia, cumplimiento del derecho evitándose el injusto enriquecimiento del que recibió algo sin tener derecho y aprovechando de la ignorancia de quien pagó o entregó.

"Art. 1469.- [Error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa].- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra".

Para que exista verdadera libertad en las decisiones, se requiere primeramente saber en qué consiste el acto o contrato que se ejecuta; los errores en tal materia, normalmente ocasionan la nulidad, por privar al consentimiento de la integridad necesaria.

El error que afecta a los actos o contratos se refiere fundamentalmente a tres cosas: el objeto, el sujeto y la relación. Según incida más o menos profundamente en las decisiones humanas, el derecho da mayor o menor trascendencia a estos errores, tal como se manifiesta en los artículos que estamos comentando.

En ciertos casos, el derecho trata de dar mayor estabilidad a lo resuelto por actos voluntarios, como en la renuncia de gananciales, que solamente por excepción se puede anular, y precisamente esto es factible cuando se ha incurrido en "un error justificable acerca del verdadero estado de los negocios". De aquí se deduce que el error, si es injustificable, no permite impugnar la validez de dicha renuncia. Tampoco sirve para alcanzar la nulidad, un error meramente accidental, puesto que la ley se refiere "al verdadero estado de los negocios"; esto se ha de entender, en su integridad, en el conjunto o en cuanto sea esencial, fundamental, no meramente accidental.

Hay una estrecha relación entre **error y buena fe**: si el error es inculpable, tal vez, inevitable, se presume que quien ha incurrido en él procede de buena fe. En cambio, si el error pudo y debió evitarse, no disminuye la responsabilidad, se presume la mala fe y el culpable se somete a todas las cargas y responsabilidades.

La doctrina habla del error "determinante", es decir, el que influye decisivamente en lo que haya actuado, contratado o dispuesto una persona: este error normalmente afecta a la validez del acto, ya que vició profundamente el consentimiento. Así se reconoce en el artículo 1086 a propósito de asignaciones testamentarias: si se han dispuesto por un motivo determinante que resulta ser un error de hecho, la asignación se entenderá "no escrita", es decir, se anula, aunque no afecte a la validez de todo el testamento.

El **error de hecho** puede circunscribirse a una mera equivocación de cálculo; una operación aritmética equivocada, por ejemplo un cálculo de intereses mal realizado. Este error de cálculo no produce nulidad del acto o contrato, sino que se debe simplemente rectificar; así está dispuesto expresamente a propósito de la transacción (Art. 2360), pero se aplica el mismo principio a otros contratos, por ejemplo, el de mutuo.

Normalmente no importa **la persona** con quien se contrate, y por esto, el error en la identidad de las partes no afecta a la validez; pero cuando la causa o motivación fundamental para un acto o contrato reside en la consideración de la persona -*intuito personae*- entonces, es obvio que el error resulta esencial y produce la nulidad. Tal es el caso del matrimonio, o de la donación o la transacción; en estos ejemplos, es determinante, decisiva, la identidad de las partes, y el error de hecho en este importantísimo asunto, produce la nulidad.

"Art. 1470- [Error de hecho sobre las calidades de la cosa].- El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.- El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

Es evidente que, en materia de cualidades, la trascendencia del error variará notablemente, según se trate de cualidades esenciales o meramente accidentales; y hay que admitir en el segundo caso, toda una escala de valores, desde lo insignificante, hasta lo de máximo aprecio. El derecho acepta la nulidad cuando el error se refiere a cualidades que sirvan para la identificación misma de las personas o las cosas, o cuando afecta a la esencia misma del acto o contrato, pero no cuando solamente se refiere a cuestiones secundarias, de menor importancia. Así en la compraventa, las cualidades de la cosa vendida pueden originar o no originar la nulidad, según se trate de un error en cualidades esenciales o totalmente secundarias, de menor importancia.

"Art. 1471.- [Error de hecho sobre la persona].- "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato".

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

2º. FUERZA, VIOLENCIA, TEMOR

"Art. 1472.- [Fuerza. Temor reverencial].- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Vicia también el consentimiento, la **fuerza o violencia** que padece una persona. Esa puede ser una acción de la naturaleza (el fuego, la inundación, un terremoto, etc), o bien, obra del hombre. A su vez la acción humana violenta, se distingue, entre la ejercida por la autoridad o la de otras personas; también puede ser legítima o no serlo. Si legítimamente actúa la autoridad por medios coactivos, hay

"fuerza mayor" legal, pero también se da la fuerza mayor ilegítima, como la de asaltantes o bandidos.

La acción violenta de particulares para obligar a alguien a que actúe o deje de actuar, para que contrate o deje de hacerlo, generalmente se efectúa mediante presiones psicológicas: **temor o miedo** producidos por amenazas o principios de violencia física. Esta es la fuerza ilegítima moral que vicia el consentimiento arrancado contra la voluntad del sujeto. Más raro es el caso de fuerza física o material, empleada para obligar a hacer o no hacer algo: como cuando se mueve materialmente la mano del que firma contra su voluntad, o del que es encerrado en un calabozo y no puede hacer uso de su libertad de movimientos. Estas fuerzas materiales son ilegítimas y vician el consentimiento.

El temor que no vicia el consentimiento es aquel empleado legalmente y mediante medios igualmente legítimos. Por ejemplo, si una persona amenaza a su deudor con demandarle para que pague, está infundiendo un temor que no es ilegítimo y el medio para conseguir la finalidad es igualmente legal: seguir una acción judicial.

Ciertos actos, por su especial trascendencia en la vida, como el matrimonio, el testamento, la aceptación o repudio de una herencia, requieren un consentimiento más seguramente libre de vicios y por esto el derecho los protege con especiales normas para apartar toda violencia o miedo.

Una forma específica de temor que considera el Código, es el **temor reverencial**: el que consiste en no querer desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, como son los padres o abuelos de quienes depende una persona. El temor reverencial por sí solo no basta para viciar el consentimiento al punto de ocasionar nulidades, pero en casos calificados, puede llegar al extremo de hacer perder el dominio de sí mismo y por consiguiente sería ya una forma de violencia que se debe apreciar según las normas generales.

Un asunto muy difícil plantea el tema de la sumisión y obediencia de los individuos de las **Fuerzas Armadas** a sus jefes y superiores. Ellos están obligados a obedecer con una rígida disciplina, pero ni aún ésta les priva del discernimiento necesario para juzgar sobre la ilegalidad o constitucionalidad de una orden a la que deberían resistir. Si no ponen todos los medios a su alcance para evitar la violación de la ley, serán culpables y no podrán escudarse en la necesidad de obedecer o en un mal entendido temor reverencial.

Tampoco se puede aceptar que cualquier ciudadano, convencido de la inmoralidad de una ley o de una orden de autoridad, no oponga la debida **resistencia "resistencia civil, objeción de conciencia"**, o apelación a otras autoridades o tribunales. Quien está convencido en conciencia de que se le está obligando a algo malo, debe resistir y actuar todos los recursos y medios legales para impedir el mal: no puede colaborar directa y formalmente en la ejecución de una obra inicua, en la negación de los derechos humanos u otra violación de la ética; si cede, por debilidad o cobardía, no queda exento de responsabilidad.

El tomar posesión implica un acto individual que ha de ser libre y voluntario; si el consentimiento es vicioso, igualmente se calificará de viciosa la posesión (Arts. 724-727).

También estas disposiciones hay que aplicar con la debida cautela al caso del matrimonio.

En realidad, una cosa es la fuerza y otra el miedo. La fuerza física no puede alterar el consentimiento por sí misma, aunque produzca una manifestación de algo que no es consentimiento; como cuando a alguien se le mueve la mano para que escriba o la cabeza para que asienta; en estos casos no hay consentimiento. En estos casos no hay libertad física y tampoco hay consentimiento, sino mera apariencia.

En cambio, el temor o miedo de un mal, coartan la plena libertad, influyen en el consentimiento mismo (no sólo en su manifestación externa) y lo vician de nulidad. Pero es preciso que el miedo, o sea la fuerza moral, reúna ciertas condiciones para que anule el matrimonio. La doctrina enumera estas: que sea grave, injusto y provocado por causa externa libre.

El **miedo grave** puede serlo objetivamente tal o sólo relativamente a determinada persona. Hay causas que provocan temor grave a toda persona, como un peligro real de muerte próxima, mientras que otras circunstancias solamente infunden miedo a personas de temperamento más débil, de carácter menos fuerte o de determinada formación. Es evidente que lo que impresione profundamente a un niño o a una mujer, puede no alterar a un hombre valiente. Pero en cualquier caso, si el miedo es grave -absoluto o relativo-, produce la nulidad, si además es injusto y provocado por causa externa.

El **miedo justo** es el provocado con causa proporcionada y recta, si además los medios empleados son también correctos. Así, el acreedor que amenaza demandar al deudor moroso, infunde un temor justo, porque lo es su causa y el medio empleado. Si falta la justicia sea en el fin o en el medio, el temor deja de ser justo. Si a una persona que ha violado a una mujer se le amenaza con un juicio criminal por ese hecho, y el amenazado se casa por el temor al juicio, no habría nulidad, porque el miedo es justo; pero si a la misma persona se le amenaza de muerte si no contrae matrimonio y se decide a celebrarlo por dicha amenaza, hay miedo injusto que sí vicia el consentimiento y produce nulidad.

Además, la causa debe ser **externa**, es decir, que el miedo no debe ser producido únicamente por pensamientos o cálculos del propio sujeto que lo sufre, sino por un agente externo. Dicho agente debe ser causa libre, porque si fuera causa fatal o necesaria (como en el miedo a un rayo), no cabría justicia o injusticia.

Desde luego, el miedo debe influir en la determinación de casarse para que vicie el consentimiento. Si no influyera, tampoco podría decirse que ha sido realmente grave.

La apreciación de las circunstancias y de las pruebas del miedo es bastante universal, sin embargo puede variar de una a otra legislación. El Código Sánchez de Bustamante, establece que la coacción, el miedo y el rapto, como causas de nulidad del matrimonio se rigen por y la ley del lugar de la celebración.

El rapto.- El artículo 96, señala como causa de nulidad: "3º el rapto de la mujer siempre que ésta, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado su libertad".

Nos hallamos, pues, ante una prohibición o impedimento dirimente, pero que deriva y se relaciona directamente con el vicio de consentimiento consistente en la fuerza. La persona raptada, se presume que no tiene libertad suficiente para expresar su consentimiento matrimonial de modo espontáneo. Hay en el fondo un vicio de consentimiento que se trata de evitar. Siendo el consentimiento libre la esencia misma del matrimonio, este impedimento parece muy conforme con el derecho natural. De aquí que la prohibición mencionada se encuentra en el Derecho Canónico y en las leyes de prácticamente todos los países.

La dificultad surge cuando se trata de señalar con precisión el concepto del rapto, y de conciliar por una parte la debida tutela de la libertad para manifestar el con-

sentimiento matrimonial, y por otra parte el castigo debido por el crimen. Esto ha originado las soluciones distintas que a lo largo de la historia se han propuesto para estos casos.

El Derecho Romano consideró siempre el rapto como un delito capital, y sin embargo reconoció como válido el matrimonio con la mujer raptada si ésta consentía. Justiniano estableció el impedimento dirimente entre el raptor y la raptada. En cambio el antiguo derecho canónico ordenaba que el raptor se casara con la mujer seducida o raptada siempre que no estuviera ya prometida a otra persona (pues en este caso debía entregarla). Después se prohibió en algunas regiones el matrimonio con el raptor, pero no con el carácter dirimente. Graciano hizo posible el matrimonio, mediante penitencia pública, y previa la libertad de la raptada y el consentimiento de su padre. La regla definitivamente establecida se debe a Inocencio III: se puede verificar el matrimonio, siempre que la raptada lo desee y manifieste libremente su consentimiento.

Según nuestro Código Penal (Arts. 529 a 532), el delito de rapto se puede cometer solamente respecto de la persona menor de edad. La privación arbitraria de la libertad de un mayor de edad puede constituir otro delito, pero no el de rapto, por ejemplo, puede configurarse como **plagio**, si se dan las circunstancias previstas en el artículo 188 del Código Penal. Si se interpreta el artículo 96 del Código Civil, según la definición legal de "rapto", resulta entonces que no se protege realmente el libre y espontáneo consentimiento sino en unos casos y en otros no: si se priva de su libertad a una mujer mayor de edad, no hay rapto, en ese sentido penal.

Según el mismo Código Penal, "el raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatar, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio" (Art. 532 del C.P.). Por consiguiente, para provocar la causa de nulidad del matrimonio no se requiere previa declaración en juicio penal, de que existe delito de rapto, sino que al contrario, debe preceder el juicio civil. De aquí se sigue que el concepto de "rapto", en lo civil es más amplio que en lo penal. Declarada la nulidad del matrimonio por rapto, todavía queda por averiguar si hay propiamente crimen de rapto. El delito tiene que ajustarse estrictamente a la tipificación legal, en cambio el concepto civil de rapto puede entenderse algo más ampliamente. Fundándonos en este razonamiento y en que, el fin de la ley civil es en este punto asegurar el libre y espontáneo consentimiento, podríamos interpretar extensivamente el numeral 3º del artículo 96 y admitir que

también sería nulo el matrimonio contraído con una mujer mayor de edad que hubiere sido privada de su libertad física: "raptada civilmente".

Un último problema plantea el rapto. La menor raptada ¿podrá ser sancionada conforme al artículo 89 Código Civil, por quienes debían consentir o autorizar su matrimonio? Debemos contestar en general negativamente, puesto que esas sanciones civiles suponen una culpa y en el caso de rapto esta no existe, salvo que la raptada haya consentido el delito y haya seguido voluntariamente al raptor.

"Art. 1473.- [Fuerza empleada por cualquier persona].- Para que la fuerza vicio el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento".

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

3º. EL DOLO, ENGAÑO, FRAUDE

Art. 1474.- [Dolo].- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

Cabe expresar que según el Art. 29 último inciso, de nuestro Código Civil, el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo".

"Art. 1475.- [Prueba del dolo].- El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse".

El dolo consiste en cualquier acción u omisión dirigida conscientemente a causar daño a otro en su persona o bienes. Por tanto, el dolo origina responsabilidad y obliga a reparar, independientemente de que se haya producido un engaño en la víctima; así el depositario que voluntariamente deja que se pierda o deteriore la

cosa que se le confió para su custodia, responde por dolo, ya que su conducta no constituye una mera negligencia, sino que realmente quiso producir un perjuicio u obró en forma tal que solamente se explica por esa intención malvada.

En cambio, el dolo, entendido como vicio del consentimiento, se refiere solamente a los actos o contratos en los que una parte es inducida a engaño, incurre en un error provocado por otro. Casi siempre quien actúa dolosamente es la contraparte, el otro contratante que engaña mediante argucias, ocultamiento de datos, ponderación falsa de cualidades o circunstancias que llevan a torcer la libre decisión del otro contratante.

Los fraudes, estafas u otros procedimientos ilegales para aprovecharse injustamente en los negocios y obtener ganancias no justificables, son casos de dolo, aunque la intención directa de quien los comete sea la de enriquecerse, indirectamente y de modo inseparable, se busca el daño de otra persona.

Pero también puede intervenir un tercero –que no sea parte del contrato– que quiere causar daño y provoca el error de uno o ambas partes de la convención. Este dolo de una persona ajena al contrato no permite la rescisión del mismo y solamente da acción de reparación de los perjuicios que haya causado el que obró dolosamente.

El dolo, para causar la nulidad y dar derecho a la acción rescisoria, debe ser **determinante**, es decir, debe haber llevado efectivamente a contratar o a admitir los concretos términos del contrato. Simples equivocaciones accidentales o errores de apreciación respecto de cualidades secundarias, aunque hayan sido inducidos por la actuación de otro, no ocasionan nulidad, ya que no tuercen sustancialmente el consentimiento libre, no lo vician en condiciones de producir la nulidad de lo actuado.

Frecuentemente la existencia de vicios redhibitorios depende de la actuación dolosa del vendedor, que engaña sustancialmente sobre la bondad de la cosa vendida, con la intención de obtener una ganancia injusta; ésta implica, naturalmente el correspondiente daño del comprador.

Quien ha sufrido las consecuencias perjudiciales del dolo cometido por otro, puede condonarlo, es decir, renunciar a exigir la reparación: es un caso de renuncia de derechos propios, sin perjuicio para otra persona. En cambio, no se admite la **condonación** del dolo futuro, puesto que equivaldría a autorizar privadamente

una actuación ilegal, lo que no es admisible; iría contra el orden público la condonación del dolo futuro.

OBJETO DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD

"Art. 1476.- [Objeto de la declaración de voluntad].- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración".

Las declaraciones de voluntad se dirigen a producir algún efecto jurídico: crear, modificar o extinguir obligaciones. Tienen trascendencia en el plano jurídico únicamente en cuanto modifican, de alguna manera, las relaciones de esta misma categoría (jurídicas). Por esto, propiamente, el objeto de los actos y contratos consiste siempre en una conducta humana: una acción u omisión. Como precisamente dice el artículo 1476: "se trata de dar, hacer o no hacer". El "dar" es una concreta acción y lo que se da o se obliga a dar, es propiamente un derecho, aunque vinculado con una cosa. Así, se da la propiedad, la posesión o la mera tenencia.

Las conductas humanas, para ser objeto de actos y declaraciones de voluntad, han de tener, por consiguiente, una repercusión en el ámbito jurídico; y la ley, para regularlas, tiene en consideración los diversos derechos: los del sujeto o los sujetos que intervienen, los de terceras personas y los de la sociedad entera. Esto origina las limitaciones impuestas a los actos y contratos. No se puede actuar o adoptar una conducta negativa (omisión), con perjuicio del bien común o violando los derechos de otros. Los artículos del Código, que siguen señalan las principales limitaciones necesariamente impuestas a las declaraciones de voluntad, centradas en torno a su objeto.

Aunque, como se acaba de expresar, el objeto consiste propiamente en situaciones jurídicas, la ley, para mayor claridad y sencillez, se refiere a las cosas sobre las que recaen los derechos. Desde luego, el primer requisito de los actos y contratos, consiste en su legalidad: no pueden dirigirse a violar o burlar la ley: el objeto ha de ser lícito.

Sin embargo, el derecho no se cierra en sus propios y estrechos límites, sino que está llamado a realizar valores humanos más altos, como son los principios éticos y morales. Por esto, el objeto de los actos y contratos no es protegido por las

leyes, si es contrario a la moral y las buenas costumbres o carece de la debida determinación, lo cual dejaría abierta la puerta para todo abuso.

"Art. 1477.- [Requisitos del objeto].- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

Este artículo señala cuatro condiciones esenciales del objeto de los actos y contratos: existencia, cierta determinación, posibilidad física y posibilidad moral. Luego da el concepto de posibilidad física y moral.

En cuanto a la **existencia**, se ha de entender con relación al orden jurídico; por esto, lo que no está en el comercio, no se considera como objeto de declaraciones de voluntad.

La existencia puede ser actual –al momento del acto o contrato-, o futura, pero en cualquier caso, esa existencia no puede ser contraria al orden de la naturaleza y al orden de la moral. Se reconoce lo que es contrario a la ética de dos maneras: porque las leyes justas lo prohíben, o bien, porque las buenas costumbres, la manera honesta de comportarse los mejores ciudadanos, las condene.

El concepto de "**orden público**", no resulta fácil de definir, porque se han formulado diversas teorías y resulta una noción polémica; pero, se puede convenir al menos en que pertenece a este orden público, todo lo que atañe a la fundamental organización de la sociedad: su estructura constitucional, el respeto de los derechos esenciales del hombre, la organización de las funciones del estado, los medios más directamente vinculados con la consecución del bien común. Así es como se admite que forma parte del "orden público" el derecho constitucional y muchas normas del derecho administrativo, del derecho procesal, penal y laboral; se suman, las reglas que organizan lo más esencial de la familia.

Hay una analogía notable entre el "orden público" y el "derecho público", y prácticamente cuanto está incluido en el segundo, pertenece al primero; además, hay ciertas disposiciones del derecho privado que también se incluyen en el orden público, como los impedimentos matrimoniales, los derechos de los cónyuges, y otras que se refieren al régimen fundamental de la familia.

"Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano".

El artículo 1478 decía, hasta la reforma de 1976: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto". El Decreto Supremo 797-B, promulgado en el Registro Oficial 193 de 15 de octubre de 1976, interpretó en el sentido de que "el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional". Se trataba de una interpretación antojadiza e inaceptable: no puede determinarse la violación del derecho público ecuatoriano con subordinación al lugar donde se celebre el contrato; en todo caso, podía considerarse si los efectos se producían en el Ecuador, pero no el lugar de la celebración. Más aún, hay mayor razón para exigir el cumplimiento del Derecho Público Ecuatoriano cuando un contrato se celebra en el Ecuador, que cuando se celebra en el extranjero.

Felizmente esta desafortunada interpretación fue derogada por la ley sin número, publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997. Pero esta ley, derogó también la frase: "Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto".

En el estado actual de la legislación queda firme que no se puede arbitrariamente someter un asunto a una jurisdicción extranjera; pero esto no significa que no se deban aplicar las leyes extranjeras y que no se deba reconocer la competencia de tribunales extranjeros de modo absoluto; efectivamente, hay convenciones vigentes en el Ecuador que así lo permiten o lo ordenan. En tales casos, no se está violando el orden público ecuatoriano, sino aplicándolo, ya que los tratados válidamente celebrados son leyes de la República.

Actualmente, la vigente Constitución en su Art. 422 determina que: "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controver-

sias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas".

"Art. 1479.- [Pactos sobre sucesión futura].- El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona.

Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el Título **De las asignaciones forzosas**".

La sucesión por causa de muerte permite que continúen existiendo ciertos derechos y obligaciones más allá de la muerte de su titular; otras personas le suceden en esas relaciones jurídicas. A veces se dice que los herederos "representan" al de *cuius*, pero esto no es exacto: se quiere indicar que los sucesores continúan en el ejercicio de los derechos y asumen las obligaciones que tenía el causante. Esta prolongación de las relaciones jurídicas aún después de la muerte del sujeto, se reconoce en todos los países del mundo, con mayor o menor extensión, y constituye, en todo caso, un estímulo para el trabajo, el ahorro y la sustentación de los vínculos familiares.

Así como se reconoce el derecho humano a la propiedad particular, también lo es el de disponer de la propiedad (y otros derechos), para después de la muerte.

La Constitución de la República, tradicionalmente, ha reconocido y la actual reconoce el **derecho de herencia**. Ésta puede ser testamentaria o intestada: la segunda se rige por normas legales que, en cierto modo, interpretan la voluntad del causante, o por lo menos, lo que es normal: que una persona desea que sus bienes pasen a los miembros de su familia más próximos, el cónyuge, los hijos, los padres, los hermanos y sobrinos. A algunas de estas personas, la ley garantiza el derecho de heredar, a través de la institución de las "legítimas" y las asignaciones forzosas. Son asignaciones forzosas la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en las sucesiones de los descendientes.

Las **legítimas** son la cuota de bienes que la ley asigna a los legitimarios. Actualmente son legitimarios, en el Ecuador, solamente los hijos y, a falta de ellos, los padres del causante.

Los bienes no comprendidos en las asignaciones forzosas, son de **libre disposición**, o sea, que el testador puede asignar a cualquier persona.

De este esquema elemental de las sucesiones en el Ecuador, se deduce que, cualquier persona puede o no hacer testamento; que en este acto de disposición de los bienes para después de sus días, puede ordenar que pasen una parte de sus bienes a cualquier persona (todos los bienes, si no tiene legitimarios; hasta la mitad de los bienes si no tiene hijos ni otros descendientes; o la cuarta parte, si los hay). Esta libertad limitada de testar no puede alterarse mediante convenciones, ni siquiera con los mismos beneficiarios; así, no se admite que un hijo contrate con su padre que no ha de recibir la legítima que le corresponde, o que le ha de dejar el padre todos los bienes o cualquier otra convención sobre la sucesión futura. En caso de realizarse tales contratos, carecen de valor las disposiciones sobre la sucesión futura.

Un caso especialmente prohibido, es el de las **disposiciones captatorias**, es decir, las que se pretende obtener o se obtiene mediante recíprocas asignaciones: una persona deja sus bienes a otra a condición o como causa para que ésta a su vez le deje una herencia o legado; tales convenciones están específicamente reprobadas y no pueden surtir efecto alguno.

La única declaración de voluntad que puede referirse válidamente a la sucesión futura, es la promesa que una persona puede hacer, de **no donar ni asignar** por testamento parte alguna de la porción de **mejoras**. Esta promesa, si se hace por escritura pública, debe ser respetada por quien la ha hecho. El efecto de tal promesa, consistirá en que la parte de mejoras se ha de repartir por partes iguales entre los descendientes, según las reglas de la sucesión intestada; en cambio, en el testamento, quien lo otorga puede dejar toda la cuarta parte de mejoras a uno o más de sus descendientes, y, en caso de ser varios, en porciones iguales o desiguales, según le plazca; esta distribución libre es la que se puede comprometer a no realizarla, de modo que los descendientes reciban según las normas legales, que establecen partes iguales para los hijos.

La **partición** que eventualmente haya hecho una persona, por acto entre vivos, debe ser respetada, siempre que no vaya contra el derecho ajeno; concretamente, debe respetarse las asignaciones forzosas y las legítimas, de suerte que si alguno se sintiere perjudicado, puede reclamar contra dicha partición y, si prueba que se afecta a su derecho, se procederá a la reforma del testamento.

Nada impide, en cambio, que un heredero disponga de los bienes ya recibidos, de la herencia ya abierta y deferida. El artículo 1253 se refiere a esta posibilidad de disponer "de cualquier manera" de dichos bienes, sea en forma de cuota o de cuerpos ciertos.

"Art. 1480.- [Enajenaciones con objeto ilícito].- Hay objeto ilícito en la enajenación:

1. De las cosas que no están en el comercio;
2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y,
3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello".

No están en el comercio las cosas que son comunes a todos los hombres. En cuanto a los bienes nacionales, si son de uso público, tampoco son comerciables, pero puede variar su destinación, por acto administrativo y entonces bien pueden ser objeto de concesiones, actos y contratos.

En determinadas circunstancias, resulta necesario o conveniente prohibir el comercio de ciertos bienes, por ejemplo, las divisas extranjeras. Por razones de salud se restringe el comercio de drogas y otras substancias que pueden ser peligrosas o dañinas.

Los órganos y tejidos del cuerpo humano se excluyen de todo género de negociación.

Los derechos cuya enajenación está vetada son: el usufructo legal del padre o madre de familia, los derechos de uso, habitación, el patrimonio familiar y la anticrisis.

Los **privilegios** que admite el Código son los relativos a la prelación o preferencia de créditos; este orden en que se han de cubrir las acreencias tampoco puede ser negociable, aunque sí cabe que una persona renuncie a su privilegio.

Se asimila al **embargo, el secuestro**, para el que rigen prácticamente las mismas normas, por lo cual, tanto las cosas secuestradas como las embargadas, no son objeto lícito de declaraciones de voluntad. Con todo, lo que está embargado

puede ser enajenado con permiso del juez o del acreedor en cuyo beneficio y seguridad se dispuso el embargo; en estos casos, se entiende que la venta de los bienes ha de servir precisamente para cubrir la deuda. El juez no está obligado a dar el permiso, sino que tiene la facultad de hacerlo, es decir que ha de considerar si es prudente o no lo es; podría, eventualmente, disponer que el precio se pague directamente al acreedor, o que se deposite en el juzgado para pagar al acreedor.

Hay ciertos actos o contratos que se prohíben solamente en cuanto se realicen entre determinadas personas, como es el caso de la compraventa entre padres e hijos de familia, o las ventas o las compras de bienes por parte del administrador de tales bienes. Estas limitaciones, que normalmente son temporales, no significan sacar del comercio esas cosas, pero sí impiden que sean objeto lícito de actos y contratos mientras subsistan las circunstancias que determinan este gravamen.

También puede haber limitaciones en cuanto a la cantidad, como cuando se impide la **donación universal** de los bienes de una persona, la que quedaría sin lo indispensable para su subsistencia. Aunque, enumerando los respectivos bienes, se donaran, quedaría siempre al donante la posibilidad de adquirir y conservar en el futuro; el derecho no autoriza que una persona se coloque en una situación de total indigencia, con lo que se convertiría en una carga para la sociedad.

Para resguardar los medios indispensables para ganarse y sustentar la vida, se declaran **inembargables** una serie de objetos de trabajo y uso personal (Art. 1634). Los demás bienes pueden embargarse, y entonces se destinan a ser vendidos en pública subasta para pagar las deudas del dueño de esos bienes; éste no deja de ser propietario, pero no se le permite disponer de tales cosas, ya que están destinadas a satisfacer sus obligaciones e impedir que sean perjudicados los acreedores. En el caso de quiebra, de cesión de bienes o concurso de acreedores, el conjunto del patrimonio del deudor está sujeto a un proceso especial de liquidación, para pagar a los acreedores, en el orden de preferencia de sus créditos; solamente se reserva una parte de los bienes para las necesidades del mismo dueño, el resto servirá para pagar sus deudas, por tanto, no puede realizar actos o contratos que disminuirían su patrimonio o dejarían impagos a los acreedores; sin embargo, se puede llegar a un concordato o convenio precisamente para alcanzar la liquidación y cubrir los derechos de los acreedores –incluso reduciendo en algo su cuantía–, y dejando a favor del deudor insolvente, lo indispensable para su vida.

Las **medidas cautelares**, sobre todo la prohibición de enajenar, tienen la misma finalidad de asegurar el pago a los acreedores. Con todo, tales medidas no impiden de modo absoluto el realizar ciertos actos o contratos; así, la jurisprudencia ha reconocido la validez de una promesa de venta, ya que ésta no significa todavía una enajenación, y más bien puede abrir un camino para liquidar los bienes y cubrir los créditos.

La **prohibición de enajenar** puede establecerse contractualmente, por un cierto tiempo, no de manera indefinida. En cambio no se puede imponer por parte de una persona particular dicha prohibición a otro, ni siquiera en el caso de enajenación a título oneroso, por ejemplo, el vendedor no puede imponer al comprador que no ha de enajenar la cosa vendida. Sí es posible que el donante, testador o quien traspasa sus bienes a título gratuito, imponga una limitación –nunca absoluta o con límite de tiempo– para la enajenación. En la misma línea está la prohibición de pactar una indivisión permanente de los bienes: el derecho solamente la autoriza por cinco años, aunque puede renovarse.

"Art. 1481.- [Condonación del dolo].- El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale".

En principio, todo el que administra bienes ajenos está obligado a llevar cuenta de su administración y a rendir cuenta. Expresamente se declara este deber, en el caso del guardador (Art. 516), del albacea (Art. 1330), el administrador de los bienes hereditarios (Art. 1284), el socio administrador (Art. 1984), el mandatario (Art. 2059).

Una vez rendida la cuenta, el dueño de los bienes o del negocio, puede condonar el saldo deudor, incluso puede perdonar los perjuicios que se hubieren producido por culpa y aún por dolo del administrador; pero no se presume esta condonación, sino que debe constar expresamente.

Esta remisión equivale a una donación y requiere la misma capacidad y condiciones exigidas para donar. En cambio, no se admite la condonación del dolo futuro, puesto que significaría autorizar una conducta de mala fe, lo que es contrario a las buenas costumbres.

Hay renuncias que equivaldrían a una condonación del dolo; tal es el caso de la renuncia a las acciones de nulidad o de rescisión, que impedirían reclamar el dolo

cometido por una de las partes de un contrato. Tales cláusulas se consideran no puestas.

"Art. 1482).- [Objeto ilícito. Juego. Inmoralidad].- Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes".

En principio, los actos que la ley prohíbe son nulos y sin ningún valor, salvo que se designe otro efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención (Art. 9). Tal nulidad corresponde precisamente a la falta de objeto lícito: hacer lo que la ley prohíbe, es obrar ilícitamente, y, si se ha prometido o contraído una obligación de actuar contra la ley, no se contrae ninguna obligación directa; más bien, indirectamente se puede quedar obligado a reparar el daño que se siga del cumplimiento o del incumplimiento de tal promesa.

Los casos considerados en el artículo 1482 como objetos ilícitos de las declaraciones de voluntad, se podrían calificar como "contrarios a las buenas costumbres". Los juegos de azar, aunque tolerados, no están protegidos por el derecho, y no dan lugar a acción para reclamar lo que se haya ganado; pagada la apuesta voluntariamente, no se puede repetir, salvo el caso extremo de que se demuestre el fraude o dolo con el que se obtuvo la ganancia. El hábito inmoderado del juego, es motivo para poner en interdicción a la persona que derrocha así su dinero y pierde el tiempo de forma inútil.

La **síntesis** de los derechos reconocidos al juego o apuesta legítimos está en el artículo 2165: "El juego y la apuesta no producen acción sino solamente excepción.- El que gana no puede exigir el pago.- Pero si paga el que pierde, no puede repetir lo pagado, a menos que se haya ganado con dolo".

Este esquema de obligaciones, se ha calificado generalmente como una **obligación natural**: no origina acción, pero una vez cumplida válidamente la obligación no se puede privar al acreedor de lo recibido legítimamente.

Es casi universal este ordenamiento jurídico de las apuestas y juegos, pero, modernamente se separan de él algunos países. En México el que ha pagado por un juego prohibido, puede reclamar la devolución (repetir), pero solamente el 50% será para él, mientras que la otra mitad pasa al Estado para obras de beneficen-

cia; al que ha pagado por juego permitido, se le permite demandar pero únicamente dentro del estrecho plazo de treinta días. Colombia ha reformado su sistema para permitir siempre la repetición de lo pagado. En Argentina se puede demandar lo ganado en juegos permitidos, pero el tribunal tiene facultad de reducir equitativamente el monto de estas deudas en consideración del patrimonio del deudor.

La primera obligación de los jugadores consiste en atenerse a las **reglas del juego**; no hacerlo significaría un proceder ilegítimo que quitaría validez a las obligaciones dimanantes de un contrato. Terminado el juego, según el resultado, uno será acreedor y otro deudor: el que perdió debe pagar al que ganó, y una vez que ha cumplido esta obligación no puede repetir alegando que era deuda de juego, no provista de acción.

¿Cómo se explica esta negativa a conceder la repetición? – Planiol y otros autores se remiten al aforismo "*in turpi causa melior est conditio possidentis*" muchos simplemente niegan la acción y el derecho de repetir, aduciendo la falta de objeto lícito, tal como lo declara nuestro Código en el artículo 1482. La explicación de la irrepetibilidad, según Diez-Picazo, se halla en que nadie puede alegar la propia torpeza y el juego no debe justificar un desplazamiento patrimonial originado en una acción torpe.

Se presenta un problema con las apuestas que se colocan físicamente sobre la mesa de juego y las que se depositan en manos de un tercero. Estos actos se interpretan por algunos, como un **pago anticipado**, pero otros observan que no cabe pago cuando aún no hay acreedor y cada jugador puede serlo, está en potencia de ganar. Aubry acepta que se trata de un pago anticipado, sujeto a la condición de ganar, y quien realmente gane podrá defender la apuesta como cosa propia. Borda considera dudosa esta solución, por no existir todavía acreedor ni obligación; en cambio, considera que el depósito hecho en manos de tercero, no jugador, debe considerarse como un mandato de entregar al ganador, y éste tendrá acción para cobrar lo que le pertenece, debiendo entregárselo el depositario.

En principio, no se puede repetir lo pagado; pero esto se refiere a lo "**voluntariamente pagado**"; y, como anota Lacruz, no hay voluntariedad si se pagó por dolo del contrincante, o por fuerza ejercida contra el perdedor. En cuanto al error, no justifica la repetición de lo pagado, si el error fue del perdedor que pagó, pero si fueron sus herederos quienes pagaron de buena fe, creyendo que no se trata-

ba de una deuda de juego, esta buena fe debe ser tutelada y se reconoce el derecho de repetir.

Además de los casos de dolo o fuerza, también dan lugar a la repetición, los pagos verificados por un **incapaz**; la ley protege especialmente a estas personas, aparte de que muchas veces serán engañados por su inexperiencia o sufrirán los efectos de la violencia en forma de amenazas que no saben resistir. Los representantes legales de los menores o de los interdictos presentarán la acción de repetición y si demuestran que sus pupilos eran incapaces el momento del pago, el juez ordenará la restitución. Esto se reconoce en el artículo 2167: "Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrán repetirse en todo caso por los respectivos padres de familia, tutores o curadores". "En todo caso", dice, y entendemos que esto se refiere a que no se requiere probar que hubo dolo o violencia contra estos incapaces.

La acción para repetir por dolo o por tratarse de incapaces perdedores, se dirige contra el ganador que recibió el pago; pero también puede dirigirse contra el dueño o administrador de la casa de juego; éste responde solidariamente con el ganador; pero si el juego fue en una casa de familia, solamente habrá responsabilidad si se conoció que el jugador era un incapaz.

Así como no hay acción para cobrar estas deudas, tampoco se puede oponer en **compensación**, ni se pueden convertir en otras obligaciones por una novación o por **transacción**. El vicio original, la falta de objeto lícito, se transmite a las nuevas obligaciones y el derecho impide lo que sería un fraude de la ley: a través de una compensación, novación o transacción, llegar a demandar deudas de juego que carecen de acción.

También son nulas las fianzas, prendas o hipotecas para garantizar estas obligaciones de apuesta o juego, y no cabe la cláusula penal, porque sería igualmente carente de acción para exigirse.

La simulación de otra causa, para ocultar que una obligación nació por apuesta o juego, no produce efecto novador ni convalida el objeto ilícito. Lorenzetti presenta el ejemplo de un pagaré en que se diga "por dinero recibido", si se prueba que la verdadera causa fue la deuda de juego, se desechará la acción judicial para cobrar ese instrumento.

No son deudas de juego las que no derivan directamente de él; así los préstamos hechos a los jugadores, sí son exigibles con acción judicial, siempre que no hayan sido otorgados por otro jugador. Algunos opinan que estos **préstamos** solamente valen si se ignoraba el destino del dinero, pero Borda desecha esta distinción que daría lugar a verdaderas injusticias, por dificultades de prueba; se ha de reconocer el valor de los préstamos, que son contratos autónomos, y no se requiere entrar a indagar sobre la intención o el destino que se pretendió dar al dinero.

Otro contrato que tendrá valor aunque se entronque con el juego, es el mandato. Si una persona recibió el poder y la **orden de pagar** una deuda de juego por cuenta del comitente y lo hace, tendrá derecho de reembolsarse lo que gastó en cumplimiento de este mandato.

En cambio, el **mandato de jugar** o jugar en sociedad con otro, es una forma más de jugar y no da acción. Tampoco tendrá acción el gestor de negocios que actúa para presunto beneficio de otro y paga lo que ha perdido en el juego. Los **objetos obscenos** presentan una mayor gravedad: atentan contra la moral y pueden causar daño no sólo a sus dueños sino a otras personas, de allí la prohibición más severa, incluso en el ámbito penal.

Finalmente, los **abusos de la libertad** de prensa se pueden también configurar como delitos castigados por el Código Penal.

Algunos contratos son expresamente prohibidos, para asegurar los intereses de menores u otros incapaces, o bien, para la buena marcha de la administración pública; tal es la prohibición a los magistrados de **ejercer el comercio**, o la prohibición de otros trabajos a los legisladores.

CAUSA ILÍCITA

"**Art. 1483.- [Causa. Concepto y requisitos].-** No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por **causa** el motivo que induce al acto o contrato; y por causa **ilícita** la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

En el plano filosófico la noción de causalidad tiene suprema importancia. El sistema de explicación del universo entero depende de la concepción y clasificación de las causas. El sentido que se admite de la causalidad resulta igualmente decisivo en todas las ciencias, naturales y humanas, morales, históricas, etc. También en el ámbito del derecho la causalidad tiene enorme trascendencia.

Nuestro Código Civil, y aún el sistema jurídico en su conjunto, se fundamenta en una concepción de realismo moderado con relación a las causas. Se reconoce la causalidad tal como la capta el **sentido común**, tal como resulta imprescindible para explicarse los más diversos fenómenos y relaciones existentes dentro del mismo hombre y fuera de su conciencia y de su ser.

Nada más ajeno al derecho que las elucubraciones fantásticas de algunos filósofos subjetivistas, relativistas o idealistas.

Nuestro sistema jurídico se apoya en la filosofía aristotélico-tomista, en la filosofía del sentido común, o filosofía permanente, que cualquier persona, aún sin mayor reflexión admite como expresión cierta de la realidad. Incluso nos cuesta admitir que alguien pueda negar la realidad del mundo exterior y la serie de causas que ordenan toda la realidad: los planteamientos de los filósofos idealistas aparecen como la negación de lo más evidente.

Este **realismo moderado**, el del sentido común, reconoce que unos seres y acontecimientos influyen en otros: producen modificaciones, incluso el paso a la existencia o a la inexistencia: las cosas existen o dejan de existir por alguna causa.

La causa eficiente actúa directamente produciendo esas modificaciones en el ser, en las cualidades, en el estado, etc. de algún ser. Así, el fuego calienta, la enfermedad mata, la gravedad hace caer los cuerpos pesados, las pasiones mueven la voluntad libre, el artista produce una obra maestra o mediocre, los ideales llevan a actos en ciertos casos sublimes, los intereses inclinan a actuar de cierta manera, etc. Todo está sujeto a la causalidad eficiente.

Cuando un ser inteligente y libre, como es el hombre, se propone algo, se mueve a actuar o dejar de actuar por una causa final, por un motivo que le atrae y que motiva a su libre arbitrio para poner o no poner ciertos medios para alcanzarlo.

La **causa eficiente** y la causa final juegan un papel decisivo en toda la vida humana, y consiguientemente tienen amplia cabida en el mundo jurídico.

No se puede dejar de considerar la **causa material** y la **causa formal**, que están de alguna manera en los mismos objetos o en las acciones, como elementos más o menos determinados sobre los que actúan las causas eficientes y finales. Un escultor cuenta con el mármol, en el que imprime una figura como expresión de su pensamiento, sus sentimientos o ideales; es causa material para muchos comportamientos humanos, la misma realidad de la persona o las diversas cosas del mundo exterior, sobre las que influye la acción humana. La causa formal específica, determina, da un sentido o una finalidad nueva a lo que carecía de forma o tenía otra distinta, como cuando del bronce fundido se logra una escultura.

Tampoco se ha de olvidar las **causas instrumentales** que permiten el paso de la acción de la causa eficiente a la materia en que ejerce su influjo. Un artesano construye una mesa, y él es realmente la causa eficiente, pero no lograría su objetivo final, si no empleara unos instrumentos, que son precisamente la causa instrumental.

En el mundo del derecho, la **voluntad libre del hombre**, es causa eficiente de casi todos los efectos jurídicos.

La **expresión de esa voluntad**, mediante el lenguaje, formas más o menos solemnes como la escritura, etc., son causas instrumentales. Lo que se propone el sujeto al actuar o dejar de actuar está en el orden de la causalidad final.

Los **bienes externos, los derechos, los intereses**, y otros factores que el derecho toma en consideración son la causa material de las relaciones jurídicas.

La **causa formal** aparece a veces como algo totalmente libre, dejado al arbitrio particular, y otras veces, sujeto a ciertas normas, precisamente formales, señaladas por las leyes.

Además de la causalidad humana, inteligente y libre, el derecho no puede dejar de regular los efectos de hechos, fenómenos, relaciones, efectos, etc., causados por **agentes de la naturaleza**, como cuando se dan normas sobre la fuerza ma-

yor o el caso fortuito, o bien en las leyes sobre los daños causados por animales, por cosas, y aún por el hombre pero de manera absolutamente involuntaria. Esta causalidad natural, se sitúa junto a la causalidad propiamente humana, fruto del ejercicio de la libertad.

Los artículos 1483 a 1485 se refieren directamente a la **causa humana**, en cuanto causa eficiente, movida en el sujeto por la causalidad final. Lo que una persona se propone, lo que busca con su acción u omisión. Concretamente, refiriéndose a los actos y declaraciones de voluntad: lo que provoca tales actos o contratos.

Los **actos humanos** para merecer la protección legal deben, pues, tener una causa real, posible y lícita. No pueden tener el amparo del derecho los actos o declaraciones de voluntad que versen sobre cosas inexistentes (al menos potencialmente, en el futuro), o sobre cuanto sobrepasa las capacidades naturales (hechos o cosas imposibles), y, mucho menos, lo que sea contrario al mismo derecho por contrariar las normas éticas o desconocer el derecho ajeno.

El derecho atiende principalmente a los actos **externos**, pero no desconoce la importancia de las **disposiciones internas** del sujeto. Por esto se distinguen las conductas de buena y de mala fe; se considera si una persona procede culpablemente o dolosamente; si tiene la intención de cumplir una obligación o no la tiene. Estas disposiciones internas, normalmente se expresan de alguna manera exteriormente, o por lo menos, permiten suponer, presumir, a base de la conducta normal de las personas en tales o cuales circunstancias. Es así, como la causa de los actos y contratos, se entiende en el derecho principalmente desde un punto de vista objetivo: el de las relaciones normales entre las acciones u omisiones y los efectos que producen (causalidad eficiente); pero también entra en juego, la consideración de la intención, el objetivo o finalidad a la que se dirige la voluntad: el factor subjetivo, intencional que se inspira en la causa final.

Para que el acto humano sea éticamente positivo, bueno, se requiere que **el fin y los medios** sean en sí mismos honestos, y que circunstancias exteriores no alteren esa recta orientación hacia el bien. En el plano jurídico, de manera paralela a esto, se requiere también, una causa buena, unos medios honrados, y una finalidad que no contrarie el recto orden de la sociedad. Cuanto se encuadra dentro de este respeto al valor de lo bueno, tiene la protección legal; por esto, se exige una causa real, posible y lícita.

Las diversas **prohibiciones** que contiene el derecho, encauzan la conducta humana, hacia el bien común, hacia la realización de los supremos valores de lo verdadero y lo bueno. Cuando se violan estas prohibiciones, el sujeto no puede aspirar a que el derecho proteja sus acciones y las consecuencias o efectos de ellas; la falta de causa legítima, es sancionada por el derecho.

La **sanción** más común consiste en privar al acto u omisión ilegítimos, de todo efecto favorable para quien los realizó: esta es la **nulidad** de los actos contrarios al derecho. Los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor. Se entiende, de ningún valor positivo para quien los hace en contravención del derecho; porque sí pueden tener efectos negativos para ese mismo sujeto, tales como la obligación de indemnizar o de someterse a penas, incluso de índole delictual.

En algunos casos, las prohibiciones son solamente temporales u ocasionales, es decir, dadas ciertas circunstancias, como por ejemplo, la prohibición de que los padres que ejercen la patria potestad de sus hijos, compren los bienes de éstos, mientras son menores de edad. O la prohibición de ejercer el comercio, que afecta a los jueces y magistrados.

A veces, las prohibiciones están subordinadas a la consideración del efecto perjudicial de ciertos actos, que de suyo no serían reprobables, pero que se vetan cuando pueden causar un daño, como el hecho de disparar un arma de fuego en lugares en que se puede herir o matar, mientras que nada impide que se lo haga en campo abierto y no habitado.

Una misma acción puede deteriorarse y dejar de ser lícita para convertirse en ilícita, por circunstancias que la rodean y en cierto modo hacen parte de la misma acción. Así la donación puede tener un alto valor positivo, pero se convierte en un acto vedado por la ley, cuando no guarda proporción con la capacidad económica del donante y pone en peligro su misma subsistencia decente.

El derecho sanciona con la nulidad de diversas maneras: a veces, absolutamente, otras, sólo de modo relativo, de suerte que corresponde alegar la nulidad a la persona o personas que se trata de proteger, como por ejemplo los incapaces.

Las prohibiciones pueden ser generales, o solamente aplicables a actos y contratos realizados en determinados estados o circunstancias que las leyes toman en consideración. Tal es el caso de las donaciones por causa de matrimonio, o de la

especial libertad con la que debe proceder quien hace testamento, quien reconoce a un hijo, acepta o repudia una herencia, etc.

Hay actos cuya causa está **especificada por la ley**, o respecto de la cual el derecho marca una determinada calidad, condición o gravedad; como cuando se indica que se puede pedir la exhibición de cuentas del guardador, si existe un motivo grave para pensar que no se está protegiendo debidamente los intereses del pupilo.

"Art. 1484.- [Sanción del objeto o causa ilícita].- No podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas".

La carencia de causa lícita produce **nulidad absoluta** del acto o contrato, y por tanto, puede ser declarada de oficio por el juez. En cambio, quien ha producido conscientemente la nulidad, ha actuado de mala fe y no puede beneficiarse de su propia conducta contraria al derecho.

Consecuencia de estos principios, es lo que dispone el artículo 1484: la falta de causa no da acción ni excepción a favor del que obró dolosamente, es decir, quien hizo un acto nulo sabiendo que estaba obrando contra la ley.

El pago realizado por error, creyendo que había la obligación de hacerlo, permite repetir, o sea, exigir la devolución de lo que no se debía. El pago de lo no debido es uno de los cuasicontratos, y está regulado por el Código Civil en los artículos 2195 a 2203.

"Art. 1485.- [Irrenunciabilidad de la acción de nulidad].- Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad".

Según el artículo 11 del Código Civil, pueden renunciarse los derechos propios, "siempre que sólo miren al interés individual del renunciante y que su renuncia no esté prohibida por la ley". Como las acciones judiciales sirven para exigir el cumplimiento de las obligaciones de otros o hacer valer los propios derechos, es evidente que la renuncia de la acción equivale a renunciar al derecho mismo. Por tanto, cabe la abdicación de las acciones, siempre que no afecte la renuncia a derechos de otra persona, y "que su renuncia no esté prohibida por la ley".

Casi siempre esta prohibición surge de la necesidad de proteger a terceros, pero también puede suceder que el legislador haya considerado conveniente proteger al mismo titular del derecho (aunque la renuncia no perjudique a otros), tal es el caso de los menores y otros incapaces, a quienes se veda de hacer dejación formal de sus derechos.

En el caso de la nulidad absoluta que se produce por falta de causa lícita, hay un interés general de que se declare y se considere sin efecto legal lo que es nulo, por cuanto se ha violado el derecho desde su pretendido origen: en la declaración de voluntad sin causa legal.

TÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y DE LAS MERAMENTE NATURALES

OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

"Art. 1486.- [Obligaciones civiles y naturales].- Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Tales son:

Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;

Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida; y,

4. Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes".

"Art. 1487.- [Sentencia y obligación natural].- La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural".

"Art. 1488.- [Eficacia de las obligaciones accesorias a una natural].- Las fianzas, prendas, hipotecas y cláusulas penales constituidas por terceros, para seguridad de estas obligaciones, valdrán".

El sistema jurídico positivo se fundamenta en el derecho natural: concreta y garantiza los derechos y obligaciones que se desprenden de la naturaleza misma de la persona humana. En último término, el derecho tiene la finalidad de salvaguardar la dignidad de la persona humana como ser individual y social.

Para alcanzar este objetivo, las leyes definen los derechos, los clasifican, precisan los requisitos para su existencia y validez, y sancionan las violaciones del derecho de diversas maneras.

La razón humana descubre fácilmente lo que es bueno y lo que no lo es, lo que debe respetar en el prójimo y lo que puede exigir que se respete de sí mismo y de sus cosas. El derecho natural está al alcance de todos, aunque no todos estén en capacidad de comprenderlo y explicarlo con precisión; las leyes positivas vienen en auxilio de esta debilidad y aclaran, delimitan, resguardan los derechos naturales.

Incluso históricamente, como observan muchos autores, el hombre primeramente ha tenido conciencia de sus derechos y obligaciones, y después se han ido precisando a través de las costumbres o de las leyes.

Para alcanzar que los derechos y obligaciones razonables, conformes con la naturaleza, sean debidamente salvaguardados, el derecho positivo ha instituido fórmulas de sanción de las infracciones y procedimientos para declarar los derechos y hacer cumplir las obligaciones.

Entre las sanciones se distinguen las civiles, las administrativas y las penales. Las primeras pueden consistir en no reconocer ciertas pretensiones, en exigir el cumplimiento de requisitos, el indemnizar los perjuicios, o pueden llegar a la nulidad de los actos o contratos, que constituye la sanción civil más enérgica.

Todavía esta nulidad, puede ser relativa o absoluta: dos grados con muy diversas consecuencias en cuanto a la legitimación para alegar la nulidad, la posibilidad de sanarla y los efectos mismos respecto de las partes implicadas o de terceros.

En este mismo plano de lo civil, la forma de exigir el respeto de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones se efectúa fundamentalmente a través de la concesión de **acciones judiciales o de excepciones**, es decir, defensas o maneras de oponerse a la acción.

Un derecho está plenamente protegido por el ordenamiento civil cuando está provisto de acción y excepción, o sea, cuando el titular puede acudir a los jueces para pedir que se declare y se ejecute su pretensión, o bien, puede tener solamente excepción (y no acción) cuando alguien pretende desconocer o arrebatar su derecho.

Las obligaciones y los derechos civiles son, pues, derechos naturales, debidamente protegidos, mediante acción y excepción.

Cuando solamente se ha configurado positivamente la excepción, y no se ha concedido una acción para exigir un derecho o el cumplimiento de una obligación, estamos en el campo de lo **puramente natural**.

Con todo acierto nuestro Código, y muchos otros de igual manera, tratan de las obligaciones "meramente" naturales, como aquellas provistas solamente de excepción y desprovistas de acción. Así se deja en claro que también los derechos y obligaciones civiles son naturales, pero no "meramente" naturales: son algo más que naturales, precisamente, tienen una perfección "civil", al gozar de la plena protección legal.

Es cuestión de política legislativa el determinar qué derechos naturales se resguardan plenamente, mediante acción y excepción, y cuáles derechos naturales quedan sujetos al voluntario cumplimiento por parte de los ciudadanos. Los derechos y obligaciones que carecen de acción para exigirse ante los tribunales, no quiere decir que no existan -sería contrario al sentido común afirmar aquello-, sino simplemente, que el bien común parece no exigir la intervención del Estado para lograr su respeto. Los ciudadanos no dejan de estar obligados por la ética, y muchas veces por el sentido religioso, a cumplir esas obligaciones "meramente" naturales, pero no se les puede constreñir a ello mediante una acción judicial.

Como existe dichas obligaciones, y muchas veces se cumplen voluntariamente por diversas consideraciones – de equidad, de honestidad, de cortesía, de responsabilidad cívica, moral o religiosa-, cuando se cumplen no se está haciendo una dádiva gratuita, sino que se está precisamente cumpliendo un deber religio-

so, ético, cívico, etc. El derecho no desconoce el valor de este cumplimiento voluntario, sino que lo confirma y asegura: el que paga o cumple una obligación meramente natural, no puede arrepentirse y pedir devolución de lo pagado o cumplido: no puede "**repetir**", volver a pedir. Si quien fue satisfecho voluntariamente llegare a ser demandado por el que pagó voluntariamente, podrá defenderse con la excepción de que existía la obligación meramente natural y ésta no puede repetirse.

El artículo 1486 menciona cuatro obligaciones meramente naturales, las más frecuentes y significativas, pero no las únicas, se trata de ejemplos sobresalientes.

En primer lugar, están las obligaciones contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son incapaces de obligarse según las leyes. Se menciona expresamente el caso de los menores adultos. Éstos, y también los interdictos por disipación, tienen uso suficiente de su razón, pueden actuar libremente, y solamente el derecho positivo limita su capacidad –son relativamente incapaces-, para proteger mejor sus derechos. Si actúan por sí mismos, en uso de su libre albedrío, y sin el ministerio o autorización de su representante legal, contraen obligaciones meramente naturales; sus actos son relativamente nulos, y solamente ellos mismos (por medio del representante) o sus sucesores, pueden alegar la nulidad; no se les puede exigir el cumplimiento de dichas obligaciones meramente naturales, mediante una acción; pero, si voluntariamente han cumplido tales obligaciones, quien ha recibido el pago o el cumplimiento, podrá oponer la excepción consistente en que realmente dichos relativamente incapaces estaban obligados a cumplir.

En cambio, si el acto o contrato es realizado por un **absolutamente** incapaz, se produce la nulidad absoluta, y no se podrá exigir mediante acción el cumplimiento de algo que es absolutamente nulo; mientras que, en caso de haberse cumplido, se podrá repetir y se logrará regresar a la situación anterior al acto o contrato nulos.

En segundo lugar, las obligaciones civiles extinguidas por la **prescripción**, subsisten como obligaciones puramente naturales: no se puede exigir su cumplimiento mediante una acción judicial, pero si el deudor las cumple voluntariamente, hace un acto positivo, honorable, digno de aprobación en el plano moral y que el derecho positivo protege, impidiendo la repetición de lo pagado o realizado. Si fuere demandado el que recibió para exigirle que lo devuelva, tendrá la excepción

de haber recibido en cumplimiento de una obligación meramente natural, y conservará así su derecho o sus cosas.

La carencia de ciertos **requisitos no esenciales** para la realización actos o contratos, igualmente produce obligaciones meramente naturales. Un defecto no esencial de un testamento o de una escritura pública, no privan del derecho de conservar lo que se haya recibido en cumplimiento de tales obligaciones meramente naturales.

Finalmente, el cuarto ejemplo del artículo 1486 se refiere a las obligaciones que no han sido reconocidas en juicio por **falta de pruebas**. No quiere decir que no existan o que no sean válidas, tales obligaciones, pero habiéndose litigado y llegado a sentencia firme, si no ha sido posible probarlas, ya no se podrá volver a pedir lo mismo, fundándose en la misma razón de pedir; pero si el obligado cumple voluntariamente estas obligaciones, no puede arrepentirse y pretender repetir: si lo hiciere, el acreedor satisfecho opondrá la excepción que corresponde a las obligaciones meramente naturales.

Como se trata de ejemplos, no son las únicas aplicaciones de la doctrina de las obligaciones meramente naturales. En el Código hay varias referencias a otros casos similares, y uno de ellos es ampliamente desarrollado en el Título XXXI de este Libro IV, De los Contratos aleatorios, en los artículos 2164 a 2168 que tratan del juego y la apuesta. También allí, el ganador no tiene acción para exigir un pago, pero si el perdedor paga voluntariamente, no puede repetir, pues el ganador opondrá la excepción de haberse cumplido una obligación natural.

La jurisprudencia ha distinguido claramente lo que son estas obligaciones meramente naturales, de otras obligaciones metajurídicas o no rigurosamente jurídicas, como son las que dimanan de consideraciones de honor, de caridad, de deberes éticos o religiosos no concretados como derechos positivos de índole civil.

El artículo 1488 indica la distinta manera de actuar las obligaciones accesorias cuando se contraen para garantía de obligaciones meramente naturales. Estas fianzas, prendas, hipotecas y cláusulas penales, si son establecidas por el obligado sólo naturalmente, corren la misma suerte que la obligación principal. Pero si se constituyen por un tercero, son obligaciones civiles, que dan lugar a acción y excepción; ya no son "meramente" naturales.



TÍTULO IV DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES

OBLIGACIONES CONDICIONALES

"Art. 1489.- [Concepto de obligación condicional].- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no".

Las obligaciones no sujetas a una especial modalidad, se denominan **puras o simples**. En cambio, si una o ambas partes quieren supeditar la obligación a ciertos requisitos especiales, pueden recurrir a establecer un plazo, una condición o un modo.

El **plazo, la condición o el modo**, modifican un tanto la obligación, de suerte que deja de ser pura o simple, para convertirse en obligación a plazo, obligación condicional u obligación modal. Nada impide que se acumulen estas diversas especificaciones a una misma obligación. Puede ser a la vez, bajo plazo, modo y condición, presentando entonces un máximo grado de complejidad.

Las reglas del Código Civil sobre estas tres formas características de las obligaciones son tratadas en los Títulos IV y V del Libro IV. Pero el plazo, la condición y el modo pueden también modificar los derechos reales (incluso constituir la esencia de uno de ellos: el fideicomiso), por lo que se trata también en el Libro III, y en numerosos artículos dispersos a lo largo de todo el Código.

Las **obligaciones condicionales**, de las que primeramente trataremos, son aquellas cuyo principio o cuya extinción están sujetas a un acontecimiento futuro e incierto.

Como anota Cubides Camacho, en toda obligación hay algo de incierto y futuro, pero no basta esto para que sean obligaciones condicionales, sino que su principio o su final dependan de un hecho futuro e incierto. Esto quiere decir, que los elementos esenciales de la obligación no se han de tener en cuenta para calificar de "condicional" a una obligación, esos elementos internos y esenciales son

indispensables para que exista una obligación y presentan algún grado de incertidumbre; si faltaran, no habría ni comenzado a existir la obligación. La condición ha de ser, pues, un acontecimiento (acto o hecho) **externo** a la obligación, que se agrega a ella y la modifica. Así por ejemplo, en el arrendamiento es esencial que se de el uso de una cosa por el pago de una pensión, pero ni la entrega de la cosa ni el pago del canon son condiciones, sino elementos constitutivos del arrendamiento; en cambio, si doy en alquiler mi casa, por un tiempo, se establece un plazo; si establezco que el arrendatario no debe hacer de mi casa un teatro, estoy imponiendo una condición, algo que se agrega al arrendamiento, que no depende de su esencia, y de lo cual dependerá que realmente comience o que termine el contrato.

Toda la teoría de las obligaciones condicionales es una aplicación rigurosa de la lógica, y se deduce con facilidad de la naturaleza de los contratos y otros actos de voluntad; de allí que los sistemas jurídicos dependen casi exclusivamente de lo ya resuelto en el Derecho Romano, que ahondó con precisión en la lógica, y también, sucede que cualquier persona, aunque no haya estudiado derecho, puede resolver razonablemente los diversos problemas que se presentan. Nuestro Código sigue esta inspiración romanista y de sentido común, por lo cual sus reglas son evidentes, claras y no necesitan de mayor explicación. Aquí se proporcionan más bien, los datos sobre las concordancias, que muchas veces son simples aplicaciones de los artículos sobre las obligaciones condicionales. Se agregan, algunas resoluciones de nuestra Corte Suprema, más como simples ejemplos, que en calidad de profundizaciones o variantes introducidas en el derecho positivo. También hay que observar que los diversos autores, en esta materia, suelen decir de modos diversos, las mismas verdades, por lo cual en esta somera explicación me sujeto a lo más esencial, remitiendo a la abundante bibliografía de todos los tiempos, pero principalmente a la más reciente.

Antes de comenzar el estudio sintético de cada artículo conviene tener en cuenta la existencia de dos clasificaciones (entre otras) de las condiciones. Primeramente hay que considerar la condición **suspensiva y la resolutoria**. En segundo lugar, las condiciones **positivas o negativas**. La consideración de éstas parece indispensable para entender todo el admirable sistema lógico que desarrolla el Código a este respecto.

Condición suspensiva es aquella de la que depende el **comienzo** de un derecho o de una obligación. El derecho o la obligación sujetos a condición suspensiva, no existe sino desde el momento en que se cumple la condición; hasta ese mo-

mento, es un derecho o una obligación en potencia, una expectativa, algo que se espera. Si se cumple la condición comienza lo principal, por esto se dice "suspensiva", ya que esta el cumplimiento de la condición, el derecho o la obligación puede ser o no ser, está en suspenso. Las obligaciones con condición suspensiva, dependen en cuanto al comienzo de su existencia, del cumplimiento de ese hecho futuro e incierto.

Por el contrario, hay condición **resolutoria** siempre que el derecho o la obligación se **extinguen** al cumplirse el hecho futuro e incierto puesto como condición. La resolución termina lo que ya existía y estaba vigente: extingue. Por eso, los efectos de la condición resolutoria se parecen notablemente a los de la nulidad: así como cuando se declara una nulidad, se rescinde y se deja sin valor lo que tenía por lo menos apariencia de ser y producía algunos efectos, así el cumplimiento de la condición resolutoria, resuelve, deja sin valor para el futuro, lo que estaba vigente.

Naturalmente, cuando se trata de contratos de trato sucesivo – que no se cumplen instantáneamente, sino sucesivamente-, lo ya ejecutado no se aniquila, no se destruye, sino que se respeta, mientras que, en adelante, ya no producirá sus efectos normales el referido contrato. Tal es el caso del arrendamiento: si llega el hecho futuro e incierto del que dependía su terminación, se resuelve el contrato, pero no se puede ni devolución de las pensiones pagadas, ni mucho menos, el hecho imposible de devolver el aprovechamiento de la cosa que se estuvo arrendada y de la cual ya se disfrutó durante un tiempo.

Condición **positiva** es aquella en la que el hecho o acto futuro e incierto, consiste en algo que acontece o se ejecuta. Puede ser un hecho natural, como el que se produzca un terremoto o acaezca un aluvión, o bien, puede ser un hecho libre del hombre, como asumir un trabajo, casarse, hacer un viaje, etc. Todos estos acontecimientos son positivos, y si de ellos depende una obligación ésta será obligación bajo condición positiva: nacerá o se extinguirá al producirse algún evento positivo como los de estos ejemplos.

También es importante distinguir con claridad la condición, del plazo y de la modalidad. Mientras que la condición se refiere siempre a un acontecimiento **futuro e incierto**, el plazo es futuro pero cierto: llega necesariamente. El modo al que puede estar sujeta una obligación o una asignación testamentaria, solamente significa una carga consistente en el empleo de los bienes en cierta finalidad; muchas veces el modo sirve para imponer un gravamen a favor de persona dis-

tinta de quien se beneficia de la asignación o del pago de la obligación; por ejemplo, se deja un legado de una suma de dinero, para que se emplee en la educación de otra persona, aunque puede ser también a favor del mismo legatario.

"Art. 1490.- [Clases de condiciones. Positivas y negativas].- La condición es positiva o negativa.

La **positiva** consiste en que acontezca una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca".

"Art. 1491.- [Condiciones imposibles].- La condición positiva debe ser física y moralmente posible.

Es **físicamente** imposible la contraria a las leyes de la naturaleza física; y **moralmente imposible**, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles".

"Art. 1492.- [Condiciones negativas imposibles].- Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple. Si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición".

"Art. 1493.- [Condiciones potestativas, casuales y mixtas].- Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual, la que depende de la voluntad de un tercero, o de un acaso; mixta, la que en parte depende de la voluntad del acreedor, y en parte de la voluntad de un tercero, o de un acaso".

"Art. 1494.- [Condiciones mera y simplemente potestativas].- Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.

Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá".

"Art. 1495.- [Condiciones suspensivas y resolutorias].- La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho".

"Art. 1496.- [Condiciones suspensivas y resolutorias imposibles, inductivas o ininteligibles].- Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida.

A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles.

Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales.

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita".

"Art. 1497.- [Aplicación a las disposiciones testamentarias. Sanción].- La regla del artículo precedente, inciso primero, se aplica aun a las disposiciones testamentarias. Así, cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere cumplirla, se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado, por su parte, dispuesto a cumplirla.

Con todo, si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida".

"Art. 1498.- [Condición fallida o cumplida].- Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no se efectuará el acontecimiento que la constituye, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado.

La condición suspensiva que no se cumpliera en el lapso de quince años, se entenderá fallida; y la condición resolutoria que no se cumpliera en el mismo tiempo, se entenderá no escrita, a menos que, en uno y otro caso, sea la muerte de una persona uno de los elementos de la condición".

"Art. 1499.- [Cumplimiento de la condición].- La condición debe ser cumplida del modo que las partes han entendido probablemente que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes.

Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una cantidad de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta la disipa".

"Art. 1500.- [Interpretación de la condición].- Las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida".

"Art. 1501.- [Efectos de la condición suspensiva].- No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente.

Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido".

"Art. 1502.- [Riesgos. Concepto de destrucción].- Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, éste se halla obligado a pagar el precio, y a la indemnización de perjuicios.

Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor. En este caso el acreedor podrá pedir, o que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa; y además de lo uno o de lo otro, tendrá derecho a indemnización de perjuicios.

Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa".

"Art. 1503.- [Efectos de la condición resolutoria. Restitución].- Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero estará obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere".

"Art. 1504.- [Efectos de la condición resolutoria. Frutos].- Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los casos, hayan dispuesto lo contrario".

"Art. 1505.- [Condición resolutoria tácita].- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios".

"Art. 1506.- [Efectos de la condición con respecto a terceros. Muebles].- Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

"Art. 1507.- [Efectos de la condición con respecto a terceros. Inmuebles].- Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública".

"Art. 1508.- [Transmisión de derechos del acreedor condicional].- El derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor.

Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos.

El acreedor podrá solicitar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias".

"Art. 1509.- [Disposiciones aplicables a las convenciones condicionales].- Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes".



TÍTULO V DE LAS OBLIGACIONES A PLAZO

"Art. 1510.- [Definición de plazo].- El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es **táctico** el indispensable para cumplirla.

No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación. Sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u obscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes".

Aunque la definición del artículo 1510 se refiere al plazo inicial, o sea al suspensivo, sin embargo, de las disposiciones de los siguientes artículos aparece claramente que el plazo se refiere al tiempo en que comienza una obligación y también al tiempo en que termina la obligación. De allí la distinción entre plazo **suspensivo y resolutorio**: el primero señala cuando comienza la obligación y el segundo, cuando termina. La doctrina igualmente acepta que el plazo es suspensivo o resolutorio.

En cuanto a la expresión "época", es genérica y comprende un tiempo más o menos amplio y **determinado**. Efectivamente se dan plazos de días, meses, años, y aún, en raros casos, plazos de horas. El plazo de cualquier forma es determinado, si bien el grado de determinación puede ser mayor o menor; normalmente se determina con precisión, pero cabe una cierta flexibilidad. A medida en que se cae en la indeterminación, el plazo se desvirtúa y convierte en una condición; corresponde por naturaleza al plazo el ser determinado, mientras que es propio de la condición la incertidumbre, la indeterminación.

Se suelen clasificar los períodos de tiempo en **términos y plazos**. El plazo es más característico de las relaciones civiles y se aplica fundamentalmente a los derechos reales y personales; mientras que el término es propio de los trámites procesales. El plazo abarca todo el transcurso del tiempo considerado como continuo, sin interrupciones o paréntesis, por esto, el plazo comprende toda clase de

días: laborables y de fiesta, tiempos de vacancia judicial, lo mismo que tiempos de normal trabajo.

El **término es discontinuo**, se cuentan en él solamente los días laborables, descontando los de vacancia o de efectivo no funcionamiento de los tribunales.

No es exacto decir que el plazo es civil y el término procesal, pero, innegablemente el plazo domina en la materia civil; y en la procesal, se aplica el término a cuanto supone diligencia o trámites judiciales, sin perjuicio de que también en lo procesal corran verdaderos plazos, en cuanto atañe más directamente a los derechos sustantivos que se ventilan ante los jueces y tribunales.

Por su origen, los plazos son **voluntarios, legales o judiciales**. El principio de la autonomía de la voluntad permite que las partes libremente establezcan los plazos suspensivos o resolutorios que tengan a bien. Sin embargo, esta libertad está restringida en ciertas materias que se refieren al orden público, y así no se puede establecer un plazo para que comience o termine el matrimonio, ni tampoco la sociedad conyugal; igualmente no puede establecerse plazo para que una sucesión se abra en otro momento que el de la muerte del causante.

En algunos casos, la ley impide plazos de larga duración solamente respecto de contratos y obligaciones de incapaces; por ejemplo, el guardador no puede arrendar por plazos de más de ocho años los bienes raíces rurales del pupilo, ni los urbanos, por más de cinco años.

Las leyes señalan muchos plazos para el ejercicio de los derechos. En el campo del Derecho Público, tienen especial importancia los plazos de duración de las funciones de muchos magistrados y los límites de edad mínima y máxima para ellas. En el Derecho Civil, son de singular relieve los plazos de prescripción adquisitiva del dominio y otros derechos, así como los de extinción de las acciones judiciales.

Los **jueces** pueden conceder plazos más o menos amplios para sustanciar ciertas diligencias, como inspecciones, presentación de documentos, peritajes, inventarios, etc. En cambio, no es potestad generalmente concedida a los jueces la de limitar el tiempo en que deban cumplirse las obligaciones; solamente, de modo excepcional, corresponde a los magistrados de justicia el fijar o precisar los plazos que no hayan sido previstos por las partes, o que no sean suficientemente determinados.

El **plazo tácito**, es el exigido por las circunstancias para el cumplimiento de una obligación, y éste presentará con frecuencia cierta indeterminación o incertidumbre, que puede ser precisada por el juez.

No existen en nuestro Derecho Civil los plazos "de gracia", que se admiten excepcionalmente en las relaciones mercantiles y en los derechos extranjeros. Pero, convencionalmente, podría un acreedor extender el plazo del deudor, tal vez por consideración a circunstancias especiales o por conveniencia suya, para facilitar el cumplimiento de una obligación que resulta difícil de cumplir en el estricto plazo.

"**Art. 1511.- [Efectos del plazo suspensivo].-** Lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución.

Esta regla no se aplica a los plazos que tienen valor de condiciones".

En principio, los plazos se establecen **a favor del deudor**. Pero convencionalmente se establecen también plazos a favor del acreedor, o de ambas partes. Solamente quien es beneficiario puede renunciar los plazos.

Antes de que se cumpla el plazo suspensivo, no es exigible la obligación, pero ciertamente ésta existe y el acreedor puede pedir el **reconocimiento** de su derecho, así como las medidas cautelares que sea prudente conceder.

En esta situación de pendencia de la obligación, antes de llegar el plazo suspensivo, el deudor puede **renunciar al plazo** y cumplir anticipadamente, salvo que el plazo sea también en beneficio del acreedor, en este último supuesto, requeriría el consentimiento de la otra parte.

Mientras está corriendo el plazo suspensivo, **no corre la prescripción**, es decir que no se cuenta este tiempo para que llegue a extinguir la obligación o para que nazca un derecho del deudor. Solamente cuando se cumple el plazo, si el deudor no paga, entonces comienza a correr el tiempo por el cual puede llegar a extinguirse la obligación por prescripción.

Llegado el día (o eventualmente la hora), del plazo, la obligación debe cumplirse, y se hace **pura y simple**, lo cual tiene trascendencia para la posibilidad de presentar una acción ejecutiva tendiente a exigir ese cumplimiento.

La doctrina completa los efectos del plazo, considerando el caso de los de carácter **extintivo**. Antes de cumplirse un plazo resolutorio o extintivo, la obligación es pura y simple, y puede ser demandada. Después de estos plazos resolutorios, la obligación se extingue y ya no hay acción para exigir la prestación del deudor, pues ya no es deudor.

"Art. 1512.- [Caducidad del plazo].- El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1. Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia; y,
2. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero, en este caso; el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones".

Como queda dicho, los plazos suspensivos producen el efecto de no permitir al acreedor ejercer una acción para exigir la obligación, hasta que llegue el tiempo previsto; hasta que llega ese momento, el acreedor no puede ejercer sino acciones **declarativas** o tendientes a la **conservación** de las cosas o derechos que se le deben.

Cumplido el plazo suspensivo, es cuando el acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación.

Pero, el Código, conforme a la doctrina universalmente admitida contempla dos casos de **excepción**, en los que el acreedor puede anticipar el cobro. Estas excepciones tienden a resguardar los intereses del acreedor, que podría resultar burlado, si no cobra oportunamente, antes de que el deudor caiga en absoluta imposibilidad de pagar.

El artículo 1512, señala claramente esas dos circunstancias: la **quiebra o insolvencia** del deudor, o, en segundo lugar, la disminución notable de las **seguridades**, que se haya producido por hecho o culpa del deudor. Éste, debe reemplazar las cauciones que se hayan perdido o deteriorado por su culpa, o reemplazar los bienes hipotecados que se han rematado, o, en fin, garantizar debidamente su obligación; si no lo hace, el acreedor puede dar por vencido el plazo y proceder al inmediato cobro judicial.

"Art. 1513.- [Renuncia del plazo].- El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar, o cuando quiera hacerse el pago por consignación.

En el contrato de mutuo a interés se observará lo dispuesto en el artículo 2107".

"Art. 1514.- [Disposiciones aplicables a las convenciones a plazo].- Lo dicho en el Título IV del Libro III sobre asignaciones testamentarias a día, se aplica a las convenciones".

Para terminar este punto, conviene considerar las diferencias existentes entre el plazo y la condición. Ya quedó expuesto que fundamentalmente la condición implica incertidumbre, mientras que el plazo supone certeza. El tiempo corre inexorablemente y siempre llega el plazo en el que debe comenzar o debe terminar una obligación; mientras tanto, en la condición, se espera un acontecimiento futuro que puede suceder o no suceder en el tiempo previsto. El **plazo es, pues, cierto**, mientras que la **condición es incierta**.

Las diferencias entre condición y plazo se hacen más sensibles en cuanto a los **efectos** de estas dos instituciones jurídicas.

En los plazos suspensivos, mientras no se cumple el tiempo de su cumplimiento, **no existe** aún obligación; en las condiciones suspensivas, la obligación ya existe aunque no puede todavía exigirse su cumplimiento, por esto, el acreedor puede tomar medidas para que se reconozca su derecho y para cautelar el cumplimiento de la obligación.

En segundo lugar, el deudor puede pagar anticipadamente al vencimiento del plazo; y si paga, no puede **repetir**. Por el contrario la condición suspensiva, mientras está pendiente, permite que el deudor que hubiere pagado, pueda repetir, puesto que ha pagado lo que todavía no debía.

En tercer lugar, difieren los **riesgos** de la cosa debida. El plazo, como implica que todavía no hay obligación, determina que la pérdida o los deterioros de la cosa, así como los acrecimientos, pertenezcan al deudor, mientras que en el caso de condición suspensiva, pertenecen al acreedor, quien ya es dueño de la cosa, aunque no puede cobrarla todavía.

En los plazos **extintivos**, la llegada del tiempo produce la extinción de la relación en cuanto al futuro y nada sucede con lo pasado, por lo que el pago anticipado no se podrá repetir. En la condición extintiva, en cambio, el cumplimiento o incumplimiento de ella, determina efectos para el futuro pero también puede retrotraerse, como sucede con la posibilidad de repetir lo indebidamente pagado. La llegada del acontecimiento incierto, produce efectos para lo futuro y para lo pasado, porque la obligación desaparece absolutamente, y por tanto, si se han hecho pagos, se podrán repetir, ya que se considera que la obligación nunca existió.

TÍTULO VI DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

"Art. 1515.- [Definición].- Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras".

La doctrina generalmente considera que existe un **único vínculo**, una sola obligación, entre deudor y acreedor, aunque esté sujeta a la elección que concreta el contenido de esa obligación. Inicialmente existen varias posibilidades de cumplir la obligación, pero desde que se elige una de ellas, se produce una concentración exclusiva en dicho contenido obligatorio. Hay una cierta pluralidad inicial, mientras permanece aún indeterminado el deber del deudor, pero se llega a precisarlo mediante la elección entre las varias posibilidades.

Se puede decir que en las obligaciones alternativas, hay potencialmente varios contenidos de la prestación del deudor, hasta que se actúa, mediante la elección, una sola forma de cumplir o pagar. Por esto, se dan dos etapas bien marcadas en estas obligaciones: antes de la elección, cuando prima la pluralidad de posibilidades; y, después de la elección, cuando ya solamente queda una forma de cumplir la obligación.

Las explicaciones teóricas de este fenómeno jurídico han sido varias, aunque se pueden conciliar en los términos que acabamos de exponer. Así, la interpretación clásica, destaca la unidad del vínculo que recaería sobre varios objetos o prestaciones; cumplida una, se resuelven las otras. Dumoulin veía esto mismo desde otro ángulo y sostenía que existe un objeto único y no múltiple, pero sujeto a condición suspensiva. La tendencia actual de las legislaciones y la doctrina, simplemente se refiere al fenómeno de un objeto inicialmente indeterminado, que se precisa o determina por la elección, quedando sin ninguna trascendencia las otras posibilidades.

La definición de nuestro Código se compagina mejor con la concepción clásica, pero en nada choca con la simplificada visión que predomina ahora en la doctrina.

La primera conclusión del análisis de la naturaleza de estas obligaciones, es que no se admite el cumplimiento **parcial** de un contenido, o el complemento de unas prestaciones con otras. Escogida una, debe realizarse plenamente ésta y sólo ésta.

La alternatividad puede referirse a objetos materiales distintos, como si una persona se compromete a construir una casa o a entregar su precio, o a vender un departamento de un edificio; estas tres posibilidades, son en cierto modo equivalentes, intercambiables, y la obligación es indefinida hasta el momento en que se elige una de las tres prestaciones: la de hacer, la de pagar o la de dar. También cabe esta posibilidad de escoger, entre diversas modalidades de una misma prestación; por ejemplo, se ha obligado el mutuario a devolver el capital de una sola vez en cierta fecha, o bien, se le da la opción de hacerlo por cuotas; deberá escoger entre una u otra forma, y desde ese momento ya no puede variar el modo de cumplir.

Se entiende mejor la realidad de las obligaciones alternativas, considerando su diferencia con otras figuras **análogas**. Se diferencia de las obligaciones **facultativas**, en que, las alternativas consisten en varias posibilidades de igual valor hasta la elección, de modo que el contenido varía hasta ese momento (con todas las consecuencias en cuanto al riesgo y responsabilidades), mientras que en la obligación facultativa, hay una precisa y determinada obligación desde el primer momento, aunque subsidiariamente, de modo secundario, se admite que se cumpla de otro modo o con otra prestación. En las obligaciones facultativas, la elección siempre corresponde al deudor, mientras que en las alternativas, aunque por regla general debe hacer la elección el deudor, cabe establecer que la haga el acreedor.

La **cláusula penal** establece, también una posibilidad subsidiaria de cumplir, precisamente cuando ya se ha incumplido la principal y directa obligación; por ejemplo, me obligo a escribir un libro, y si no lo hago, debo indemnizar pagando la pena previamente establecida.

En las obligaciones de **género** hay también lugar a una elección en cuanto a los objetos concretos para el cumplimiento, pero esta elección ha de recaer sobre especies de calidad media (ni las óptimas, ni las peores), mientras que en la alternativa, se puede libremente escoger la que desee quien elige, aunque sea notablemente mejor o peor que las otras prestaciones posibles. Las obligaciones de género no se extinguieren por la pérdida de uno o muchos objetos, porque se

considera que "el género no perece"; al contrario, si las diversas alternativas se vuelven imposibles o desaparecen, se extingue la obligación.

La diferencia con las obligaciones **condicionales** es más marcada, ya que en éstas, el vínculo mismo es incierto hasta el cumplimiento de la condición (condición suspensiva), o desaparece, termina, al cumplirse la condición (condición resolutoria); en cambio en las alternativas, el vínculo existe desde un primer momento, pero se concreta su contenido mediante la elección. Las condicionales son de existencia incierta; las alternativas no dejan lugar a duda sobre su existencia.

Como la elección precisa el contenido obligatorio, se puede **exigir** a quien debe hacer la elección, que la haga; si se resistiera a elegir, se puede acudir al juez para que sea él quien determine el contenido definitivo de la obligación. La elección puede ser expresa o tácita; es tácita cuando se ha comenzado a cumplir una de las alternativas, o cuando se ha eliminado de hecho la posibilidad de cumplir todas menos una. Por ejemplo, si un artista ofrece vender uno de varios cuadros que ha expuesto en un salón, y después dona todos ellos menos uno, se concreta en este restante la obligación de darlo en venta al acreedor.

Basta con que se produzca la elección para que quede determinada la obligación. No parece aceptable la opinión de algunos que sostienen que solamente con el cumplimiento, se eliminan las otras posibilidades.

La elección corresponde, por regla general, al **deudor**, pero se admite pacto en contrario: que sea el acreedor quien elija; y nada impide que ambas partes estén conformes en someterse a la decisión de un tercero. La facultad de elegir se transmite con la obligación, a los sucesores a título universal o singular; el segundo supuesto sería, por ejemplo, el de una cesión del crédito o de la deuda. Hecha la elección, se considera irrevocable, desde el momento en que se notifica a la otra parte.

En las **prestaciones periódicas**, se presenta la duda sobre las características y alcance de la elección. Si son prestaciones distintas e independientes, en cada una cabría la elección: por ejemplo, el arrendatario de una hacienda que debe pagar cada semestre una cantidad de dinero o una parte proporcional de las cosechas, cada semestre podría elegir; mientras que si son partes integrantes de una misma prestación, no se admite que la periodicidad rompa la unidad de la obligación, como sería el caso de un constructor que entrega periódicamente

partes de un edificio, o se somete a pagar una suma global en lugar de esto: si ha comenzado a entregar las obras parciales realizadas, ya no podrá cumplir el resto en dinero, y viceversa.

Con rigurosa lógica se establecen los **riesgos** y responsabilidades en estas obligaciones, antes de la elección y después de ella. Es preciso distinguir las situaciones diversas según sea el deudor o el acreedor el llamado a elegir. De todas formas, hay grandes principios que ordenan esta materia de los efectos de las obligaciones alternativas:

El caso **fortuito** que destruye todas las cosas o impide la realización de todas las prestaciones, extingue la obligación misma, salvo que se produzca en mora de una de las partes, pues entonces, deberá soportar el riesgo; lo mismo sucede si el caso fortuito o fuerza mayor se produce por culpa de una de las partes.

Si la destrucción total o incapacidad de rendir todas prestaciones se debe a **culpa**, el culpable debe responder con la satisfacción mediante la indemnización de perjuicios.

Cuando la destrucción o incapacidad son **parciales**, queda la posibilidad de cumplir con las cosas o prestaciones subsistentes, y con ellas se debe satisfacer la obligación. Entonces hay que distinguir, si hay culpa del que elige o de la otra parte; en el primer caso, debe el culpable indemnizar. En el segundo caso, se contentará el culpable con recibir la cosa menos deseada o la prestación menos importante que ha subsistido.

Si corresponde la **elección al acreedor** y perece una de las cosas o se hace imposible una de las prestaciones por culpa del deudor, el primero puede escoger entre lo que subsiste o pedir el precio de la cosa que pereció. Si la culpa es del acreedor, tendrá que contentarse con lo que subsista.

Otras diversas combinaciones de hipótesis se pueden plantear, y exponen algunos tratadistas (por ejemplo Llambías), en que intervienen casos fortuitos y actuaciones culpables, pero parecen menos reales y, en todo caso se deducen fácilmente de las reglas anteriormente expuestas, que, en definitiva, buscan la equidad, atribuyendo la responsabilidad al culpable y manteniendo el derecho intacto de quien nada ha tenido que ver con la disminución de posibilidades.

En cuanto a las **mejoras** que introduzca el deudor en las cosas debidas, se siguen reglas equitativamente correspondientes a las de los deterioros. Puede el deudor elegir entre la entrega de la cosa menos valiosa o pedir que el acreedor reciba la que ha recibido mejoras, cobrando las necesarias, pero no las simplemente útiles o voluptuarias.

Nuestro Código trata esta materia con bastante sobriedad, en los artículos citados, sin entrar en demasiados detalles, pero proporciona las normas básicas para regular los efectos de las obligaciones alternativas, en los artículos que siguen:

"Art. 1516.- [Forma de pago. Elección].- Para que el deudor quede libre, debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba; y no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra.

La elección corresponde al deudor, a menos que se haya pactado lo contrario".

"Art. 1517.- [Demanda del acreedor].- Correspondiendo la elección al deudor, no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben".

"Art. 1518.- [Efectos de la elección].- Si la elección corresponde al deudor, está a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe, mientras subsista una de ellas.

Pero si la elección corresponde al acreedor, y alguna de las cosas que alternativamente se le deben perece por culpa del deudor, podrá el acreedor, a su arbitrio, pedir el precio de esa cosa y la indemnización de perjuicios, o cualquiera de las cosas restantes".

"Art. 1519.- [Imposibilidad y pérdida parcial. Riesgos].- Si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor está obligado a ella".

"Art. 1520.- [Pérdida total. Riesgos y culpa].- Si perecen todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa, sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

Si con culpa del deudor, estará éste obligado a pagar el precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección le corresponde; o a pagar el precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elija, cuando la elección corresponde al acreedor".

TÍTULO VII **OBLIGACIONES FACULTATIVAS**

Art. 1521.- [Definición].- Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada; pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa".

"Art. 1522.- [Efectos].- En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquélla a que el deudor está directamente obligado; y si dicha cosa perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna".

"Art. 1523.- [Prevalencia de la obligación alternativa].- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa se tendrá por alternativa".

De manera muy sintética y exacta trata nuestro Código de las obligaciones facultativas. Se trata de una figura jurídica poco usual y que podríamos calificar de excepcional, puesto que confiere una atribución especial al deudor: la de cumplir una obligación de modo directo, en los términos establecidos, o de liberarse de ella mediante la solución de algo diverso.

Inicialmente existe una sola obligación y **un solo objeto**, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer; pero, al momento del cumplimiento, el deudor puede cancelar su obligación del modo previsto desde el principio como principal, o bien, con la subsidiaria, o secundaria obligación.

En esta hipótesis se admite solamente una obligación principal y otra accesoria. Solamente el deudor puede escoger, al momento de pagar, el hacerlo con la principal o con la secundaria. Por tanto, el acreedor no puede demandar sino únicamente la obligación principal, no la accesoria.

Estas obligaciones pueden ser de índole contractual, o bien dispuestas en testamento, y también existen casos en que la ley confiere al deudor la facultad de cumplir de modo directo, con la obligación principal, o de manera subsidiaria,

secundaria. Véase a este propósito las concordancias que se señalan más adelante.

Hay varias diferencias entre estas obligaciones y las alternativas, aunque la semejanza es evidente. Las alternativas pueden ser dos o más, incluso muchas; mientras que las facultativas solamente admiten dos: la principal y la secundaria.

En las alternativas, es el deudor quien generalmente escoge, pero también se confiere esta elección al acreedor, si así se pacta.

Los riesgos, las mejoras y desmejoras de la cosa debida varían notablemente en las dos clases de obligaciones.

En las obligaciones facultativas, la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la secundaria. Pero si la accesoria es nula, nada sufre la principal.

En caso de destrucción o imposibilidad de cumplir la obligación principal, que se produzca sin culpa del deudor, la obligación íntegra se extingue, aunque haya subsistido la posibilidad de cumplir con la secundaria. El deudor queda libre, puesto que él y sólo él podía escoger, y, naturalmente escogerá la que ya no existe, y queda así libre de toda obligación.

Ahora bien, si la destrucción se produce por culpa o dolo del deudor, éste tendrá que responder, indemnizando plenamente al acreedor. Puede, desde luego, cumplir mediante la secundaria, si ésta subsiste.

Los términos empleados en los contratos o en los testamentos, a veces no son claros, y si se presenta la duda, se aplicará el artículo 1523, por el que se ha de considerar preferentemente que se trata de una obligación alternativa y no facultativa. Esto guarda relación con el carácter excepcional de las facultativas.

TÍTULO VIII DE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO

"Art. 1524.- [Definición].- Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado".

"Art. 1525.- [Demanda y pago].- En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo; y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad a lo menos mediana".

"Art. 1526.- [El género no perece].- La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación; y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe".

Para entender bien este título VIII De las Obligaciones de género, es preciso tener en cuenta la terminología que usa el Código, que no siempre coincide con los conceptos filosóficos. Se emplean aquí, y en otros lugares del Código los términos "especie", "género", "cantidad".

Por "especie", se entiende en esta ley, la unidad, el individuo, uno de cierto grupo, género o colección de cosas semejantes. Así se puede designar a una vaca, un automóvil, una casa, un libro, etc.

El conjunto de especies o unidades de la misma naturaleza, o que presentan características semejantes entre sí, se denomina "**género**". El género admite una multitud de especies, con caracteres fundamentalmente iguales y con diferencias particulares. Así en el género "libros", se incluyen muchos, grandes o pequeños, interesantes o aburridos, buenos moralmente o malos, de literatura, de ciencias, etc.

El género puede ser más o menos amplio, es decir, admite ciertas delimitaciones o clasificaciones que originan desde lo "más genérico", hasta un "género delimitado". El género menos determinado es el de "cosas", que abarca todo ser real o imaginario, lo material o lo inmaterial, lo natural y lo sobrenatural, etc. de modo

que cuando el Código habla de "cosas", pueden ser "**bienes**" en el sentido jurídico (cosas útiles, con valor económico), o cosas abstractas, como la bondad o maldad, etc. Aún las acciones y las omisiones se incluyen en este concepto el más genérico de todos: cosas. Pero las cosas se clasifican de múltiples maneras y originan así diversos "géneros", cada vez más concretos. Las cosas, por ejemplo, se pueden clasificar en minerales, vegetales y animales; el género "animales", puede comprender los peces, las aves, los reptiles, etc.

Dentro de un género de animales se pueden distinguir los que presentan características comunes, como los "animales domésticos" y las "fieras salvajes". El género de los animales domésticos admite a su vez, determinaciones ulteriores, y podemos llegar así a un "género muy determinado", como "los caballos de mi establo". El empleo del término "género", en el Código, debe ser interpretado según el uso normal y generalizado, salvo que aparezca claramente que se refiere a un género más específico, más cercano a la total determinación que se da en la especie o individuo.

La "**cantidad**", es siempre en nuestra ley, una magnitud, el número, peso o medida de algo. Una gran cantidad de libros, puede ser un número de cien mil volúmenes o de cincuenta, según el punto de referencia o las circunstancias: Para un estudiante, el leer cien libros, puede significar una gran cantidad, mientras que para una biblioteca pública, diez mil no serán una gran cantidad. Las cantidades se miden según el número de unidades de cualquier género, de allí que en el Código se haga frecuente referencia a la medida de las cantidades o magnitudes según el "número, peso o medida". Un campo se mide; una cantidad de cereales se pesan; los edificios o los automóviles se numeran, se cuentan: me obligo a entregar dos televisores, cinco libros y un perrito. En este ejemplo, la obligación de concreta en una "cantidad" de "especies", cada una, de su correspondiente "género".

Las **obligaciones de género**, son aquellas en que el deudor debe entregar, hacer o no hacer, una cantidad de cosas de cierto género. Como se acaba de explicar que el género es un tanto indeterminado, la obligación se precisa, se determina, mediante la elección –entre las diversas cosas o especies del mismo género– de una cantidad (número, peso o medida) de entre ellas. Por ejemplo, el deudor debe entregar cinco libros; de entre los muchos que existen, habrá que contar cinco unidades, cinco especies que entren en el género "libro", y no podrá entregar cinco diarios o cinco cuadernos sin escribir, ya que estas especies no entran en el concepto de "libros".

La regla fundamental, en materia de obligaciones de género, consiste en que se cumplen mediante la entrega o la realización de cosas de **calidad por lo menos "mediana"**. Se ha de escoger no lo peor o lo mejor, sino algo que satisfaga razonablemente. Un sentido de equidad permite que el deudor no tenga que entregar lo mejor, y que tampoco pueda dar lo peor.

Corresponde al **deudor** el escoger las especies con las que pagará su deuda, salvo que se haya convenido otra cosa o que exista una norma excepcional que permita escoger al acreedor. En los testamentos se suelen establecer legados de género, y allí tiene suma importancia saber si ha de ser el heredero (deudor del legado) o el legatario (acreedor), quien escoja.

Si el deudor que debe escoger las especies con las que pagará, y no lo hace, incurre en una suerte de mora, que permite al acreedor pedir al juez que determine los individuos con los que se deberá cumplir la obligación. Bien puede establecerse que de común acuerdo entre deudor y acreedor se haga esta selección, o que intervengan peritos, cuando sea conveniente.

Un aforismo universalmente admitido dice que "el género nunca perece". Se supone que, dadas las circunstancias normales de una época, existe tal cantidad de individuos o especies (unidades) de cualquier género, de suerte que la destrucción de un número, incluso grande, deja siempre muchos otros individuos con los que se debe cumplir la obligación. Así un vendedor de tractores que se ha obligado a entregar uno de ellos, no se libera de la obligación por el incendio (caso fortuito) que ha destruido su bodega en la que tenía diez tractores; quedan muchos más en todo el mundo, con los que deberá satisfacer al acreedor, entregando uno.

Pero la regla que se acaba de indicar, no se aplica si se trata de un "género determinado", como sería el caso de que el vendedor de tractores hubiera prometido vender "uno de los" tractores que tiene en su bodega. Si la destrucción de los diez que allí se contenían, no es imputable al promitente vendedor, éste quedará libre de la obligación. En realidad, si el "género determinado", se reduce a una cantidad bastante concreta o pequeña, como en el ejemplo expuesto, la obligación es propiamente alternativa, y sigue las reglas de esa clase de obligaciones.

Algunas cuestiones plantean las obligaciones de género. Primeramente, **quién debe seleccionar los objetos**. La regla general consiste en que es el deudor

quien elige, pero puede establecerse lo contrario, por el testamento, la convención o la ley.

Luego, se discute **cuándo** se hará dicha selección, peso, cuenta o medida. Si no se ha establecido nada al originarse la obligación (en el testamento, contrato o situación en que se aplican disposiciones legales), se entiende que se determinarán los individuos para el pago, al momento del mismo pago. Si no se ha establecido un tiempo determinado para el pago, será el necesario para cumplir la obligación, según las reglas generales.

Nada impide que antes del tiempo establecido para el cumplimiento de la obligación, las partes se pongan de acuerdo y separen o marquen de alguna manera las especies con las que se solventará la obligación. Algunos autores consideran que esta selección previa, separando de algún modo las especies destinadas al pago, concreta ya la determinación de los individuos. Otros, piensan que se requiere la entrega material de las cosas. O una oferta concreta hecha por el deudor y notificada al acreedor. Las tres hipótesis me parece que no se contradicen, sino que interpretan diversas situaciones contractuales, y así se deberá, en cada caso, estar a los que las partes convengan, o, a falta de convenio, a lo que equitativamente disponga el juez.

Antiguamente se solía distinguir las obligaciones de género con referencia a cosas fungibles y las de cosas no fungibles. Parece más propio de las primeras el ser objeto de obligaciones genéricas, puesto que lo fungible entraña la condición de suplir indiferentemente unos individuos a otros, mientras que las cosas no fungibles tienen una mayor individualidad o caracteres distintivos. Sin embargo, hoy día no se presta mucha atención a esta clasificación y se admite que pueden ser objeto de obligaciones de género, cualesquiera clase de bienes o acciones (u omisiones), ya que predomina la voluntad autónoma de las partes, la que bien puede establecer categorías comunes (géneros) de objetos, entre los cuales pueda elegir el deudor los sujetos concretos (especies) con los que cumplirá su obligación.

En cambio, en el mundo moderno, las relaciones económicas y jurídicas se centran mucho más que en otros tiempos, en torno al **dinero**, dando a las obligaciones de dinero características especiales, que merecen mayor atención. Nuestro código ni siquiera menciona éstas como una categoría especial de obligaciones, pero, indudablemente ya las toma en consideración en numerosas disposiciones

a lo largo de todo el cuerpo legal. Conviene, pues, exponer brevemente en este punto, lo más esencial de las obligaciones de dinero.

OBLIGACIONES DE DINERO

Se entiende por **dinero o moneda**, la medida más genérica del valor económico. Sirve para cuantificar las cosas, las acciones y las omisiones: cuánto vale un terreno, cuánto se debe pagar por el trabajo manual o intelectual, cuánto se debe indemnizar por haber faltado al cumplimiento de un deber o por haber causado (por acción u omisión) un perjuicio. Extremando esta capacidad de medida, se ha llegado a decir que la moneda o el dinero, son la medida de cualquier cosa, lo cual, naturalmente hay que admitir con la debida reserva, ya que las cosas espirituales y aún otras como las artísticas, intelectuales, etc., no admiten medida: ¿Cuánto valen el honor, la paz, la seguridad, la aptitud intelectual, la virtud, etc.?

En los estadios más primitivos de las relaciones, los hombres realizaban **trueque** o cambio directo de unas cosas por otras: los productos de la cacería, por algún objeto elaborado de cerámica, armas de piedra, por otras de cobre o bronce, etc. Al desarrollarse la ganadería comenzó a tomar como punto de referencia de los valores de las cosas, a las reses (de allí el nombre de "pecunia", de pecus, res). También llamaron la atención especialmente los **metales**, por su rareza, cualidades de permanencia, y multiplicidad de usos.

Los metales, medidos a su vez por el **peso** (ciclos), sirvieron para intercambiar cualesquiera cosas o servicios. El siguiente paso consistió en la fabricación de **unidades de igual peso** de cierto metal, lo que significó propiamente el nacimiento de la moneda. La intervención de la autoridad para garantizar la exactitud del peso y calidad metálica de las monedas, inició el proceso de sometimiento de la moneda a la autoridad estatal, que ha llegado a ser, en el tiempo contemporáneo totalmente decisiva. Solamente la proyección internacional, que se da en la actualidad, limita un tanto el poder regulador de la moneda por parte del Estado.

En la situación actual del mundo, el dinero se caracteriza por tres cualidades fundamentales, garantizadas por el Estado: el curso legal, el poder liberador y la capacidad de representación fiduciaria.

El **curso legal**, consiste en el reconocimiento por parte del Estado, de que cierta moneda debe ser reconocida como tal, por todos, en el ámbito al que se extiende

la soberanía del mismo Estado. Normalmente este ámbito de la soberanía se delimita por el territorio del mismo Estado; pero puede extenderse a relaciones jurídicas que se efectúan o tengan consecuencias fuera del territorio estatal, como sucede en el comercio internacional.

La moneda de curso legal sirve esencialmente para medir la riqueza, el valor económico de las cosas y servicios; para cumplir funciones de intercambio, de ahorro, de formación de capitales, y, más indirectamente, para organizar empresas, reunir personas o acciones con miras a producir nuevas riquezas o prestar servicios. El dinero, por su curso legal, está, por consiguiente en el centro de las relaciones económicas modernas.

El **poder liberatorio** de la moneda significa que mediante ella se puede cumplir las más variadas obligaciones, quedando así libres del vínculo jurídico o deuda. Con el dinero se pagan los legados, se reparan los daños y perjuicios, se cumplen penas de índole criminal o civil, se remuneran servicios públicos y privados, se contratan acciones y obras que deben ejecutarse, etc. Pagando el valor correspondiente en dinero, se obtiene la liberación de esas y cualesquiera otras vinculaciones u obligaciones económico-jurídicas.

Finalmente, la capacidad de representación fiduciaria del dinero se ha diversificado en la actualidad de manera increíblemente compleja: desde las especies monetarias (monedas propiamente dichas), los billetes, vales, cédulas, pagarés, letras de cambio, hasta variadísimas formas de títulos de valor (títulos-valor). Las aplicaciones de la electrónica, permiten representar y mover el dinero mediante órdenes, transferencias, compensaciones, liquidaciones, etc. sin necesidad de tocar una moneda material, de metal, ni un billete, sino mediante comunicaciones u órdenes por internet u otros sistemas electrónicos. Las tarjetas de crédito, son ahora una suerte de moneda, o de representación fiduciaria del dinero, con extensión y aplicación internacional y amplísima.

Esta breve descripción en torno a la moneda, permite apreciar que las obligaciones, hoy día, de una manera u otra, terminan en la posibilidad de solventarse mediante el dinero. Ciertamente se puede contratar los servicios, la ejecución de una obra, o la entrega de una especie determinada, pero, si resulta imposible el cumplimiento, o si el mero incumplimiento del deudor impide que se obtenga la finalidad perseguida inicialmente, se puede, al menos, reparar el daño mediante el pago de una cantidad de dinero. El dinero resulta así, una posibilidad alternativa para el cumplimiento de las más variadas obligaciones.

Ahora bien, esta medida del valor de las cosas, se consideró mucho tiempo como una **medida estable**, en cierto modo, inmutable. Pero en realidad nunca fue tan fija la medida, como se creía: siempre ha estado sujeto el dinero a múltiples variaciones.

Intrínsecamente, la moneda podía ser alterada en sus cualidades de pureza del metal o del peso de las especies monetarias. Desde la antigüedad, descubrieron los príncipes el gran negocio, o la gran estafa, de emitir moneda con menor peso o de menor ley en cuanto a la pureza de los metales.

Pero, aún suponiendo la inalterabilidad de las especies monetarias, su mayor o menor abundancia, en relación con el volumen de las transacciones, ha hecho siempre que **el valor de la moneda fluctúe**, pues se aplica también a ella la ley de la oferta y la demanda. El fenómeno de la inflación, consiste en una abundancia excesiva de moneda, de dinero, con relación a la riqueza que se produce o que circula en un determinado mercado. Esto necesariamente quita valor a la moneda, por haber más oferta de dinero que demanda del mismo.

En la desvalorización de la moneda, influyen también otros factores, como la desconfianza hacia un Estado, por su inestabilidad política, jurídica o económica, por el grado de corrupción extendido en los negocios, por los desequilibrios de la balanza comercial o de la balanza de pagos de tales países, etc. En una palabra, aunque la unidad de valor, en que consiste esencialmente la moneda, debería ser inmutable, realmente no se logra dar esa estabilidad sino muy limitadamente. Esto plantea el problema jurídico de la distinción de las obligaciones de dinero y las **obligaciones de valor**. Deberían ser lo mismo, unas y otras, pero la realidad es muy distinta.

Sobre todo, cuando se trata de obligaciones que se deben cumplir en períodos más prolongados de tiempo, la variación del valor de la moneda es mayor y plantea problemas de equidad. Esto se aprecia, por ejemplo, en las restituciones y recompensas que se deben a cada cónyuge, cuando se disuelve la sociedad conyugal: puede haberse aportado un bien, o adquirido el derecho a una recompensa, y al cabo de muchos años, solamente se debe pagar la suma de dinero que valió la cosa o el servicio en el momento en que se realizó; la moneda al momento del pago puede tener un valor ínfimo en comparación con el que tenía al momento inicial de la relación, de allí la injusticia de atenerse solamente al valor numérico. Otro tanto sucede en las liquidaciones de sociedades que hayan durado mucho tiempo, o en el pago de legados al cabo de largos períodos desde

cuando se otorgaron en testamento, o a la reparación de perjuicios por negocios o asuntos que pertenecen a un pasado remoto.

Las compensaciones o ajustes para evitar las faltas de equidad que se producen por las variaciones del valor de la moneda (generalmente depreciación o desvalorización), generalmente se establecen en los mismos contratos, por libre convención entre las partes; pero, a veces, interviene la previsión del legislador, sobre todo para regular los contratos de las entidades públicas.

Esas normas de reajuste o compensación, para evitar perjuicios desmedidos al deudor o al acreedor, son razonables y justas, pero entrañan también peligros. Así, la usura –que resurge como hidria de cien cabezas- se vale a veces de estas cláusulas contractuales de reajuste, para burlar las regulaciones legales que tratan de evitar el cobro desmedido de intereses. Se requiere, por tanto, un moderado contralor de las cláusulas de reajuste de las obligaciones.

Los mismos **intereses**, comenzaron justificándose por el riesgo del capital y por la disminución natural del mismo a través del transcurso del tiempo. Así cambió la mentalidad que antiguamente consideraba el dinero como improductivo, hasta el concepto actual, según el cual el dinero es sustancialmente productivo. Los intereses, son maneras de establecer una medida de esa productividad de la moneda.

Se llaman "**frutos civiles**", es decir, algo natural que el dinero produce.

Los intereses pueden ser **convencionales, corrientes o legales**. Los primeros se establecen en los contratos u otras relaciones jurídicas particulares, por la libre determinación de la voluntad. Los corrientes, son los generalizados en un lugar y tiempo, como producto del juego de la oferta y la demanda. Los legales, se fijan precisamente por una autoridad competente, no sólo mediante leyes, sino, a veces por decretos, resoluciones, reglamentaciones, u otras formas de ejercer la autoridad.

En cuanto a los intereses, es importante distinguir los **remuneratorios** y los **mota-
torios**. Los primeros, reconocen la cualidad naturalmente productiva del dinero, y se aplican en ciertos contratos que están destinados a hacerlo producir; el más típico es el mutuo o préstamo de consumo: al dar un capital a mutuo, el mutuante corre el peligro de perderlo por la eventual insolvencia del deudor, pero, en cambio, espera recuperarlo con sus frutos civiles, con los intereses. Otras formas contractuales se derivan o se acercan al mutuo e igualmente la ley reconoce los

intereses remuneratorios en tales contratos. En otros casos, la misma ley ha considerado que el servicio producido por el adelanto de ciertos gastos, la inversión en mejoras o la prestación de servicios, deben ser recompensados con los intereses remuneratorios, como sucede en el caso de las cantidades de dinero que un guardador emplea en utilidad de su pupilo.

También la convención entre las partes puede concretar la obligación de pagar esta clase de intereses, incluso en contratos de suyo gratuitos, pero en los que libremente se puede reconocer alguna ventaja a quien adelanta dineros o presta servicios apreciables en moneda, tal como en el mandato, que, por disposición de las partes, admite una remuneración del mandatario.

Los intereses moratorios constituyen una forma de indemnizar los eventuales perjuicios producidos por el incumplimiento o el cumplimiento tardío de una obligación. Uno de los efectos principales de la mora consiste en la carga de pagar los perjuicios que produce, pero, como frecuentemente resulta difícil la apreciación de su cuantía, el recurso al pago de un rédito o interés, resulta una manera ágil y equitativa de compensar el perjuicio producido por la mora.

El monto de los intereses puede ser dejado a la libre contratación, con el peligro de los abusos usurarios, o bien establecido por la ley, o limitado por la ley, de suerte que se pueda determinar dentro de ciertos márgenes razonables. A lo largo de nuestra historia, múltiples veces se ha cambiado la regulación a este respecto, pasando de la libertad total de contratación de intereses a las máximas restricciones, según han predominado tendencias o doctrinas económicas que inciden sobre esto. Desde luego, en los períodos en que la moneda nacional guardaba una cierta estabilidad, era más razonable limitar el monto de los intereses, mientras que al producirse fenómenos de inflación y desvalorización de la moneda, se justificaba el cobro de intereses más elevados para compensar el fenómeno de la depreciación de la moneda.

Actualmente, habiéndose adoptado una moneda más estable, como es el dólar de los Estados Unidos de América, se impone una regulación más estricta y restrictiva del cobro de intereses.

Las obligaciones de pagar sumas de dinero, presentan gran variedad en cuanto a sus causas y a los diversos negocios de que provienen, pero en cuanto a la ejecución o cumplimiento se reducen a la entrega al acreedor, en el tiempo o lugar adecuados, de la cantidad adeudada. Quien no lo hace se constituye en **mora**,

pero, en algunos casos la ley impone que se **requiera al deudor**, e incluso el requerimiento deberá ser judicial. Pero si se ha establecido entre las partes que no será necesario tal cominación, basta el transcurso del plazo o el cumplimiento de la condición, para que el deudor incumplido quede en mora.

La **constitución en mora** trae varias consecuencias. En primer término, se agrava la responsabilidad del deudor, llegando en algunos casos a quedar obligado incluso a la indemnización de daños producidos por caso fortuito. Se limita esta atribución de responsabilidad, cuando el caso de fuerza mayor o fortuito se habría producido igualmente si lo debido estuviere en manos del acreedor.

Otra consecuencia de la mora es la obligación de pagar intereses moratorios. Éstos pueden sumarse a los remuneratorios, salvo que la ley los limite.

En la actual legislación y conforme a las Regulaciones del Banco Central, hay intereses libremente contratados, aunque **no deben exceder la tasa máxima convencional**; intereses activos y pasivos de entidades financieras, regulados por el Banco Central, e intereses de mora, que suponen una adición a los anteriormente señalados.

TÍTULO IX DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

"Art. 1527.- [Obligaciones conjuntas y solidarias].- En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es **solidaria o in solidum**.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

"Art. 1528.- [Unidad de objeto. Diversidad de modos].- La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos: por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros".

"Art. 1529.- [Solidaridad activa. Efectos].- El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos; pues entonces deberá hacer el pago al demandante.

La condonación de la deuda, la compensación, la novación entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor".

"Art. 1530.- [Efectos de la solidaridad pasiva entre acreedor y codeudores].- El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división".

"Art. 1531.- [Demanda intentada contra alguno de los deudores].- La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido cumplida por el demandado.

"Art. 1532.- [Renuncia de la solidaridad].- El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad, respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

Renuncia tácitamente en favor de uno de ellos cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.

Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores por toda la parte del crédito que no haya sido satisfecha por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda".

"Art. 1533.- [Renuncia de la solidaridad de una pensión periódica].- La renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa".

"Art. 1534.- [Condonación parcial de la deuda].- Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1530, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda".

"Art. 1535.- [Novación de la obligación solidaria].- La novación entre el acreedor y cualquiera de los deudores solidarios, libera a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida".

"Art. 1536.- [Excepciones que puede oponer el deudor solidario].- El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas.

Pero no puede oponer, por vía de compensación, el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho".

"Art. 1537.- [Efectos de la pérdida de la cosa debida].- Si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpado o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpado o moroso".

"Art. 1538.- [Efectos de la solidaridad pasiva entre codeudores].- El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, quedarán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre los demás a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad".

"Art. 1539.- [No hay solidaridad entre los herederos].- Los herederos de cada uno de los deudores solidarios están entre todos obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria".

Las obligaciones se dan muchas veces entre un solo deudor y un solo acreedor, de forma simple. Pero también se producen de manera compleja o múltiple: entre varios deudores y varios acreedores.

Cuando existe esta pluralidad de sujetos activos o pasivos (o activos y pasivos), la regla general es la de la **multiplicidad de vínculos**: hay tantos como partes interesadas. Entonces la obligación compleja o múltiple se suele llamar "**man-comunada**". Cada acreedor solamente puede exigir su parte, y a cada deudor solamente se puede demandar su parte. Las partes, también como regla general, son iguales, mientras no se demuestre otra cosa. En las obligaciones heredita-

rias, la obligación del causante se divide entre los herederos en proporción a sus cuotas, que bien pueden ser desiguales.

La regla general de que las obligaciones múltiples son simplemente mancomunadas y por tanto pueden dividirse, se altera en dos situaciones: cuando se establece la **solidaridad** o cuando una obligación es **indivisible** por la naturaleza misma de la prestación o porque así se ha convenido. Son dos situaciones excepcionales, y por tanto deben constar expresamente. Si no hay tal constancia, se presume que las obligaciones complejas por los sujetos, son simplemente mancomunadas.

La solidaridad puede ser activa, pasiva o mixta. **Activa**, cuando hay varios acreedores que pueden cobrar o recibir el pago de la obligación íntegramente, de suerte que el cumplimiento respecto de uno cualquiera de ellos, extingue la obligación del deudor; entonces surgen relaciones especiales entre los diversos acreedores.

La solidaridad **pasiva**, se refiere a los deudores. El acreedor, puede escoger entre cobrar a todos sus deudores, o cobrar a cualquiera de ellos, al que él escoga. Esta solidaridad de los deudores, que están obligados todos y cada uno a pagar la totalidad de la prestación debida, es la más frecuente y se considera una verdadera garantía para el acreedor. En efecto, el acreedor puede escoger lo que más le convenga y los deudores no pueden oponer la excepción de división de la obligación; el patrimonio de cada uno de ellos, garantiza la total ejecución.

Cuando se obliga un **fiador**, garantiza subsidiariamente la prestación debida por el principal deudor, y si el acreedor se dirige contra el fiador, éste puede oponer el beneficio de excusión, señalando los bienes del deudor en que debe intentarse primeramente el cobro. Pero si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, renuncia al beneficio de excusión y así se facilita al acreedor el cobro de lo que le corresponde.

La **diferencia** entre la solidaridad y la indivisibilidad de la obligación, está en cuanto al origen, en que la indivisión de las obligaciones depende fundamentalmente de la naturaleza misma de lo que se debe; por ejemplo, la obligación de entregar un animal, es indivisible, aunque corresponda a varios deudores, porque el animal no se divide sin que al mismo tiempo muera; otros bienes disminuyen considerablemente de valor al dividirse y se consideran naturalmente indivisibles, como una colección de arte, una biblioteca, etc. La solidaridad, además, no pasa a los herederos, sino que ellos al heredar a uno de los deudores, quedan cada

uno obligado en proporción a su cuota hereditaria, en tanto que la indivisibilidad de la obligación sí se transmite a los herederos.

La solidaridad proviene de la voluntad privada o de la ley. La **voluntad particular** se expresa, sea en un testamento o en un contrato o convención entre las partes. Solamente si consta claramente en estos actos, habrá solidaridad; aunque no es preciso designar con el nombre preciso de "solidaridad", bastaría, por ejemplo, que se diga que cada deudor se obliga por el todo, u otras expresiones análogas; la misma ley emplea algunas veces el término "in solidum".

En cuanto a la solidaridad **establecida por la ley**, tiende a garantizar especialmente a ciertas personas, normalmente a incapaces, como los menores de edad, o que se encuentran en una situación social de cierta inferioridad relativa, como en el caso de los trabajadores frente a sus empleadores.

El beneficiado por la solidaridad **puede renunciar** a ella, ya que solamente en su provecho ha sido establecida. Pero la renuncia de uno de los acreedores, no afecta a los demás.

Los efectos de la solidaridad se relacionan primeramente al vínculo entre los deudores y los acreedores. Secundariamente, se producen tales efectos entre los varios deudores entre sí, o entre los varios acreedores, una vez que se ha exigido o cumplido la obligación.

Antes del cumplimiento, cada acreedor tiene derecho de exigir al deudor (o deudores), la totalidad de la obligación. A su vez, el deudor puede liberarse de su prestación cumpliéndola hacia cualquiera de los acreedores. Normalmente es el deudor quien puede escoger entre los varios acreedores libremente, pero si ya ha sido demandado por uno de ellos, no puede verificar el pago a otro u otros, sino solamente al que se adelantó a demandar.

Los principios que inspiran la solidaridad en este caso son: la **unidad de la presentación y la pluralidad de vínculos**: con cada acreedor. Por estas razones, el deudor demandado puede oponer las excepciones reales –relativas a la cosa u obligación en sí misma, como la nulidad de un contrato, la falta de causa o de objeto lícito, etc.-, y también las excepciones personales que tenga con relación al demandante.

Como hay pluralidad de vínculos, si uno de los acreedores condona la obligación, ésta no se extingue respecto de los coacreedores, quienes pueden cobrarla al deudor. Igualmente, una novación, compensación o confusión entre el deudor y uno de los coacreedores, **no afecta a los demás**, sino que solamente disminuirá la obligación en la parte que ha quedado saldada o extinguida, y los acreedores restantes continuarán con su derecho solidario de cobrar todo lo restante de la obligación.

En la **solidaridad pasiva**, cada deudor tiene el deber de cumplir totalmente, si se le requiere y no puede oponer la excepción de división, ni pedir que se cobre antes a otro de los solidariamente obligados. Pagada íntegramente la obligación por un deudor, se extingue totalmente.

Como los vínculos son múltiples, cada deudor puede deber la misma cosa (dar, hacer, no hacer), pero con **modalidades especiales**, y así la misma obligación puede exigirse a un deudor como pura y simple, mientras que otro deudor puede tener a su favor un plazo o condición pendiente, y solamente cumplidos éstos, se le podrá exigir.

El o los acreedores pueden escoger entre **costrar todo al conjunto** de los deudores o bien dirigirse a uno de ellos. El hecho de demandar a un deudor no destruye la solidaridad, y posteriormente pueden ser demandados los demás deudores, singularmente o en conjunto.

Una vez cumplida la obligación, si un acreedor ha recibido lo debido, tendrá que entregar a sus coacreedores la parte que les corresponde, o compensarles económicamente, si no es divisible. Los coacreedores pueden demandar este reembolso o compensación individualmente cada uno o todos ellos en conjunto.

De manera parecida, el deudor que pagó toda la deuda puede demandar a los codeudores solidarios el **reembolso** de lo pagado por él en exceso; entendiéndose que, por regla general, a cada uno tocaba una alícuota igual (proporcional en caso de sucesión). Si uno de los deudores cayó en insolvencia, esto pesa sobre todos ellos, y deberán sufrir la pérdida en proporción a sus cuotas. Sin embargo, si el negocio jurídico del que proviene la solidaridad estaba destinado a beneficiar a uno solo de los acreedores y éste recibe el pago, evidentemente no tendrá que corresponder a los demás, y si se tratara de un deudor exclusivamente beneficiado por dicho negocio jurídico, no tendrá derecho de pedir reembolso a los demás, una vez que quedó liberado de la obligación por el cumplimiento total.

Por la unidad del objeto, los actos de conservación –como una prohibición de enajenar, secuestro, embargo, etc.) aunque sean pedidos por uno sólo, **benefician a todos**.

También la **interrupción de la prescripción** producida por acción de un acreedor, beneficia a todos, y perjudica a todos los deudores solidarios.

El acreedor que hubiere demandado debe actuar con la mayor diligencia, y si no lograre el cobro por descuido suyo, responderá ante sus coacreedores.

TÍTULO X DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

"Art. 1540.- [Definición].- La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar una cantidad de dinero, divisible".

"Art. 1541.- [Solidaridad e indivisibilidad].- La solidaridad de una obligación no le da el carácter de indivisible".

"Art. 1542.- [Divisibilidad y excepciones].- Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores. Exceptúanse los casos siguientes:

1. La acción prendaria o hipotecaria se dirige contra el codeudor que posea, en todo o en parte, la cosa empeñada o hipotecada.

El codeudor que ha pagado su parte de la deuda no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aun en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aun en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores;

2. Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, el codeudor que lo posee está obligado a entregarlo;

3. Los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha vuelto imposible el cumplimiento de la obligación, son exclusiva y solidariamente responsables de todo perjuicio al acreedor;

4. Cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse, o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata.

Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pueda hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento.

Pero los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas;

5. Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de toda la cosa, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros.

Pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de toda la cosa, sino intentando conjuntamente su acción; y,

6. Cuando la obligación es alternativa, si la elección corresponde a los acreedores, deben hacerla todos de consuno; y si a los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".

"Art. 1543.- [Indivisibilidad activa y pasiva. Efectos].- Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, está obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad; y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible, tiene igualmente el derecho a exigir el total".

"Art. 1544.- [Efectos respecto a los herederos].- Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible está obligado a cumplirla en el todo, y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su total cumplimiento".

"Art. 1545.- [Interrupción de la prescripción en la obligación indivisible].- La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros".

"Art. 1546.- [Beneficio de plazo].- Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores, a fin de cumplirla entre todos; a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla; pues en tal caso podrá ser condenado desde luego al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban".

"Art. 1547.- [Efectos del cumplimiento].- El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos".

"Art. 1548.- [Indivisibilidad activa. Remisión y pago].- Siendo dos o más los acreedores de la obligación indivisible, ninguno de ellos puede, sin el consentimiento de los otros, remitir la deuda o recibir el precio en lugar de la cosa debida. Si alguno de los acreedores remite la deuda o recibe el precio de la cosa, sus coacreedores podrán todavía demandar la cosa misma, abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa".

"Art. 1549.- [Incumplimiento de la obligación indivisible].- Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido la obligación indivisible o de haberse retardado su cumplimiento. Ninguno de los acreedores puede intentarla, y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa.

Si por hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha vuelto imposible el cumplimiento de ella, él solo será responsable de todos los perjuicios".

"Art. 1550.- [Incumplimiento del hecho que debe ejecutarse en común].- Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rehúsa o retarda, éste solo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor".

Las obligaciones múltiples o complejas, sea por razón de la pluralidad de deudores o la pluralidad de acreedores, o bien por la multiplicidad de las prestaciones, son divisibles o indivisibles.

La división se tiene como regla general. Se ejecuta la división partiendo la obligación, o las prestaciones que implica, o la cosa misma sobre la que recae. Por ejemplo, si hay obligación de hacer un trabajo a destajo, por cierto número de

metros cuadrados de construcción de un muro, la ejecución de esta obra se presenta como algo partible, divisible; el contratista puede ir entregando partes de la cosa contratada, dividiendo así la obligación total. Las obligaciones de pagar una suma de dinero, por regla general, son divisibles, ya que se admiten pagos parciales, salvo que se haya establecido otra cosa.

La división se entiende normalmente en el sentido expuesto: como entrega o ejecución por partes. Pero también se puede concebir una **división intelectual**, como cuando se cumple un deber jurídico, asignando una cuota, acción o parte proporcional de un todo; pero este sentido abstracto de partición no entra en la consideración de las obligaciones como divisibles. Cuando se habla de obligación divisible, se entiende, la que materialmente está sujeta a esta posible partición y ejecución por partes, como cuando cinco deudores deben cien mil dólares, y el acreedor recibe veinte mil de cada uno.

La división, aunque filosóficamente es siempre posible, al menos, de la forma intelectual que se acaba de exponer (por cuotas, acciones, etc.), para los efectos de la clasificación de las obligaciones se asume más bien en el **sentido económico** y de utilidad. Se tiene por indivisible la obligación relativa a una prestación u objeto que, aunque sería factible dividir de alguna manera, sin embargo, tal división resultaría antieconómica, porque se privaría a la acción o a la cosa de su valor.

Algunos explican la indivisibilidad como la imposibilidad práctica, por la que, si se partiera una cosa, ya se desvirtuaría su función, utilidad o disminuiría considerablemente el precio. Así, por ejemplo, un automóvil puede separarse en muchas piezas, pero ninguna de ellas tendría la misma función que el vehículo y la suma de las partes, probablemente no alcanzaría al valor del objeto completo; una contabilidad que una persona se ha obligado hacer, al quedar inconclusa, prácticamente no sirve para nada: esta obra es indivisible, como la ejecución de una obra literaria o artística, un servicio profesional destinado a producir algo integral, etc.

La indivisibilidad depende, por consiguiente, de manera fundamental, de la naturaleza misma de la prestación o del objeto de la obligación. Sin embargo, lo que naturalmente es divisible, puede convertirse en indivisible, excepcionalmente, por una **disposición de voluntad**, sea contractual o unilateral. Así sucede en muchas letras de cambio, que se aceptan con la cláusula de indivisibilidad "aun por los herederos"; también sería el caso de un legado o de una asignación hereditaria con la orden precisa de no admitir división o pagos parciales.

En las obligaciones divisibles, a cada deudor solamente se puede exigir la parte que le corresponde, y, si hay varios acreedores, cada uno puede demandar a nombre propio únicamente lo suyo. Si se exigiera a un deudor el pago total, opondría la excepción de división. Y en el caso de que un deudor pagara toda la deuda a un acreedor, no queda libre de ser demandado por los demás acreedores, quienes pueden exigirle sus respectivas partes; el deudor tendría que volver a pagar, y solamente le quedaría el recurso de repetir lo pagado en exceso al acreedor al que canceló más de lo que debía.

Los efectos de la **destrucción o del deterioro** de la cosa debida, si se trata de obligación divisible, son imputables al respectivo deudor que por su culpa o dolo haya provocado esos daños, sin que se pueda exigir a los codeudores. Naturalmente, si hubo fuerza mayor o caso **fortuito**, se sigue la regla de que las cosas perecen para su dueño, y quedarán libres de la obligación los deudores.

Por el contrario, en las obligaciones indivisibles, cada acreedor puede exigir el **cumplimiento íntegro**, y cada deudor tiene el deber de pagar o cumplir en su totalidad la obligación. Si ésta es de tal naturaleza que requiere la intervención conjunta de todos los deudores, al ser demandado uno, puede solicitar un plazo para proceder in solidum con los demás, pero no puede presentar la excepción de división.

En caso de **muerte** de uno de los acreedores o de uno de los deudores de obligación indivisible, todos los herederos del respectivo difunto responden *in solidum*, aunque, cumplida la obligación por uno de ellos, éste tendrá derecho al reembolso de la alícuota que correspondía a los otros herederos según la proporción de sus derechos hereditarios. Esta es una de las diferencias más importantes con las obligaciones solidarias, ya que éstas se dividen al morir uno de los deudores solidarios, mientras que las indivisibles, permanecen como un bloque que grava a todos los herederos y no pueden oponerse al pago total.

La *insolvencia* de uno de los deudores de obligación indivisible grava a los demás, que continúan obligados a la totalidad; no podría, por ejemplo, disminuirse la ejecución total de una casa, o entregarse un animal de manera parcial. En cambio, si la obligación es divisible, como sucede en las deudas ordinarias de dinero, cada deudor pagará su cuota, y ha de ser el acreedor el que soporte la pérdida debida a la insolvencia de algún deudor.

Cuando hay varios acreedores de una obligación indivisible, uno de ellos puede **condonar** o remitir la deuda de algún deudor, pero este acto no significará otra cosa que el acreedor que así ha actuado, no podrá demandar ni al deudor ni a sus coacreedores, puesto que ya se ha desprendido de su derecho. Pero los otros acreedores quedan en plena libertad de demandar la totalidad de lo debido: no disminuye su derecho por la liberalidad del coacreedor que perdonó su parte. Igualmente, si uno de los acreedores lo desea, puede demandar el pago total, pero no está autorizado para recibir un pago parcial, o para recibir el precio de la cosa debida: esto requeriría la conformidad de los demás acreedores. El que ha tomado la iniciativa de exigir el cumplimiento, será responsable frente a sus compañeros, si no ejercita la acción con la debida diligencia.

La **interrupción de la prescripción** por parte de uno de los acreedores, beneficia a los demás, en las obligaciones indivisibles, en virtud del principio de propagación, y, en consecuencia, deja de correr la prescripción de suerte que cualquiera de los otros acreedores ejercerá la excepción de interrupción, frente a las pretensiones del deudor. Todos los deudores de obligación indivisible pueden excepcionarse alegando prescripción, pero la suspensión de ésta, perjudica a todos.

Las obligaciones indivisibles que no hayan sido cumplidas dan origen al derecho de demandar o bien el cumplimiento, o la resolución, en ambos casos con el derecho a indemnización por los perjuicios que se han seguido por la mora o el definitivo incumplimiento. Ahora bien, el **precio** que reemplaza a la entrega de una cosa tiene carácter indivisible, si la obligación lo era, en tanto que la indemnización es algo nuevo, que se origina por el incumplimiento, y esta indemnización se cubre con dinero y es siempre divisible, aunque la obligación incumplida haya sido indivisible.

TÍTULO XI DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

"Art. 1551.- [Definición].- Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento".

"Art. 1552.- [Carácter de accesorio de la cláusula penal].- La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido".

"Art. 1553.- [Exigibilidad de la cláusula penal].- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

"Art. 1554.- [Exigibilidad de la cláusula penal por mora].- Hágase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, el deudor incurre en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse".

"Art. 1555.- [Reducción de la pena por cumplimiento parcial].- Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa

parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal".

"Art. 1556.- [Pena accesoria a obligaciones divisibles indivisibles].- Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene la obligación incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

Exceptúase el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total. Podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible".

"Art. 1557.- [Pena asegurada con hipoteca].- Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse ésta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar".

"Art. 1558.- [Relevo de la prueba de perjuicios].- Podrá exigirse la pena en cuantos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la in ejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

"Art. 1559.- [Pena e indemnización].- No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

"Art. 1560.- [Reducción de la cláusula penal enorme].- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje lo que excede al doble de aquélla; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena

juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

La cláusula penal, se suele utilizar como garantía del cumplimiento de obligaciones contractuales. Al establecerse un pago, en dinero normalmente, superior al monto de la obligación principal, se está utilizando un instrumento para constreñir al deudor para que cumpla su obligación; esta es la finalidad primaria de la cláusula penal:

También proporciona la cláusula penal el medio de evaluar anticipadamente el monto del perjuicio que se producirá por el incumplimiento, el imperfecto cumplimiento o el retardo en cumplir la obligación principal. En este sentido, la cláusula penal representa una ventaja para el acreedor, quien no tendrá que demostrar el volumen del perjuicio recibido en los casos de incumplimiento o retraso, lo cual suele ser difícil de probar. Para el deudor, proporciona esta cláusula la ventaja de limitar el posible monto de la indemnización.

La cláusula penal origina una obligación especial a cargo de quien no cumpla el contrato, considerado como una ley entre las partes. Por esto, para cobrar o exigir la pena, solamente habrá que probar el incumplimiento de la obligación principal, sea en su totalidad o sólo parcialmente, o bien, el retardo culpable.

Esta finalidad y función propias de la cláusula penal, hacen que sea realmente una obligación con características peculiares. Es: accesoria, subsidiaria, alternativa, condicional, definitiva y de interpretación estricta. Algunos de estos caracteres pueden ser limitados o modificados por pacto expreso, como luego se dirá.

La doctrina distingue la cláusula penal "resarcitoria" o **compensatoria** del perjuicio por el incumplimiento; y la "**moratoria**", que indemniza por el retardo culpable.

En primer lugar, la obligación proveniente de una cláusula penal, tiene carácter **accesorio**. De aquí deriva que, sigue la suerte de la obligación principal: se extingue si ésta ha terminado; se divide o no se divide, según lo admita o no, la obligación principal; pasa con la principal al nuevo contrato, en caso de novación; se transmite por sucesión de los herederos en la obligación principal.

Por ser **subsidiaria** de la obligación principal, no puede cobrarse la pena sino cuando la principal obligación no se ha cumplido, o se ha hecho imposible. El acreedor no puede exigir la pena antes de expirar el plazo o antes de cumplirse la condición de la que depende la obligación principal. A su vez, el deudor no puede imponer su voluntad de cumplir sólo la pena, para eximirse del cumplimiento de la obligación principal.

El carácter accesorio de la cláusula penal, se desvirtúa si las partes han establecido de modo expreso que habrá derecho al cobro de la pena cuando se haya establecido a favor de un tercero, o en el caso de anularse la obligación principal por no haber sido aceptada por el tercero a favor de quien se contrató.

Como la cláusula penal puede dirigirse a compensar o resarcir el daño por el incumplimiento, una vez cobrada la pena, no cabe exigir la obligación principal. Si, por el contrario, consta que en el contrato se ha establecido la pena para indemnizar por la mora, entonces sí se puede exigir conjuntamente el cumplimiento de lo principal, más la pena por el retardo culpable.

El derecho de escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o el cobro de la penalidad estipulada, corresponde al acreedor, una vez que el deudor ha incumplido. El acreedor tiene esta alternativa, que deriva del correspondiente carácter alternativo de la cláusula penal. Sin embargo, esta cualidad puede desaparecer por expreso convenio entre las partes, si han estipulado que se sume la obligación penal a la principal garantizada por la primera.

El sentido **condicional** de la pena contractual, consiste en que solamente se cobre cuando la obligación principal no se haya cumplido completa y debidamente; éste es el hecho futuro e incierto del que depende el cobro de la pena.

La pena, prevista en el contrato, no queda sujeta a variación porque se alegue que el perjuicio sufrido por incumplimiento es menor que la pena. Ni siquiera se admitirá la prueba de que el acreedor ha obtenido alguna ventaja por el incum-

plimiento del deudor. En este sentido se dice que la cláusula penal es **inmutable**, pero se admite excepciones en los casos expresamente previstos en la ley.

Cuando la pena se ha dispuesto por las partes con la clara intención de cubrir los perjuicios provocados por una eventual mora, se presenta el problema de la **limitación necesaria** de la pena, para evitar que sirva de expediente para cobrar intereses usurarios. Por esta razón el artículo 1560 permite rebajar la pena en lo que excede al máximo de interés que es lícito estipular, cuando se trata de contratos de mutuo.

Si se trata de otras obligaciones (no las del contrato de mutuo), cuyo monto sea indeterminado o imposible de valorar con certeza – "inapreciable", dice el Código, entonces será el juez quien rebaje la pena equitativamente: "se deja a la prudencia del juez el moderarla".

Hay que considerar también el caso de las obligaciones que se cumplen **por partes** o etapas, como sucede en los contratos de arrendamiento o en los de ejecución de algunas obras. Como nos hallamos ante obligaciones principales divisibles, y aún ante varias obligaciones sucesivas, la pena no puede extenderse a la totalidad, si ya se ha cumplido una parte; lo equitativo será reducir la pena en proporción a lo ya cumplido, y así lo dispone el mismo artículo 1555.



TÍTULO XII DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

El Título XII del Libro IV aunque se refiere al efecto de las obligaciones, en realidad se centra en los diversos efectos del cumplimiento e incumplimiento de los contratos. Ciertamente que las normas generales que aquí se dan, son aplicables, por extensión, a las obligaciones que no nacen de los contratos, sino directamente de la ley, o bien de los cuasicontatos, delitos y quasi delitos. De estas últimas, se trata en los títulos XXXII y XXXIII, y se comenta en el Volumen 15 de esta obra de Derecho Civil.

El esquema fundamental de los efectos se reduce a lo siguiente: Lo normal es que las obligaciones se **cumplan**: se contraen para ser cumplidas; el derecho tutela el cumplimiento y sanciona el incumplimiento. El cumplimiento voluntario, completo, satisfactorio y oportuno de las obligaciones libera al deudor y extingue el vínculo personal que favorece al acreedor.

Sucede, sin embargo, que no siempre se produce este cumplimiento voluntario, y entonces, el acreedor puede acudir a los jueces para que el poder coercitivo del Estado le proteja, exigiendo al deudor el cumplimiento. Dicho cumplimiento, por lo general, deberá ser **idéntico** a lo que se haya estatuido entre las partes, y si esto no se logra, habrá el derecho a una **indemnización** que restablezca el equilibrio jurídico.

La indemnización surge para reemplazar al contenido de la obligación incumplida, o de la que fue cumplida imperfecta, parcial o deficientemente, o, por último, a la extemporánea, o cumplida fuera del tiempo previsto. Por esto, las indemnizaciones por obligaciones contractuales, se clasifican en **compensatorias** y **moratorias**. Las primeras reemplazan a la obligación incumplida o imperfectamente realizada, y las segundas cubren el perjuicio que el mero retardo suele causar.

Para que haya lugar al cobro de una indemnización se requieren tres requisitos:
1. Que el reclamante haya sufrido un **daño o perjuicio**, sea en su persona o

bienes; 2. Que dicho daño sea **imputable al demandado**; 3. Que el responsable haya incurrido en mora.

El daño o perjuicio ha de ser real, efectivo, y no simplemente posible, imaginario. Normalmente se reduce a una pérdida, disminución, deterioro o incapacidad total o parcial de servir una cosa para su objeto propio, lo que ya ha sucedido o está actualmente sucediendo. Así un automóvil que por un accidente deja de funcionar, un caballo de carreras que pierde una pierna, un alimento que se descompone, etc. Excepcionalmente, el daño puede ser futuro y dar derecho a indemnización, en tal caso, se requiere que sea cierto, seguro el efecto, no bastando una mera previsión fundada en altas probabilidades.

La ley, siguiendo una antigua doctrina, distingue el **daño emergente** y el **lucro cesante**. El primero supone una pérdida o disminución directa del patrimonio, como cuando se incendia una casa o se hiela una sementera. El lucro cesante implica un daño indirecto, pero ligado por una relación de causalidad inmediata con el evento de que se trata; por ejemplo, en el supuesto de la destrucción del vehículo por un choque o volcamiento, el dueño sufre no solamente la pérdida de un objeto valioso (daño emergente) o la reducción de su valor, sino que se ve privado de la utilidad que le producía prestando servicios de taxi; esta utilidad que deja de percibir es una consecuencia indirecta pero ciertamente causada por la destrucción de la cosa, este es un lucro cesante.

Además del daño emergente y el lucro cesante, que se relacionan siempre con el valor de las cosas y que pueden ser mesurables en dinero, se reconoce ahora el derecho a la indemnización por **daño moral**, que consiste en todo lo que afecta a las facultades espirituales de una persona: sus convicciones, sentimientos, hábitos de trabajo, capacidades artísticas, deportivas, etc. El daño moral no es mesurable, no se puede admitir el concepto del "preium dolores". Solamente se aspira a compensar de alguna manera el dolor, la frustración, la limitación de las capacidades u otros aspectos de índole moral, mediante una indemnización que de ningún modo será igual al bien perdido, pero que sí inclina a las personas a evitar esos males que tendrán que reparar, y supone un cierto consuelo para la víctima.

Algunos aspectos nuevos del daño moral se desarrollan actualmente por la doctrina y la jurisprudencia, tales como los **daños biológicos**, los que atañen al comportamiento general de una persona o de un **grupo humano**, los daños **existentiales**. Todos ellos, generalmente no surgen del incumplimiento de contratos, sino más bien de conductas antijurídicas o de riesgos inevitables que surgen por

el avance de la técnica, el desarrollo de los medios de comunicación, la velocidad creciente de los vehículos, el uso de los medios de comunicación social, etc.

La imputabilidad del daño a un determinado sujeto, implica la existencia de una **relación causal** entre su conducta –acción u omisión- y el efecto perjudicial. No se puede imputar un daño a quien no lo ha causado. Pero no basta la relación de causa a efecto, sino que, además, se requiere para la imputabilidad, que el individuo tenga el **deber jurídico** de no causar ese daño, es decir, que si lo ha causado, ha sido incumpliendo el deber de respetar el derecho ajeno. El aforismo romano "alterum non laedere", no dañar a otro, guía en la aplicación de estos conceptos.

Efectivamente, si se ha hecho daño a otro, que origine responsabilidad, ha de ser o bien porque se trató de perjudicar, o porque se perjudicó –aún sin quererlo-, por un descuido o negligencia. En el primer caso, estamos ante una actitud dolosa; el **dolo** es la intención de causar daño a la persona o bienes de otro, e implica la mayor responsabilidad, la que no puede dispensarse, y la que es más severamente sancionada. Se asimila al dolo la **culpa grave**, o sea la falta de la diligencia y cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. El Código, en el artículo 29, equipara la culpa grave al dolo. Podemos decir que siempre que hay dolo o culpa grave hay responsabilidad y hay lugar a la indemnización, porque esta es imputable a todo el que comete actos dolosos o gravemente culpables.

En cambio, no siempre se está obligado a evitar toda negligencia, todo descuido o imprudencia. Los asuntos de mayor importancia requieren ese esmero, pero las cuestiones ordinarias y de poco valor no exigen el mismo cuidado. Así es como el referido artículo define la culpa leve, o descuido ligero, como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve o ligero. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

"La culpa o descuido **levísimo**, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia cuidado", dice el mismo artículo 29.

Por consiguiente, mientras más importante sea el asunto, se requiere un mayor cuidado y la responsabilidad es mayor: se responde hasta por un mínimo descui-

do; mientras que los negocios de menor importancia solamente exigen una conducta normal, sin grande descuido.

En materia de contratos, la mayor o menor exigencia de cuidado, de diligencia, se relaciona con la **utilidad natural del contrato**. Cuando esta ventaja es exclusiva del deudor, entonces éste tendrá que poner la máxima diligencia y cuidado y responderá hasta de la culpa levísima. Si ambas partes se benefician por el contrato, están obligadas una y otra al cuidado mediado, que origina la culpa leve en caso de faltar. Y si toda la utilidad es a favor del acreedor, el deudor únicamente responderá del dolo o de la culpa grave que haya cometido. Esta proporcionalidad entre utilidad y grado de responsabilidad está expresada en el artículo 1563.

Pero esta responsabilidad fundamental y sus grados, puede ser alterada en ciertos casos por expresa disposición legal, que trata de proteger más ciertos bienes, y puede también alterarse por el ejercicio de la libre determinación de las partes que, pueden agravar o disminuir la responsabilidad que asumen. Esta libre determinación, encuentra, sin embargo, una limitación: no se puede exonerar del dolo futuro, ya que esto equivaldría a justificar una actitud totalmente contraria al derecho, de mala fe, y aún contraria al orden público.

La responsabilidad por dolo o culpa en sus diversos grados, desaparece, se exime o se traslada a otro, en ciertos casos. La doctrina tradicional y nuestro Código se refieren concretamente a dos causas de exoneración de responsabilidad: **el caso fortuito y la fuerza mayor**. El artículo 30 los define en conjunto, casi como si fueran sinónimos, pero en realidad el caso fortuito es "el imprevisto que no es posible resistir", y que proviene de factores naturales, mientras que la fuerza mayor, consiste en actos humanos irresistibles, como los actos de autoridad, o también los de violencia. Unos y otros, privan a las personas de la aptitud de obrar libremente, y por esto, quedan libres de responsabilidad.

Sin embargo, hay dos excepciones: 1^a. Una persona sí responderá aunque se haya producido un caso fortuito o fuerza mayor, si es que dicho sujeto **ha causado** de alguna manera el hecho imprevisto e irresistible, por culpa suya (por ejemplo, alguien prende fuego imprudentemente cerca de materiales combustibles, produciéndose un incendio no previsto ni posible de detener: hay una culpa inicial, una imprudencia, de la que se derivan consecuencias mucho más graves de las que era posible calcular, y quien cometió esa culpa responderá a pesar del caso fortuito). 2^a. Se imputa la pérdida o daño, aunque se deba a caso fortuito o fuerza mayor, si éstos se producen durante la mora del deudor: por ejemplo si

muere el animal que debía entregar, por una enfermedad súbita, no hay culpa del deudor, pero si esto sucede estando en mora, debe responder. Sin embargo no se aplica esta excepción y se vuelve a la regla general por la cual el caso fortuito libera de responsabilidad, si el daño se habría producido de igual manera estando la cosa debida en manos del acreedor, como por ejemplo si se destruye una casa por terremoto, en nada cambia la destrucción por estar en posesión de una u otra persona, por tanto, el deudor en mora de entregar esa casa, no responderá si se produce el caso fortuito que la habría destruido igualmente si ya se hubiera entregado al acreedor.

Junto al caso fortuito y la fuerza mayor, la doctrina moderna admite otros factores que liberan de responsabilidad. Se habla del **estado de necesidad**, pero éste se reduce en último término a un caso fortuito o de fuerza mayor. Más fuerza tienen las doctrinas de la imprevisión y la del riesgo asumido.

Hay imprevisión liberadora de responsabilidad, cuando ciertas circunstancias generales de la sociedad han cambiado en términos de hacer insostenible un contrato realizado en circunstancias muy diversas. La equidad exige que al cambiar tan profundamente ciertos factores, se deba revisar el alcance de las obligaciones contraídas. Viene a ser una aplicación del viejo adagio "rebus sic stantibus": mientras se mantengan las condiciones actuales de las cosas. Uno de los fenómenos modernos más impactantes es la variación del valor de las monedas: una depreciación monetaria puede hacer injusta una relación contractual establecida a base de otros valores de la divisa, como es el caso de un salario que puede reducirse a suma insignificante, aunque se siga pagando el mismo número de unidades monetarias, o el valor de una casa que se prometió vender en un precio que luego resulta ínfimo por la desvalorización de la moneda. Estos fenómenos pueden ser en parte previsibles, pero generalmente escapan de toda posibilidad de resistirlos individualmente; de aquí que la equidad impone ciertos reajustes, y las leyes consideran la posibilidad de revisar precios, salarios, etc., cuando se producen tales "imprevistos". Son situaciones parecidas al caso fortuito, pero que difieren en cuanto admiten cierta previsión y normalmente no se pueden remediar sino alterando el alcance de las obligaciones contraídas en circunstancias totalmente diversas.

El mayor peligro para las personas y los bienes, que deriva del desarrollo técnico moderno, llevan a un sentido de mayor solidaridad, de compartir entre todos los riesgos que, necesariamente implica la vida contemporánea. Así es como se ha llegado a formular la teoría de la responsabilidad **objetiva**, sin culpa ni dolo, por

la cual una persona que recibe ciertos beneficios de la sociedad entera, responde también de los daños que se produzcan, aunque no medie culpa alguna de su parte. Los **seguros**, asumen muchas veces estos riesgos y cubren con sus indemnizaciones los daños producidos por otros. Así se distribuye entre muchos y aún entre todos, el peso de las reparaciones de perjuicios; esto se aplica sobre todo en el caso de los seguros obligatorios y ampliamente extendidos en una sociedad. Evidentemente, se puede trasladar a una tercera persona – normalmente una poderosa empresa-, el riesgo, mediante un contrato de seguro, por el cual se paga una prima, cuota o contribución, para el caso de producirse un daño que será cubierto por el seguro; aquí se ha trasladado convencionalmente el riesgo, la responsabilidad y la obligación de indemnizar.

El ulterior desarrollo de la doctrina sobre la responsabilidad por daños y perjuicios se dirige a proteger no solamente los bienes individuales sino también los **colectivos**, de un sector de la población o de toda ella. Así han surgido las teorías y las disposiciones legales que protegen el ambiente, que resguardan los derechos del consumidor, o favorecen el restablecimiento de los intereses y derechos de grupos humanos más o menos determinados. Este es un campo bastante novedoso del derecho y tendrá que madurar debidamente con el tiempo. De esto se trata más específicamente al hablar de los daños por delitos, cuasidelitos y quasi-contratos.

En cuanto a la **mora**, que es el tercer requisito para exigir indemnización, se dirá más adelante, y por ahora baste mencionar que es el retardo imputable a quien debía cumplir una obligación. Sólo es aplicable a las obligaciones de dar o de hacer, pero no a las de no hacer. Respecto de estas terceras, en lugar de la mora, tenemos la "contravención" a la prohibición de hacer: el que se obligó a no hacer algo, y lo hace, contraviene a su obligación y debe responder por ello.

Cabe la mora del deudor, la más común; pero también la del acreedor que se niega a recibir la prestación que se le debe y se ofrece en debida forma y tiempo adecuado; cabe, finalmente, que tanto el deudor como el acreedor no hayan cumplido con oportunidad lo que a cada uno correspondía, en cuyo caso se compensan ambas faltas y, como suele decirse, "la mora purga la mora"; o sea que ninguno de los dos puede exigir al otro el cumplimiento si no es adelantándose a cumplir por su parte, o al menos, allanándose, asegurando que cumplirá simultáneamente con la realización debida por la otra parte.

Se examinarán a continuación algunos aspectos particulares de lo que se acaba de exponer en términos generales.

"Art. 1561.- [Efecto de los contratos].- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Por una parte, el contrato es "una ley entre las partes", y por otra, las leyes vigentes y aplicables al momento de celebrarse un contrato, se entienden incorporadas a él, como se indica en el artículo 7. Esto trae la consecuencia de que si tales leyes cambian posteriormente, durante el tiempo de la ejecución del contrato, normalmente se deberán aplicar las leyes anteriores, las vigentes al momento de concluirse la convención, y no las que han entrado en vigencia posteriormente. El principio de la irretroactividad de la ley tiene aplicación fundamentalmente en esta materia de contratos y sobre ello se trató en el volumen primero de esta obra.

Si bien el contrato obliga solamente a las partes, sin embargo puede tener repercusión en los derechos de terceros; sobre todo, en el caso de convenciones que afectan a la totalidad o una porción grande del patrimonio de la persona. Así, las capitulaciones matrimoniales, las sociedades en las que se invierten la mayor parte de los bienes, los poderes generales, y en otros casos, influyen en los derechos de los acreedores de esas personas, o los que posteriormente contraten con ellos. Por esto, cuando se modifican las capitulaciones matrimoniales, o se modifican los estatutos de las sociedades, o se revoca o lita un poder, y en otros casos semejantes, los efectos de estos actos de voluntad, en cuanto a terceros, depende de la publicidad de tales actos o de la notificación a tales terceros.

Como dice el artículo que estamos comentando, los contratos solamente se pueden invalidar por consentimiento mutuo o por causas legales. Además de esta invalidación, que equivale a declarar la carencia de validez, la nulidad del contrato, también pueden las partes por mutuo consentimiento, **hacer terminar** lo que era perfectamente válido; sobre todo en los contratos de trato sucesivo o de ejecución duradera, nada impide a las partes el deshacer del mismo modo que hicieron el vínculo jurídico que las une; tal es, por ejemplo, el contrato de arrendamiento para un cierto tiempo, que, sin embargo, puede hacerse cesar anticipadamente de mutuo acuerdo. Estas modificaciones o terminaciones anticipadas, tienen en ciertos casos una limitación, como cuando los contratos ceden en algún beneficio de tercera personas, por ejemplo, la fianza contratada entre el acreedor y un tercero, repercute indudablemente en el deudor, y si es éste quien ha

contratado una fianza, tampoco puede dejar libre al fiador sin contar con el acreedor cuyo derecho quedaría debilitado, inseguro.

Si la causa legal de la nulidad de un contrato consiste en una violación de la ley que produce nulidad relativa, solamente la parte en cuyo favor se ha establecido la disposición legal –o sus herederos o sucesores en el derecho-, pueden alegar la nulidad. En cambio, si la ley sanciona la contravención con nulidad absoluta, cualquier persona, menos quien causó la nulidad, puede alegarla, y aún esta nulidad se declara de oficio, por el juez, aunque no la haya pedido nadie.

La terminación unilateral solamente se justifica por alguna disposición legal que la autorice, como sucede con la parte contractual a quien no se ha cumplido lo debido, que puede pedir la resolución del contrato. También cabe que las partes determinen ciertos casos en los que se faculte a una de las partes el dar por terminado el contrato, tal es el caso del **pacto comisorio** o de las **condiciones resolutorias** a las que expresamente se da la eficacia de terminar el contrato llegado el evento incierto.

Como se acaba de decir, en cada contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes y aplicables en su momento. Esta es la razón por la que interesa determinar qué clase de obligaciones se contraen, o sea, la naturaleza jurídica concreta de cada contrato. No es lo mismo celebrar un contrato civil, que uno comercial, laboral o administrativo; cada rama del derecho tiene sus peculiares características y las correspondientes obligaciones serán más o menos extensas, según los casos. Los contratos laborales tienden a garantizar primordialmente los intereses del trabajador, los comerciales atienden a la seguridad del mercado, los civiles realzan la igualdad de las partes, los contratos administrativos resguardan especialmente los derechos de la colectividad y se sustentan el concepto de la soberanía del Estado. Por esto que, en los contratos con la administración, se suele reconocer el derecho unilateral de darlos por terminados, cuando el contratista no ha cumplido puntualmente sus obligaciones. Esto no significa que se conceda un libre arbitrio a la administración, sino que solamente se facilita la ejecución de los contratos y se parte de la presunción de que la administración procederá con equidad, sin abuso de poder, aunque bien quepa probar lo contrario.

Por "partes contratantes", se ha de entender, los que contraen las obligaciones; pero pueden hacerlo por sí mismos o por medio de representantes -legales o voluntarios-. No son los representantes los obligados, sino aquellos a quienes representan. Todavía da un paso más la ley, al permitir que un tercero que no

sea representante, pueda estipular algo a favor de una persona. Si solamente se trata de un beneficio para esa persona, la estipulación vale, incluso si el beneficiario la ignora; le queda, desde luego, la posibilidad de no aceptar el beneficio o renunciar al derecho que no contrató. En cambio, si de cualquier manera, la actuación de un tercero que no es representante, impone alguna carga u obligación a quien no ha intervenido en el contrato, éste no queda obligado si no es en virtud de su propia aceptación o ratificación de lo actuado en su nombre.

"Art. 1562.- [Ejecución de buena fe].- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella".

El aforismo "summum ius, summa iniuria", se aplica también en materia contractual: el pretender un cumplimiento punitivo, con un rigorismo no pensado siquiera al contraer unas obligaciones, conduce a verdaderos abusos del derecho. Hay que estar más bien a la intención de las partes, a lo que entendieron organizar para beneficio recíproco, e interpretar de acuerdo con este sentido de equidad. Al tratar de la interpretación de los contratos, el Código insiste en este sentido de equidad. Una de las formas de dolo consiste precisamente en establecer cláusulas ambiguas, o emplear expresiones equívocas, con la torcida intención de engañar, de atraer a la contraparte a la celebración del contrato, para luego interpretarlo de manera egoísta en utilidad exclusiva o desproporcionadamente ventajosa para el que actuó con esa mala fe.

No es fácil dar una definición de la **mala fe**, que sea aplicable a la muchedumbre de circunstancias posibles. Pero, en general, consiste en aprovecharse indebidamente, en procurar utilidades no legales ni equitativas, engañar, explotar la ingenuidad de otros, o lograr de cualquier manera ventajas que no están permitidas por el sentido de justicia o de respeto de las leyes. El dolo es, precisamente, una actuación de mala fe: un procurarse ganancias o beneficios ilegítimos a costa de otra persona, por lo cual, hay una insana intención de perjudicar.

Se presume que todos actúan de buena fe. La mala fe o el dolo deben probarse por parte de quien los alega. Surge la dificultad de que, como estas actitudes anómalas, atañen a las condiciones interiores –la intención, el propósito-, solamente se podrá presentar pruebas indirectas: a través de la conducta de un sujeto, se establece que ha actuado incorrectamente a conciencia de hacer un daño a la persona o bienes de otro. Normalmente nadie busca el mal por el mal, sino en

función de algún provecho personal: la mala fe, se deduce de ciertas acciones u omisiones que resultan anormalmente ventajosas para el que las realiza, si bien producen un daño para otro.

La costumbre, se ha dicho, es el mejor intérprete de las leyes, y por esto, aunque el artículo 2 del Código declara que la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella, precisamente en la ejecución de los contratos debe aplicarse este criterio, ya que el artículo 1562 constituye uno de estos casos de expresa remisión de la ley a la costumbre.

Lo “natural” en un contrato, es aquellos que sin ser de su esencia, se entiende como parte integrante del contrato aunque no se haya hecho expresa referencia a ello. La esencia comprende todo aquello sin lo cual no habría ese contrato, o derivaría en otro distinto; así por ejemplo, en la compraventa es esencial el convenir en la cosa y en el precio, si no se determinan estos puntos, no hay compraventa, o, si se da una cosa, pero sin precio, gratuitamente, aunque se titule de compraventa, no hay tal contrato sino una donación.

“Art. 1563.- [Responsabilidad civil del deudor].- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

Es responsable quien tiene que responder; el que ha asumido una obligación; el que tiene un deber que cumplir. Normalmente el responsable debe rendir cuentas: así se establece si ha cumplido con su responsabilidad o se establece qué tiene que realizar o indemnizar.

Lo propio de toda responsabilidad consiste en el **deber**, en rendir la prestación que le incumbe. Hay responsabilidades que nacen del estado de las personas o de sus relaciones de familia, tales como los deberes de un marido o de un padre, pero también hay responsabilidades civiles que nacen de las convenciones, como otras derivan de los delitos, cuasidelitos y quasi contratos. Pero en cualquiera de los casos, se requiere que la persona que debe, que tiene un deber, sea imputable, es decir, que su conducta -acciones y omisiones-, dependan realmente de ella y de una obligación, sea legal, contractual o extracontractual.

Naturalmente, el primer requisito para establecer una responsabilidad consiste en que exista una relación **causal** entre la conducta (acción u omisión) de alguien con el evento, normalmente perjudicial. Si no hay esta relación causal, no existe responsabilidad, será un hecho ajeno, intrascendente, del cual no se tiene que responder. No basta la sucesión de los acontecimientos: el que uno preceda a otro, no significa que lo ha causado; se requiere verdadero influjo, de modo que lo acontecido sea consecuencia necesaria de lo otro. El concepto de causalidad eficiente, es aplicable en estos aspectos del derecho: lo que realmente "hace", "produce", lo que influye decisivamente en el ser o existir. Quien pretende responsabilizar a otro, primeramente tendrá que probar esta relación causal, de suerte que si no hubiera actuado u omitido el inculpado, no se hubiera producido el efecto. La carga de la **prueba** incumbe al que alega la responsabilidad de otro, solamente en los casos en que la ley directamente la responsabilidad de alguien, no será preciso demostrar. Estos casos de presunción legal de responsabilidad son raros y deben entenderse en sentido restrictivo, sin ampliar su aplicación por analogía.

Probada la relación causal, hace falta demostrar la **imputabilidad** a determinada persona. La imputabilidad, al menos en nuestro sistema jurídico, solamente existe cuando hay culpa o dolo.

Estos dos son las únicas causas de imputabilidad en el campo civil, en el estado actual de la legislación. Es verdad que existe una corriente doctrinal que va tomando cuerpo a favor de establecer ciertos casos de responsabilidad sin culpa: la llamada **responsabilidad objetiva**, pero aún no tiene asidero en nuestro derecho civil. En otras ramas del derecho, sobre todo en el laboral, se ha admitido la responsabilidad objetiva, por una finalidad protectora del trabajador.

La mayor responsabilidad es la de quien ha actuado dolosamente. Nada puede justificar esta actitud de mala fe, esta voluntad torcida de causar daño a la perso-

na o bienes de otro. Por esto, en cualquier circunstancia, quien ha actuado con dolo, responde y no se puede liberar anticipadamente del dolo: la condonación del dolo futura es nula, porque equivaldría a justificar la violación consciente de la ley, el atropello de la justicia. Puede, sí, perdonarse a quien ha cometido un acto doloso, como puede renunciarse los derechos propios cuando no se perjudica a nadie con esa abdicación.

En todo contrato, pues, habrá siempre responsabilidad por dolo. Cualquiera que obre dolosamente será imputable, sin que quepa excusarse ni siquiera por haber acaecido un caso fortuito o de fuerza mayor. Pueden sumarse a la responsabilidad del que incurrió en dolo, las responsabilidades de otros que influyeron también o causaron mayor daño: por ejemplo, si alguien incendia voluntariamente una sementera, ha cometido un acto doloso, pero si el guardián de la finca no vigiló también tendrá su parte de responsabilidad. La ley permite también a un tercero que asuma una responsabilidad voluntaria aún por los actos dolosos de otros, como cuando una compañía de seguros protege la propiedad contra el posible robo (acto doloso de terceros). Pero aún en tal caso, el autor del dolo no queda libre de responsabilidad, y será precisamente el tercero –la aseguradora-, la que podrá perseguir al responsable.

La culpa obliga en diferente medida según las circunstancias. No todos están comprometidos a guardar una extremada diligencia y cuidado, que originaría una **culpa levísima**, en caso de faltar algún extremado detalle de precaución. Esta responsabilidad más exigente, que se extiende "hasta la culpa levísima", se señala en la ley solamente para casos de especial importancia o cuando el deudor, el obligado o responsable, está naturalmente destinado a ser el único beneficiario del contrato: a la máxima utilidad corresponde la mayor responsabilidad, la que va hasta el extremo de exigir una diligencia excepcional. Este es, por ejemplo, el caso del comodatario, quien recibe para su exclusivo provecho personal el uso y tenencia de una cosa, que deberá devolver en buenas condiciones y en tiempo oportuno al acreedor, que no obtiene de este contrato ningún provecho.

El cuidado mediano u ordinario que se pone en los propios negocios, por parte de personas normales, es el punto de referencia para establecer la **culpa leve**. La falta de esa diligencia corriente, común, normal, constituye culpa leve. Están obligados "hasta por culpa leve", quienes son parte de contratos en los que las ventajas se atribuyen a ambas partes: la equidad hace que en esta paridad de circunstancias ventajosas, la responsabilidad no se extienda a la culpa levísima,

pero sí a la leve. Naturalmente, quien responde de culpa leve, con mayor razón responde de la grave, y siempre, del dolo; por eso se dice que responde "hasta".

La mayor responsabilidad es la que se imputa por **culpa grave**. Quien la comete, falta a la diligencia o cuidado que aún las personas imprudentes o despreocupadas suelen poner en sus asuntos más graves: si no hay ni siquiera este proceder con un mínimo de sentido común, se obra con culpa grave. La ley responsabiliza de culpa grave solamente (no de la leve ni la levísima, por tanto), cuando el contrato está destinado a beneficiar solamente al acreedor; en tal caso, la obligación del deudor es menos exigente: solamente deberá evitar el dolo o una negligencia tal que no la tendría una persona normal y corriente en sus asuntos importantes.

Los diversos grados de responsabilidad que establece el artículo 1563, están corroborados en varias otras disposiciones del Código al tratar de algunos contratos. Así por ejemplo, en el depósito gratuito, que únicamente beneficia al acreedor, el deudor solamente responde hasta de la culpa grave (y, naturalmente, del dolo); lo mismo sucede en una donación: el donante no está obligado a guardar la cosa donada hasta que la reciba el donatario sino con aquel cuidado cuya falta sería culpa grave.

La culpa grave se equipara al dolo, en materias civiles. Quiere decir que los dos institutos producen el mismo efecto, y originan responsabilidad. Pero la situación, en cuanto a la prueba, es muy diversa. Quien alega que hubo dolo, debe necesariamente probarlo, le incumbe la carga de la prueba. En cambio, demostrada la relación causal y el daño producido por una conducta, el imputado deberá probar que obró con la debida diligencia, de otro modo, tendrá que soportar la responsabilidad por la culpa grave que resulta evidente.

También hay diferencia en cuanto a la incidencia del caso fortuito o de fuerza mayor. Ni siquiera por estos eventos imprevisibles e irresistible, se puede excusar el dolo. La culpa grave, puede disminuirse y aún eliminarse, si intervino un agente de la naturaleza o actos de autoridad o de violencia realmente imposibles de resistir.

Producida la mora del deudor, éste responderá de los perjuicios que se sigan por fuerza mayor o caso fortuito, aunque no sea imputable ni de dolo ni de culpa. La mora ya es una actitud culpable, y por eso ha de responder. Solamente se liberará de tal responsabilidad si el caso fortuito o fuerza mayor habrían destruido o deteriorado la cosa debida, de igual manera, si la hubiera entregado puntualmente.

Estos diversos grados de responsabilidad, marcados por la ley, pueden alterarse por convenio entre las partes, normalmente para agravar la responsabilidad, para obligarse a más de lo que pide la ley; pero también cabe aliviar la responsabilidad, reducirla. En ningún caso, sin embargo, se puede exonerar de la responsabilidad por dolo. Generalmente se sostiene que tampoco se puede excusar anticipadamente de la culpa grave, ya que equivale al dolo.

No tratándose de responsabilidad contractual, también se toma en cuenta la voluntad del agente para graduar la culpa hasta la cual se obliga. Así en el depósito necesario, el que asume por sí solo el cuidado de bienes ajenos, será menos responsable si lo hace en un caso de verdadera necesidad, para evitar la pérdida total de ellos; crece su responsabilidad si no hay esa necesidad imperiosa y voluntariamente asume tal cuidado; y será extrema la responsabilidad –hasta de la culpa levísima–, si impidió que otros se hicieran cargo de los bienes.

"Art. 1564.- [Obligación de dar].- La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlos hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir".

Las obligaciones consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Las tres clases de obligaciones tienen alguna peculiaridad y de ellas tratan directa y específicamente los artículos 1564, 1569 y 1571, además de otras disposiciones de este mismo título y varias que figuran a propósito de ciertos contratos en concreto.

Dar una cosa, en sentido amplio, supone el ponerla a la disposición de otra persona, sea entregándola materialmente, sea mediante un acto jurídico o la elaboración de un título. La **tradición** es un modo de adquirir el dominio y se regula ampliamente en el Código Civil. Pero no siempre es preciso transferir el dominio: se da una cosa también cuando simplemente de cede la posesión o la mera tenencia. En ciertos contratos se requiere la transferencia del dominio y solamente mediante esta tradición se forma el contrato real; en otros contratos se entrega la posesión o sólo la tenencia de la cosa, como sucede en el arrendamiento, el depósito y varias formas de préstamos.

La obligación de dar, puede referirse a muy diversos objetos. Siempre se requiere una apropiada determinación de la cosa que se debe, pero esta especificación va desde la precisión de un cuerpo cierto, hasta una cantidad, peso o medida de cosas de tal o cual género.

Cuando la obligación de dar se refiere a un objeto determinado o cuerpo cierto, no se admite que el deudor lo cambie por otro: ha de ser el precisamente establecido. Ese objeto, por regla general se ha de entregar en el estado en que se encuentre al momento de cumplirse la obligación, por lo cual, los deterioros debidos al uso normal, al mero transcurso del tiempo o a accidentes que no sean imputables al deudor, afectan al acreedor, se cumple el proverbio de que las cosas "hacen, crecen y perecen para su dueño". El deudor está obligado a conservar el cuerpo cierto que deberá entregar y el grado de su responsabilidad se regirá por lo dicho en el artículo 1563, salvo las modificaciones que hubieren pactado las partes entre sí. Si el deudor no ha conservado el cuerpo cierto, no desaparece o se extingue su obligación, sino que se transforma en la de indemnizar al acreedor por dicha pérdida. Además del caso fortuito o fuerza mayor, liberará al deudor la mora del acreedor, "mora accipiendo": si el deudor ofrece la entrega de la cosa, pero el acreedor se niega o retrasa la recepción injustificadamente, incurre en mora y el deudor para salvar su responsabilidad puede consignar la cosa debida en manos del juez, quien designará un depositario para conservar el cuerpo cierto hasta que se resuelva si el acreedor debe recibirla o si justifica el motivo de su renuencia. La mora del acreedor libera al deudor de la obligación de conservar la cosa, pero tampoco puede abandonarla o exponerla al peligro de destruirse o perderse, de allí que se le abre el camino de la consignación, mediante la cual queda exento de la responsabilidad de guardar.

"Art. 1565.- [Obligación de conservar].- La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado".

El "debido cuidado" al que hace referencia este artículo, es el que depende de la naturaleza misma de las cosas: alimentos, medicinas, flores, frutas, no se conservan sino en depósitos o temperaturas determinadas; la conservación de una finca, una casa, huerta, etc. exigen cuidados muy diferentes. Algunas diligencias de conservación será puramente materiales: disposiciones de seguridad, mantener los objetos fuera del alcance de peligros físicos, etc., mientras que otras actividades de conservación serán exclusivamente jurídicas, mediante las acciones, interdictos, medidas precautorias señaladas por las leyes. Todo ello depende de la naturaleza de los objetos y de los derechos que sobre ellos recaen.

Por otra parte, el "debido cuidado" varía según sea la relación entre acreedor y deudor, principalmente de acuerdo con lo establecido en el artículo 1563, o lo que las partes hayan establecido legítimamente. En el mundo moderno es muy frecuente que se imponga al deudor la obligación adicional de asegurar la cosa

debida, de manera que el asegurador garantice el cumplimiento de la obligación, o, más frecuentemente, que indemnice en caso de perderse o deteriorarse el cuerpo cierto.

"Art. 1566.- [Riesgo del cuerpo cierto debido].- El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, será siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, por obligaciones distintas. En cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega".

En la hipótesis que plantea este artículo, el cuerpo cierto o bien pertenece al acreedor o bien éste tiene derecho de llegar a ser dueño, por esto el riesgo de la cosa le pertenece, como regla general. Por otra parte el deudor está obligado a entregar el cuerpo cierto, de donde deriva la obligación de conservarlo y de poner la debida diligencia, de suerte que si falta a este deber, será imputable: responde siempre por dolo y responde por culpa en la medida en que deba poner mayor o menor esmero en la conservación del objeto.

Por dos motivos puede acrecentarse la responsabilidad del deudor: si incurre en mora, o si ha ofrecido el cuerpo cierto a dos o más personas por motivos distintos. Lo primero se sujeta a la regla normal: quien incurre en mora queda más rigurosamente obligado y se presume su imputabilidad, de manera que solamente podrá liberarse probando que la destrucción o deterioro se debió a caso fortuito inculpable. La segunda situación –haber ofrecido la cosa a dos o más personas por distintas obligaciones–, implica mala fe, ya que no se puede dar y quedar aún en capacidad de volver a dar lo mismo; luego hay la intención de engañar o perjudicar, de aquí que en este raro caso también se imputa al deudor una culpa por la cual deberá indemnizar. En ambos casos, el deudor queda responsable de la entrega de la cosa, hasta cumplir su obligación, y si perece, incluso sin ser él el causante de la pérdida, tendrá de todos modos que responder e indemnizar.

El artículo 1520 aplica estos principios al caso de las obligaciones alternativas. Hay que distinguir dos situaciones diversas: si se pierden todas las cosas objeto de dichas obligaciones o si sólo se pierden las de una de tales obligaciones. En el primer caso, se extingue la obligación, aunque si hubo culpa del deudor, deberá indemnizar; en el segundo, el acreedor podrá exigir o el objeto restante o la indemnización del que pereció de manera imputable al deudor.

El artículo 1687 da una regla muy importante para la prueba: si la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por "hecho o culpa suya", es decir, que se supone que es imputable. Tal presunción admite prueba en contrario, pero será entonces el deudor quien asuma la carga de la prueba, quien tenga que demostrar que hubo caso fortuito u otra circunstancia que le exime de responsabilidad.

"Art. 1567 [Mora debitoria].- El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Siempre existe un momento oportuno para el cumplimiento de las obligaciones y el deudor tiene el deber de dar, hacer o no hacer en el tiempo adecuado. El retraso en el cumplimiento de una obligación es ya una cierta forma de incumplir. Pero no todo atraso es mora, sino que se incurre o se constituye en mora el que culpablemente no cumple su deber en el tiempo conveniente.

Las obligaciones **puras y simples**, son de inmediato cumplimiento; coincide el momento de la celebración del contrato con su realización, así sucede normalmente en la compraventa de muebles: fijadas la cosa y el precio se procede en unidad de acto a la entrega y al pago.

En cambio, en las obligaciones que entrañan alguna modalidad, como el plazo o la condición, el tiempo prefijado para satisfacer el dar, hacer o no hacer, debe respetarse por ambas partes. En las obligaciones de dar o de hacer, propiamente cabe la demora, y esta es imputable al deudor, éste incurre en mora; igualmente si el acreedor se niega a recibir la prestación en el tiempo oportuno, incurre en mora. En cuanto a las obligaciones de "no hacer", o sea de abstenerse de un acto, por su misma naturaleza no cabe mora, pero la "infracción" de la obligación, produce efectos similares a los de la mora, en cuanto a la responsabilidad del infractor.

Como la mora, por sí sola, produce algún daño, quien incurre en ella, debe indemnizar: es la indemnización moratoria. Ésta es compatible con la exigencia de cumplir de todos modos la obligación, si lo pide el acreedor, y puede también acumularse con la mora compensatoria, a cargo del deudor que no cumple la obligación.

Queda, pues al acreedor la alternativa de exigir el cumplimiento, aunque sea postergado, de la obligación, o bien exigir la indemnización, pudiendo acumularse la indemnización moratoria y la compensatoria. También puede el acreedor pedir el cumplimiento de la obligación más la indemnización correspondiente al retraso, a la mora. No se concibe, en cambio, que simultáneamente solicite el acreedor la resolución del contrato y su cumplimiento, por ser contradictorios; aunque se admite demandar el cumplimiento y, subsidiariamente, para el caso de no ser posible lo primero, la indemnización compensatoria.

Las circunstancias en las que se constituye en mora el deudor son las claramente indicadas en el artículo 1567. Por extensión y analogía se aplican también al acreedor.

Hay que observar respecto del segundo supuesto, que ese tiempo "en que ha podido ser dada o ejecutada la obligación" puede ser el señalado por la ley, lo cual es raro, o bien, el tiempo exigido por la naturaleza misma de la obligación, como cuando se ha contratado los servicios de un jornalero para la zafra de la caña, que se verifica en un momento preciso de la maduración de este vegetal, de modo que los servicios no servirían fuera de ese lapso. La fijación del tiempo por las partes, implicará un plazo o condición, que entra en el presupuesto primero del artículo 1567.

La reconvención puede también ser exigida por la ley o por disposición de las partes. Esta advertencia o reclamación al deudor no siempre ha de ser judicial: cabe una reconvención extrajudicial, incluso por carta o de viva voz. La reconvención judicial tiene la ventaja de su absoluta certeza, para los efectos de la prueba de la imputabilidad. En ciertos casos se impone, por la ley o por conveniencia de las partes, que la reconvención sea judicial.

Varias sentencias de la Corte Suprema, que se citan a continuación, precisan algunos extremos de la constitución en mora. Las situaciones más difíciles de resolver se dan cuando acreedor y deudor han incurrido en mora, y esto se regula en el artículo siguiente.

"Art. 1568.- [Mora en los contratos bilaterales].- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirla en la forma y tiempo debidos".

Según dispone el artículo 1455, son contratos bilaterales aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente. La doctrina enseña unánimemente que la obligación del uno es la causa de la obligación del otro. Por tanto, para que el contrato se cumpla plenamente y termine sus efectos obligatorios, se requiere que ambas partes cumplan su deber.

Si una sola de las partes ha cumplido o está pronta a cumplir en cuanto se le requiera, ésta tiene el derecho de exigir a la otra parte que también realice lo que le corresponde; si no cumple una de las partes, incurre en mora y origina el derecho de la otra parte (cumplidora), para exigirle judicialmente la prestación debida. Si el cumplidor lo prefiere, puede demandar la resolución del contrato y pedir la indemnización por el daño que le cause el fracaso del contrato. También tiene la opción de pedir solamente la indemnización compensatoria, correspondiente al perjuicio causado por el moroso.

Si, en cambio, ninguna de las partes ha cumplido ni está dispuesta a cumplir inmediatamente que sea requerida, ambas partes se hallan en igualdad de condiciones, ambas han faltado a su deber y ninguna se considera en mora: se **compensan** los retardos de uno y otra partes.

En algunos contratos se requiere que las partes **obren de consuno**, como sucede en las promesas de compraventa, que se cumplen mediante la celebración de escritura pública y su inscripción: para resolver el problema del necesario cumplimiento de ambos, cualquiera de ellos recurrirá a reconvenir judicialmente al otro, manifestando estar dispuesto a cumplir lo que le toca al reclamante. Estas reconvenciones o advertencias judiciales se pueden realizar ante un notario, y es recomendable que sea el mismo ante quien se celebrará el contrato prometido.

Las partes pueden estatuir en el contrato que no será necesario el requerimiento o reconvención judicial, para exigir el cumplimiento, y tal cláusula es válida; pero para la eficacia del contrato, será necesario que se precise detalladamente el tiempo y lugar del cumplimiento de las obligaciones, solamente así, quedará constituido en mora el que no las lleve a efecto, según lo previsto en el artículo 1567 en su primeros numerales.

Cuando ninguna de las partes está en mora, porque ambas han faltado a su deber, cualquiera de ellas puede tomar la iniciativa de cumplir para exigir al otro su cumplimiento, o bien, constreñir judicialmente al otro para que cumpla, prometiendo por su parte hacer lo que le corresponde.

Por el contrario, si las partes **rescinden voluntariamente** el contrato o lo dan por resuelto, en principio, ninguna tendrá que indemnizar a la otra, salvo que se demuestre que la contraparte obró dolosamente, o con otra culpa que le sea imputable.

"Art. 1569.- [Obligación de hacer].- Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; o,
2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

Las obligaciones de "hacer", es decir, de ejecutar una acción o realizar una obra, tienen de peculiar la consideración especialmente centrada en la persona que debe cumplir. En principio, se supone que ha precedido una designación del ejecutor, una intención de que sea determinada persona quien "haga". Esta identificación del actor obligado, asume la máxima significación en los contratos para la realización de obras intelectuales, artísticas o de singular valor moral, o sea, las obras no simplemente materiales; en la creación literaria, artística, científica, etc. se tiene en singular consideración el artífice. No da lo mismo que sea una u otra persona quien realice tales obras.

De todas maneras, si se establece en un contrato la obligación de hacer, se da por supuesto que ha de ser cumplida la obligación por parte del deudor o de la persona designada en el mismo contrato. En la hipótesis de incumplimiento o de que se haya hecho imposible la ejecución por parte de la persona designada, será preciso que consienta el acreedor, para que otro la realice. Bien puede el acreedor negarse a admitir la sustitución del artífice, y preferir la aceptación del pago de una indemnización. Queda, pues, a la decisión del acreedor, o bien exigir el estricto cumplimiento de la obra, o pedir al juez que autorice la realización por parte de un tercero a costa del deudor incumplido, o recibir la indemnización por la obra no realizada.

Una "acción" especial consiste en la celebración de un contrato: es una obra jurídica. El derecho admite que se contraigan estas obligaciones de índole jurídica, y a ellas se refiere el artículo siguiente.

"Art. 1570.- [Promesa de celebrar contrato].- La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;
2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente".

La **promesa de celebrar un contrato** pertenece al género de las obligaciones de "hacer", se trata de ejecutar esta obra jurídica, el contrato prometido. Tales obligaciones están sujetas a los requisitos enumerados claramente en el artículo 1570. Siempre se requiere la solemnidad de la escritura: puede ser escritura privada o pública, pero no basta la promesa oral. Además de esto, será requisito indispensable para la validez, que la escritura sea **pública**, siempre que se refiera a inmuebles. También cuanto atañe a una sucesión hereditaria, debe someterse a esta especial solemnidad, principalmente la división hereditaria debe constar en escritura pública.

Se puede decir que la promesa de cualquier contrato debe estar revestida de las formas o solemnidades iguales a las del contrato que se promete, con la salvedad de que, en cualquier caso, ha de constar la promesa por **escrito**.

En las costumbres muy generalizadas en nuestro país, se suelen hacer promesas de compraventa de inmuebles por simple escritura privada. A veces se recurre a reconocer judicialmente las firmas o hacer protocolizar esas escritura privadas. Pero todos estos procedimientos están contra la ley y producen **nulidad**. La consecuencia de esta nulidad absoluta, es que ninguna de las partes puede exigir la ejecución del contrato prometido. En cambio, con mucha equidad ha admitido la jurisprudencia que estos contratos privados sirvan de prueba del pago hecho por el promitente comprador o de la entrega del inmueble realizada por el promitente vendedor; uno y otro podrán pedir la devolución del dinero o del bien raíz y basarse, para la prueba de su derecho, en el documento privado.

El cumplimiento de la promesa válida de celebrar un contrato, sigue las reglas generales de la exigencia de las obligaciones de hacer. En el caso concreto de la celebración de un contrato, que se negara a cumplir una de las partes, el "tercerº" a quien se puede pedir la ejecución de la obra, es el juez: el juez firmará en lugar de la parte que se niegue a cumplir la promesa, asume así el magistrado judicial una especie de representación, con el fin de que se cumpla el contrato válido y no quede frustrada la parte que sí ha cumplido.

Por reforma introducida a la Ley Notarial se confiere a los Notarios la atribución de practicar el "requerimiento" para la ejecución de las promesas de contratos. Pero si surge oposición de una de las partes a la realización del contrato, el Notario debe pasar el expediente a uno de los jueces competentes, escogido por sorteo, para que tramite el juicio correspondiente, y, en caso de tener derecho la parte que reclama la ejecución de la promesa, será el juez quien firme la escritura pública en la que se concrete el contrato prometido, siempre que persista la otra parte en no firmar la escritura.

"Art. 1571.- [Obligación de no hacer].- Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

El acreedor quedará de todos modos indemne".

En las obligaciones de "no hacer", no cabe incurrir en mora, por la misma naturaleza de estas obligaciones. En cambio, se habrá cumplido esta obligación si en todo el tiempo de su vigencia no se ha incurrido en la contravención de hacer lo que se había prohibido. Si en cualquier momento, mientras dura la obligación, el obligado a no hacer, hace lo indebido, quebranta, contraviene a lo establecido en el contrato.

La contravención produce el efecto normal de tener que indemnizar a la otra parte. La indemnización implica el pago de una suma de dinero en la que se aprecia el perjuicio causado por la contravención.

Pero la ley prevé también dos alternativas: la destrucción de lo que se ha hecho quebrantando el contrato, o la ejecución de alguna obra que, propuesta por el deudor, sea aceptada por el acreedor, como sustitutiva de la obligación primitiva.

Cuando se trate de obras materiales –que será lo más frecuente- prohibidas por un contrato, la parte afectada por el incumplimiento de la otra puede pedir la destrucción de la obra; por ejemplo, se ha establecido que el vecino no eleve el muro divisorio, o su misma casa, más allá de cierta altura, y, sin embargo lo hace. El vecino a cuyo favor se estableció esa limitación puede pedir el derrocamiento de lo injustamente edificado.

El deudor, el obligado a no hacer, puede proponer un sustitutivo de la obligación, pero no puede imponer su voluntad; solamente si el acreedor acepta esa otra manera de conseguir el fin propuesto, será admisible el reemplazo de la obligación. Si se ha llegado ya a juicio, corresponde al juez el aceptar el cambio de la obligación, siempre que el acreedor esté de acuerdo. Por ejemplo, si se estableció en el contrato que una persona no desviaría las aguas que corren por su predio, y contraviene a esta cláusula haciendo obras que desvían las aguas, el acreedor a favor de quien se puso esa prohibición de cambiar el curso del agua puede exigir que se restablezcan las cosas a su primitivo estado, que no debió ser alterado; pero el deudor que contravino lo establecido, puede proponer un nuevo curso de las aguas, distinto del anterior y de aquél que abusivamente hizo; si el acreedor está conforme. El juez aprobará este cambio en el contenido del contrato, que, en definitiva viene a ser una novación o modificación aprobada por ambas partes.

Sea que se haya procedido a deshacer lo que no debió hacerse, o que se encuentre esa otra forma de conseguir la finalidad buscada en el contrato y la haya aprobado el juez, el acreedor puede haber sufrido perjuicios por el incumplimiento del deudor, y éste deberá indemnizar. También el monto de tal indemnización será fijado por el juez, si no hay un arreglo directo entre las partes.

"Art. 1572.- [Qué comprende la indemnización de perjuicios].- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código".

La clasificación de los daños y perjuicios según consistan en un daño emergente o un lucro cesante, es de antiquísima aplicación, universalmente aceptada por la doctrina y admitida en la generalidad de las legislaciones. Por otra parte, corresponde a conceptos de sentido común. En todo caso, los daños y perjuicios han de ser realmente **causados** por una conducta imputable a quien deba repararlos. Además, la eficacia perjudicial ha de proceder directa, inmediatamente, de la acción perjudicial: no se pueden admitir en las leyes unas elucubraciones interminables de posibles causas indirectas o remotas, que harían del derecho una fantasía o una novela. Sí se puede distinguir una mayor cercanía, una mayor o menor inmediatez en las consecuencias de un acto u omisión y la producción de un efecto perjudicial. También es lógico distinguir lo que directamente destruye, lo que disminuye el patrimonio y lo que simplemente es un obstáculo para su incremento o frustra una ganancia segura y prevista; lo primero corresponde al daño emergente, y lo segundo al lucro cesante.

Por ejemplo, el derrocar una casa, el incendiar una sementera, el destruir un vehículo por choque, volcamiento, etc., son acciones que se califican indudablemente de daño emergente. Serán, en cambio, casos de lucro cesante, con relación a esos mismos hechos: la privación de las pensiones de arrendamiento que se habrían percibido al no demolerse la casa, la ganancia perdida por el que utilizaba el vehículo para un negocio de transporte, la utilidad que esperaba fundamentalmente el agricultor al vender los frutos de la sementera incendiada, etc. En los resultados inmediatos de la acción culpable o dolosa que destruye, que afecta a

la persona o al patrimonio, se halla el daño emergente: mientras que en los resultados así mismo causados por esa acción injuriosa, pero no tan inmediatos como los antes expuestos, se encuentra el lucro cesante.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante, son apreciables en dinero. Se puede calcular con bastante exactitud el monto de esos daños. Por ejemplo, la reconstrucción de la casa, el monto ordinario de los ingresos del que alquilaba su automóvil, etc. representan la cuantía del daño emergente producido por la destrucción o inutilización de las cosas que servían para obtener tales ganancias.

Contrariamente a lo anterior, en el daño moral, no existe una directa disminución del patrimonio de una persona, ni se puede apreciar en dinero el monto del perjuicio, sino que nos hallamos frente a una acción u omisión que afectan a la persona misma, en sus cualidades, facultades, aptitudes o capacidades de índole no material. Muchos hablan de "pena o dolor", producidos por la conducta injusta, pero estos conceptos parecen circunscribir el daño no patrimonial dentro de lo puramente sentimental; más que pena o dolor, debe considerarse cuanto ataca, perjudica a los valores espirituales, como son la honra, la buena fama, la tranquilidad, la seguridad, el afecto, etc. Todos estos valores no patrimoniales son absolutamente imponderables, no se pueden medir ni apreciar en términos de dinero. Por esto, el concepto de daño moral se aparta radicalmente de la mera mensura de un daño emergente o un lucro cesante.

Pero el hecho de que el daño moral no se pueda calcular en términos crematísticos, no significa que no exista o que no sea considerado y tutelado por la ley. Efectivamente, en el derecho moderno se ha abierto amplio campo de aplicación para el concepto de daño moral, y se reconoce la necesidad de que, quien lo ha sufrido, sea indemnizado. La indemnización ya no tiene por finalidad compensar el daño emergente o el lucro cesante, sino compensar de una manera, necesariamente imperfecta, el perjuicio producido. Ante el mal acarreado por una calumnia o por una injuria no calumniosa, la víctima tiene derecho a la reparación de su honra o buena fama; podrá exigir la rectificación del que lanzó el infundio o agravio, y si se condena a esa persona, se le impondrá una reparación también monetaria, que no es precio de la fama o el honor, sino una manera indirecta de reparar el mal.

Indudablemente la apreciación del monto de estas reparaciones en dinero será muy difícil y siempre imperfecta y arbitraria, pero no queda otro remedio que confiar al juez esta delicada misión.

La indemnización de los daños y perjuicios puede ser acordada voluntariamente entre el causante de ellos y la víctima. Como esto rara vez se logrará, es el juez quien tiene que apreciar y sentenciar.

La indemnización exige que se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que exista realmente un daño o perjuicio y se pruebe. 2. Que se demuestre la relación causal entre el mal producido y el agente que lo ha causado. 3. Que el causante sea imputable. 4. Que no exista un motivo liberador de la responsabilidad. Pacto expreso, asunción del riesgo por un tercero, fuerza mayor o caso fortuito, situación de necesidad.

La prueba de cada uno de los elementos antes enumerados, corresponde a quien alega la existencia del daño o de quien se excusa mediante las correspondientes excepciones.

La responsabilidad por daños o perjuicios, sean de origen contractual o bien provengan de directa disposición de la ley, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, corresponde tanto a las personas naturales como a las jurídicas. En tiempos ya superados se sosténía la irresponsabilidad del Estado; ahora se afirma en la misma Constitución de la República que el Estado y sus diversas entidades u órganos, son responsables y deben indemnizar en el caso de haber causado un daño o perjuicio que reúna los indicados requisitos.

Los daños causados por funcionarios o empleados del Estado, tanto de la administración central como de las administraciones descentralizadas (Provincias, Municipios), dan derecho a reclamar el Estado mismo la indemnización; y el Estado puede repetir contra sus funcionarios o empleados, si son imputables por dolo o culpa.

También se ha ampliado el concepto del sujeto pasivo de los perjuicios: no solamente los individuos sino también las personas jurídicas y aún los grupos o categorías de ciertas personas pueden sufrir daños y perjuicios y tienen derecho a las correspondientes indemnizaciones.

La regla general es la de indemnizar por lucro cesante o daño emergente, pero en algunos casos se limita la compensación solamente del daño emergente. Tal restricción debe constar expresamente en la ley o haber sido pactada por los interesados.

También se admite la asunción de la responsabilidad por parte de un tercero: un asegurador. Cuando el asegurador paga los daños y perjuicios, se subroga en las acciones que tenía la víctima para cobrar indemnización al causante de esos males, es decir, que el seguro puede repetir contra los verdaderos causantes del daño o perjuicio.

"Art. 1573.- [Efectos de la mora o de la contravención. Indemnización de perjuicios].- Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención".

En este Título XII "De los efectos de las obligaciones", el Código ha indicado el efecto normal de los contratos que es su cumplimiento, y después los efectos del posible incumplimiento; en los tres últimos artículos del título, se señala el momento desde el cual se debe la indemnización (1573); las diversas clases de perjuicios y el alcance de la responsabilidad del deudor (1574) y la evaluación legal de los perjuicios (1575).

El momento inicial para tener que indemnizar y para avaluar el monto de la indemnización, es aquel en que principia el incumplimiento. Toda obligación se cumple en cierto tiempo; si no se ha fijado nada al respecto, se entiende que la obligación es inmediatamente exigible; si se pactó plazo o condición, solamente se podrá exigir el cumplimiento desde que expira el tiempo hábil o se ha cumplido la condición. Por tanto, a partir de esos momentos se podrá exigir y nace el derecho a la indemnización. La constitución en mora, de la que ya se ha comentado, señala precisamente que el lapso dentro del que se podía cumplir legalmente ha transcurrido.

Solamente las obligaciones de "no hacer", no se someten a la regla general indicada, porque no cabe mora respecto de tales obligaciones. En lugar de la constitución en mora, para las obligaciones de no hacer se toma como punto de partida para apreciar los daños y perjuicios, el momento en que el obligado faltó a su deber, el instante en que contravino la prohibición de una acción.

Desde ese momento inicial -la mora o la contravención-, comienza a correr el tiempo para la prescripción; si transcurre todo el lapso indicado por las leyes y el perjudicado no reclama la indemnización, ni interrumpe de cualquier modo la prescripción, perderá su derecho por prescripción extintiva.

"Art. 1574.- [Clases de perjuicios. Responsabilidad del deudor].- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

Cumplidos los requisitos, ya expuestos, para que exista responsabilidad e imputabilidad, el causante del daño o perjuicio debe indemnizar; pero esta compensación monetaria de la obligación incumplida, no tendrá igual alcance si la causa de imputabilidad fue el dolo, o una de las especies de culpa.

Cuando el causante del daño ha actuado **dolosamente**, ha cometido la más grave injusticia y es sancionado más severamente: no puede excusarse ni alegando la intervención de un caso fortuito o de fuerza mayor. Quien ha pretendido obtener una ganancia ilícita a costa de dañar la persona o bienes ajenos conscientemente, debe responder de todos los daños y perjuicios y asumir la responsabilidad incluso de los causados por un agente imprevisto e irresistible.

Por el contrario, la responsabilidad del que solamente ha incurrido en una **negligencia**, una falta de la debida diligencia, solamente ha de responder de los perjuicios que fueron previstos o eran previsibles al momento de perfeccionar el contrato. El caso fortuito o la fuerza mayor, precisamente, son los imprevistos a los que no se puede resistir; por consiguiente, el culpable puede excusarse y liberarse de responsabilidad probando que intervino uno de estos accidentes que escapan de la posibilidad humana de evitar el mal. Solamente responderá el deudor negligente, aún del caso fortuito o fuerza mayor, si fue de alguna manera causante de éstos, o si estuvo en mora cuando se produjeron. Le queda todavía la posibilidad de excusarse demostrando que el daño se habría producido de igual forma, si hubiera cumplido y estuviera la cosa en manos del acreedor.

La simple mora o la contravención de las obligaciones de no hacer, causa responsabilidad e implica el deber de indemnizar. Pero, si hubo dolo, no cabe excusa alguna, mientras que si solamente se produjo el daño por una negligencia, por culpa, el deudor puede excepcionarse probando el caso fortuito o fuerza mayor.

Las partes pueden previamente, al celebrar el contrato, modificar las reglas generales, con la limitación de que no se admite exonerar del dolo futuro, y, según la doctrina generalmente aceptada, tampoco se puede liberar de la obligación de evitar la culpa grave, que se equipara al dolo. Generalmente estas convenciones tienden más bien a agravar la responsabilidad y son válidas y lícitas.

"Art. 1575.- [Avaluación legal de perjuicios. Obligación de pagar dinero].- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;
3. Los intereses atrasados no producen interés; y,
4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

Ya se explicó más arriba las diversas clases de intereses: legales, convencionales o corrientes; compensatorios o moratorios. Las leyes generalmente fijan una tasa **máxima convencional**, es decir que no admite sobrepasar un tanto por ciento aunque las partes así lo convengan; ese exceso constituye usura y es castigado civil y penalmente.

El artículo 1575 marca el ámbito en el que pueden desarrollarse las convenciones: no se puede exceder los intereses máximos permitidos conforme a las leyes, ni cobrar intereses sobre intereses. La autoridad actualmente encargada de fijar ese máximo convencional es el Directorio del Banco Central del Ecuador.

Las cláusulas penales pueden señalar el pago de intereses a modo de indemnización por mora o por incumplimiento, pero no pueden soslayar el cumplimiento de los indicados límites.

Es posible que el acreedor demuestre que el perjuicio es mayor que lo que recibe en concepto de intereses. Si no se excluye expresamente esta acumulación de indemnizaciones, se deberá admitir: se cobrará los intereses más el monto en que el daño los supere.

TÍTULO XIII DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Toda ley, contrato o documento, si ha de ser aplicado, requiere una interpretación, es decir, ser comprendido en su verdadero sentido. Cuando las palabras son claras y precisas, no presentan dificultad, pero, en el caso de los contratos, a veces por la complejidad del asunto, otras, por la confianza excesiva de las partes o su poca formación jurídica o dominio del lenguaje, por precipitación y hasta por mala fe de uno o ambos contratantes, el sentido resulta controvertido.

Los hechos se prueban, pero el alcance de un contrato, requiere una demostración de su verdadero significado. Éste, se ha considerado tradicionalmente como el **querer de las partes**: lo que se hayan propuesto al contratar, usando así de su libertad. Esta teoría clásica ha sufrido modernamente la impugnación de parte de la doctrina germánica, según la cual más que la intención de las partes (sentido subjetivo), interesa descubrir el sentido propio, objetivo, de cada contrato: lo que otras personas bien instruidas e informadas habrían querido estatuir.

Nuestro Código, y la jurisprudencia nacional, siguen como norma general la **interpretación subjetiva**, la que busca entender los contratos como quisieron obligarse las partes; solamente se admiten ciertas correcciones de carácter objetivo, cuando esa intención de los sujetos se manifiesta contraria a las leyes, al orden público o las buenas costumbres, pues, ni el legislador ni el juez aprobarán una convención de tal calidad. En ciertas materias en las que el derecho positivo quiere proteger especialmente a personas natural, económica o jurídicamente más débiles, como los menores, los interdictos o los trabajadores frente a sus empleadores, también cede la intención subjetiva, ante las disposiciones legales de carácter protector, o se llega incluso al principio de interpretar las normas o la prueba de los hechos sistemáticamente a favor de la parte que se quiere proteger; principios *pro reo, pro operario*, etc.

En los contratos civiles, esta inclinación favorable hacia la parte más débil, se concreta en varias disposiciones que se han de interpretar en ventaja del deudor. Varias de ellas se citan en las concordancias, y la jurisprudencia permanece fiel a esta dirección.

La interpretación de los contratos corresponde primeramente a quienes son parte de ellos, ya que ellos son los obligados. Solamente en casos excepcionales corresponde a terceros interesados intervenir, en defensa de sus derechos. Si no existe un común acuerdo entre las partes, que se ha de buscar con **buena fe**, no queda más recurso que acudir a una solución judicial o arbitral. También en las sentencias y laudos, para dirimir las controversias, ha de primar el principio de la buena fe, que preside toda la materia contractual.

No resulta fácil definir la buena fe, y muchas veces se acude al concepto contrario –mala fe-, para caracterizar la expresión positiva. Así como la mala fe implica cualquier género de engaño, de actuación dolosa o fraudulenta, de intención torcida de aplicar erróneamente el derecho, o no aplicarlo, o de aprovecharse de situaciones de especial necesidad, debilidad o ignorancia de otros, o conductas semejantes a estas; así, la buena fe, es la intención de proceder con acatamiento de las normas éticas y jurídicas, con un sentido de consideración y respeto hacia la persona y bienes del prójimo: tratar a los demás como aspiramos a que nos traten a nosotros. En el derecho romano, el aforismo "*alterum non laedere*", expresa el precepto muy general de no hacer daño a nadie, de proceder de buena fe.

En los contratos cada parte se propone obtener alguna ventaja, pero no cabe perseguir esa finalidad a todo trance, por cualquier clase de medios, sino guardando un sentido de equidad, de justicia, por el cual lo conseguido por uno sea equivalente en términos generales, a la utilidad proporcionada al otro: esto es equidad y a esto tiende la buena fe. La interpretación que solamente proporcione ventajas a un contratante (sin que haya tenido una finalidad puramente generosas, de beneficencia, de caridad o liberal, como suele decirse), faltaría a la buena fe.

La Interpretación guiada por la buena fe, ha de procurar **salvar la validez** de las cláusulas contractuales y de todo el contrato. Aprovecharse de cualquier defecto formal para lograr la anulación de lo pactado, es otra forma más de mala fe.

La interpretación espontánea, la que ha producido ya una cierta ejecución del contrato -sobre todo en los de larga ejecución-, viene a ser como una costumbre especial de las partes, que suele guiar en la interpretación para la ejecución futura del contrato.

Algo parecido sucede cuando entre las mismas partes se pactan sucesivamente varios contratos sobre la misma materia: resulta lógico pensar que las nuevas convenciones serán iguales a las anteriores, salvo que conste lo contrario, y así las más antiguas servirán para entender rectamente las posteriores, y la ejecución de las primeras ha de inspirar la manera de entender y aplicar las que vienen después.

En el mundo moderno se han generalizado los "contratos por adhesión", los presentados en fórmula estereotipada, igual o uniforme, para el servicio u obligación frente a muchos, como sucede en los contratos de transporte, de seguros y otros por el estilo. También en estos casos, la interpretación análoga, según la habitual manera de proceder en casos iguales o parecidos, sirve para establecer el verdadero sentido de los contratos.

Las normas dadas por el Código Civil para la interpretación de las leyes, principalmente en el artículo 18, sirven también para la recta inteligencia de los contratos, ya que éstos son "ley entre las partes", guardando siempre la diferencia entre los textos legislativos de carácter general, y las disposiciones contractuales, que son de interés reducido a las partes que intervinieron.

También hay analogía entre las disposiciones testamentarias y lo que se estatuye en los contratos, de donde, las múltiples reglas del Código para las primeras, pueden guiar para una correcta interpretación de lo estatuido contractualmente, pero guardando siempre la debida diferencia entre los actos de disposición personal (testamentos), y la convenciones entre dos o más partes.

"Art. 1576.- [Prevalece la intención de los contratantes].- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

El primer paso lógico en la interpretación de un contrato consiste en determinar **qué clase de convención** se ha realizado: cuál es la naturaleza jurídica de aquello que se quiere entender y aplicar: ¿es realmente un contrato, o se trata de un acto unilateral de declaración de voluntad? ¿Ha existido la intención de obligarse, o se ha querido manifestar simplemente un deseo, una aspiración, unos principios o propósitos que no vinculan la voluntad, que no originan una obligación? ¿Estamos ante un contrato o ante un testamento?

A continuación de esa primera “**calificación**”, que conduce a saber si realmente nos hallamos ante un contrato, o bien ante otra realidad jurídica, será preciso establecer qué clase de contrato sea, y a qué legislación tenemos que acudir para aplicar sus normas. No es lo mismo un contrato administrativo, uno civil, laboral o comercial; cada una de estas categorías se rige por específicas leyes.

Dentro de la misma rama jurídica existen figuras análogas, pero con características propias que las diferencian de las otras, como sucede con los préstamos de uso o de consumo. Aún instituciones civiles mucho más lejanas entre sí, como la venta y la donación, pueden presentar características similares, que obligan a la más precisa calificación de la naturaleza o contenido de un contrato.

Las reflexiones anteriores conducen a una conclusión obvia: no basta que un contrato haya sido **denominado** de una manera para que, necesariamente, tenga que considerarse que el nombre que se le ha dado corresponda a la realidad. A veces se pretende violar las leyes, acudiendo al expediente de llamar de manera incorrecta a una relación; por ejemplo, se dice: “contrato civil”, para encubrir una relación laboral y no aplicar así la legislación adecuada para esa clase de obligaciones. Evidentemente esas falsas calificaciones, de buena o de mala fe, no autorizan para aferrarse a lo simplemente dicho por una o ambas partes, en contradicción a la realidad de la relación jurídica que se ha estatuido.

En cambio, errores o inexactitudes en la denominación de los contratos, o de específicas disposiciones de ellos, que no tengan trascendencia en la aplicación de la ley correspondiente ni supongan un perjuicio de terceros o alteración del orden público y las buenas costumbres, no afectan sustancialmente ni a la validez ni a la aplicación de los contratos. Se ha de buscar la auténtica intención de las partes, prescindiendo de las denominaciones o calificaciones que hubieren hecho los contratantes.

El respeto de la ley por la intención de los que voluntariamente se obligan, - usando su libertad, su autonomía privada-, es tal, que aún en los **contratos simulados**, el legislador y el juez, ponen a salvo la verdadera voluntad de las partes, prescindiendo cuando sea del caso de los nombres o apariencia dada a las convenciones. Mientras no afecten a los derechos de terceros, al orden público o las buenas costumbres, lo contratos simulados valen. No importa que aparezca como venta una donación, si con esta alteración del nombre o con esta apariencia de un contrato diferente, no se perjudica a nadie.

Ciertamente, que tales simulaciones, esconden a menudo la intención de perjudicar sea al Fisco (en el pago de impuestos, tasas o contribuciones) o a terceros, y entonces la simulación ocasionará la nulidad, ya que no se consiente el abuso del derecho y la falsa utilización de las normas jurídicas con finalidades que no sean precisamente las de dar a cada uno lo suyo, sin perjudicar a nadie.

"Art. 1577.- [Restricción de los términos generales].- Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

Es frecuente que en los contratos se empleen expresiones que abarcan más de lo querido por las partes, referencias a "todos los asuntos", o la "universalidad de las relaciones", "los más variados casos", "cualquier circunstancia" y otras por el estilo, que, evidentemente se refieren sólo al contenido específico del contrato y de ninguna manera se pueden trasladar a otras obligaciones existentes o posibles, entre las partes, de aquí que el artículo 1577 hace muy bien en delimitar el contenido de las cláusulas que contengan esas locuciones omnicomprendivas o muy generales. Desde luego la jurisprudencia, sensatamente, aplica con la debida cautela esas disposiciones demasiado amplias.

Una aplicación específica de esta norma, tenemos en el artículo 2364, que, a propósito de las transacciones, dispone: "Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige".

El sentido restrictivo de la interpretación, tiene especial aplicación respecto de las normas que establezcan penalidades u otras obligaciones excepcionalmente gravosas, que limiten la libertad o impongan modalidades demasiado minuciosas. Todo esto debe entenderse dentro de los márgenes de la rigurosa aplicación al contrato y a las circunstancias previstas o previsibles por las partes, y no se han de extender por analogía sino en casos realmente necesarios o claramente tenidos en cuenta por los contratantes.

"Art. 1578.- [Sentido efectivo].- El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno".

Es de sentido común que si se conciernen unas cláusulas, se tiene la intención de adquirir algún derecho o contraer tal o cual obligación: otra cosa sería un acto inoficioso, inútil o superfluo. Por esto, entre varios sentidos posibles, se ha de preferir aquél que permita la realización de alguna finalidad jurídica honesta, lícita, legal y posible. Si una de las interpretaciones de términos o expresiones ambiguas resulta imposible natural, legal o moralmente, con toda evidencia, tal interpretación se debe desechar.

De todos modos, hay que tener en cuenta la situación existente al momento de concertar el contrato, o bien al momento previsto por las partes para que surta efectos (como cuando se ha estatuido una condición suspensiva o un cierto plazo para la ejecución). Puesto que, si inicialmente era posible el cumplimiento de la obligación, en principio, terminará el contrato al volverse inejecutable, o se transformará la obligación en la de indemnizar, si la imposibilidad sobreviene por hecho imputable a una de las partes. No cabe entonces variar el sentido inicial y pretender una interpretación de sentido diverso al querido por las partes en su momento adecuado.

"Art. 1579.- [Conformidad con la naturaleza del contrato. Cláusulas de uso común].- En los casos en que no aparezca voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".

Ya que la naturaleza del contrato expresa su contenido normal, lo que está destinado a producir, es lógico interpretar sus cláusulas de conformidad con las exigencias de esa finalidad y naturaleza del contrato.

La naturaleza del contrato, a su vez, se desprende de las disposiciones legales que lo regulan, y también del uso común, que resulta el mejor intérprete de la ley. Pero, por difundidas que se hallen ciertas interpretaciones que podríamos decir "populares", no pueden prevalecer frente al sentido claro de la ley o a la expresión terminante de las partes. Por ejemplo, en nuestros campos es un uso común el forjar documentos privados de venta de tierras, lo cual no produce ningún efecto obligatorio, y solamente puede servir para probar un pago anticipado por concepto de precio, pero no para transferir el dominio de inmuebles.

Las modalidades muy difundidas en un determinado medio, de contratos de arrendamiento o de ejecución de obra, tienen especial importancia para interpre-

tar contratos que a veces son muy sintéticos, y que razonablemente se han de entender según los usos comunes.

Puede haber una expresa remisión a los usos, formulada en el contrato, y entonces, la incorporación de estas costumbres adquiera mayor vigor. Servirá incluso para determinar la verdadera naturaleza del contrato, que, de otra manera podría resultar dudosa.

"Art. 1580.- [Armonía, analogía y aplicación práctica].- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".

Del mismo modo que en la interpretación de las leyes se ha de atender al conjunto de ellas, considerando que forman un todo único y armónico, así también en los contratos se ha de buscar el sentido que favorezca la unidad y lógica del conjunto.

En principio, se supone que las partes no han querido contradecirse en el mismo documento o en la convención que une sus voluntades o las concilia para una finalidad común, aunque mantengan posiciones antagónicas. Por esto, unas cláusulas han de servir para entender otras y el conjunto del contrato. La armonía o coordinación de las partes entre sí y con el todo, precede la interpretación.

La norma del artículo 1580 se refiere no solamente a los términos escritos de un contrato, sino también a la **aplicación** que ambas partes hayan hecho en forma armónica, sea expresando su parecer con palabras o con obras, y formulando una interpretación expresa, o simplemente aprobando uno de los contratantes lo que dicho o hecho el otro. Algunos autores llaman a este procedimiento "interpretación auténtica": los propios autores de la norma determinan su verdadero alcance, sea con palabras u obras en las que coinciden. Naturalmente, una vez celebrado el contrato, no está al alcance de una de las partes el modificarlo unilateralmente, pero bien pueden hacerlo todos los interesados, de común acuerdo, o

bien la propuesta de uno, si es aceptada por los demás, pasa a ser una interpretación auténtica.

"Art. 1581.- [Interpretación de los ejemplos].- Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda".

No suele ser frecuente el uso de ejemplos en los códigos, y tampoco lo hace el nuestro sino en contados casos. Se trata de ilustrar con un caso, alguna regla especialmente difícil de expresar con mucha precisión y sin quedarse en lo demasiado abstractos; entonces, el ejemplo facilita la debida comprensión. Pero no se ha de dar al ejemplo un valor desmedido, como sería el que concretar a esa sola hipótesis el contenido de la norma explicada.

Los datos mencionados en las concordancias de este artículo constituyen aplicaciones de la regla dada en el artículo 1581, aunque algunos se refieren a relaciones no contractuales.

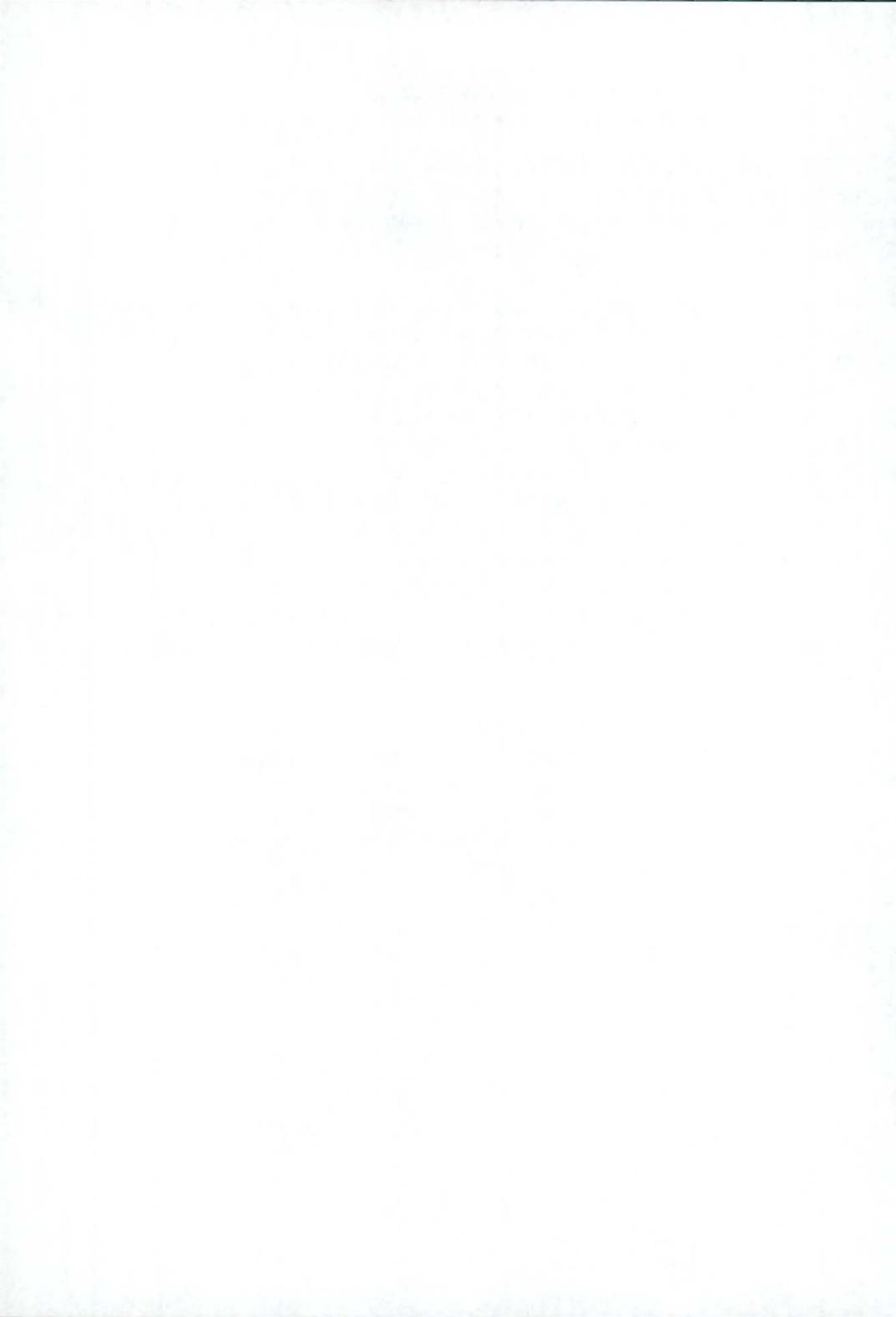
La doctrina acude a veces al aforismo "inclusio unius, est exclusio alterius", pero este refrán, tanto para la interpretación de las leyes como para los contratos, realmente es peligroso y no se ha de usar sino con la debida cautela, ya que la mención de un caso, no significa siempre la exclusión de otros semejantes. Si se plantea una hipótesis en la que solamente dos soluciones son posibles, y la ley o el contrato optan por una de ellas, claramente se está excluyendo la otra; pero cuando las soluciones son varias, el problema sube de punto. Además, la manifestación expresa de un ejemplo, puede tener diversas motivaciones: para aclarar el sentido, para evitar precisamente que se excluya el caso que más interesa o el que podría resultar de más difícil exigencia, etc. Por todo esto debemos afirmar que el referido principio de interpretación al que recurre la doctrina, es totalmente contrario a la regla del artículo 1581, y solamente se podrá hacer uso de ese apotegma cuando aparezca realmente que la voluntad de las partes fue la de excluir otros casos diversos del significado en el ejemplo propuesto por ella.

"Art. 1582.- [Sentido favorable al deudor].- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

La interpretación favorable al deudor, no implica necesariamente una búsqueda del sentido auténtico del contrato, de la voluntad de las partes, sino más bien, una solución para el problema de cláusulas de imposible inteligencia o de muy dudoso valor; sobre todo, cuando ha surgido ya la controversia entre las partes, puede resultar extremadamente difícil encontrar una significación que satisfaga a ambos; entonces hay que recurrir a otro expediente: preferir a uno de ellos. Tal situación de ventaja atribuida al deudor se justifica porque la regla general es la de la libertad, y si el deudor se ha sometido, ha limitado su libertad, por lo que debe considerarse que ha ido hasta donde ha querido ir, y no más allá: le corresponde a él definir el límite que ha impuesto a su propia libertad. Ha de tenerse presente, desde luego, que si bien hablamos de "deudor", en los contratos bilaterales se dan "deudores", cada parte tiene sus obligaciones, y el alcance original de cada una habrá dependido de un acto de parcial renuncia de la libertad por parte de quienes se obligaron.

Se considera que el deudor se halla en cierta situación de inferioridad, por la cual el derecho le protege especialmente para restablecer la equidad de los contratos, pero si el mismo deudor ha propuesto los términos de una cláusula, se entenderán en el sentido más favorable a la otra parte; así se evita que una ambigüedad voluntariamente buscada, pueda beneficiar al culpable, ya que nadie debe sacar provecho de su propia culpa o dolo.



TÍTULO XIV

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES, Y PRIMERAMENTE DE LA SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO

Siendo las obligaciones vínculos personales que se contraen con finalidades específicas, son esencialmente transitorias, a diferencia de los derechos reales que tienen una finalidad permanente. Por esto, las obligaciones están llamadas a extinguirse, luego de haber cumplido su objetivo, o, si no lo han alcanzado, se extinguén también siendo sustituidas por otros derechos, principalmente el de ser indemnizado por el incumplimiento.

El artículo 1583 hace una enumeración de los modos de extinguirse las obligaciones, que abarca la mayor parte de las causas de esta terminación. Señalamos a modo de concordancias, las definiciones, descripciones o indicación de los efectos de dichas diez causales contenidas en esta norma del código Civil, para dar una idea general del concepto de extinción de las obligaciones.

En realidad hay también otras causas de extinción, que de un modo u otro se vinculan o derivan con las diez contenidas en la enumeración del artículo 1583. Por ejemplo, las disposiciones legales que varían el concepto de orden público o excluyen del comercio ciertas cosas o prohíben determinadas acciones, la tipificación de nuevos delitos; en algunos casos, la muerte o la terminación de la personalidad jurídica colectiva originan la extinción de obligaciones, la interdicción, la demencia de un socio, dan fin a la sociedad colectiva, etc.

Las causas de terminación de las obligaciones suelen clasificarse de varias maneras por los autores. Cabe distinguir modos de extinción voluntarios de las partes, o independientes de su querer, provenientes de hechos o actos naturales o personales, de actos de autoridad. También se pueden distinguir los modos originales y los derivados; los comunes para la extinción de los derechos, y las acciones, o exclusivos de las obligaciones personales; los hay aplicables a todas las obligaciones o solamente a algunas de ellas. Estas diversas clasificaciones tienen valor doctrinal y orientan para la solución de numerosos problemas prácticos en el plano jurisprudencial.

Seguiremos en este breve comentario el orden de nuestro Código, haciendo referencia oportunamente a los asuntos que han quedado al margen de nuestro texto legal.

Así como lo más esencial del contrato consiste en la voluntad de quienes se obligan por él, la causa genérica de extinción consiste en la misma **voluntad de las partes** que se obligaron y que deciden liberarse de sus vínculos; se cumple, en esto, el aforismo de que las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen.

El Código emplea la palabra “**revocatoria**”, que equivale a volver a llamar (revocare), o sea, volver a la situación anterior al contrato. Tal voluntad extintiva, implica normalmente renuncia de algún derecho ya adquirido o de una expectativa fundada de adquirirlo, de que, para la eficacia de la convención extintiva, se requiere no afectar a derecho ajeno y que el renunciante pueda disponer de lo suyo.

La terminación por convención entre las partes, supone que el contrato **esté vigente**, que no haya ya terminado o se haya ejecutado plenamente, puesto que no cabe extinguir lo que ya está extinguido. Si el contrato ha producido sus efectos, se ha creado una situación jurídica nueva, y las antiguas partes, solamente pueden volver a la situación primitiva mediante otros actos o contratos, así, una compraventa plenamente ejecutada ha transferido la propiedad al comprador y éste podrá nuevamente vender a su anterior vendedor, para que recupere la propiedad.

“Art. 1583.- [Extinción de las obligaciones].- Las obligaciones se extinguieren, en todo o en parte:

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;
2. Por la solución o pago efectivo;
3. Por la novación;
4. Por la transacción;
5. Por la remisión;

6. Por la compensación;
7. Por la confusión;
8. Por la pérdida de la cosa que se debe;
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y,
11. Por la prescripción.

Parágrafo 1o. Del pago efectivo en general

"Art. 1584.- [Definición].- Pago efectivo es la prestación de lo que se debe"¹

La prestación de lo que se debe, **o pago**, es la forma más natural y ordinaria de extinguir la obligación: la obligación se destina a ser pagada, cumplida, y termina normalmente mediante dicha finalidad alcanzada: sea voluntaria y espontáneamente, o bien mediante una acción judicial, se llega al pago. Este principio es tan amplio que se aplica a toda suerte de obligaciones, y se aprecia al revisar las concordancias que se exponen a continuación; un repaso de los principales casos de pagos ordenados por el Código, supondría una revisión íntegra del texto legal. De todos modos, señalar los principales ejemplos, ilustra el verdadero sentido de lo que se entiende por pago.

En el lenguaje corriente cuando se menciona el pago se suele pensar en el dinero efectivo, o a lo más, en el cumplimiento de obligaciones de dar, de entregar una cosa, pero el sentido jurídico propio, consiste en la **plena ejecución** de cualquier obligación en la forma que se haya convenido inicialmente; se extiende, por tanto, a las obligaciones de dar, hacer o no hacer: siempre que se cumple con estos vínculos, en la forma prevista, hay verdadero pago.

¹ Nota: La Disposición general quinta de la Ley de Transformación Económica del Ecuador (L. 2000-4. RO-S 34: 13-mar-2000, reformada por la L. 2000-10, RO-S 48: 31-mar-2000), dispone: "Toda obligación en sures que surja de la aplicación de contratos, convenios o pactos, sean éstos financieros, comerciales, laborales o de cualquier índole, que se celebren a partir del 11 de enero de 2000, deberá ser pagada en dólares de los Estados Unidos de América o en sures, en la cantidad necesaria para adquirir la misma cantidad de dólares que se hubiesen podido adquirir con la paridad de S/. 25.000,00 por cada dólar"

El pago es la plena ejecución de lo que se había contraído como obligación. El pago libera: deja libre de la relación personal y libera también, en cierto modo, el patrimonio del deudor, que ya no queda afectado a responder por la obligación. El cumplimiento debe cubrir todas las exigencias propias de la respectiva obligación, por eso el Código analiza en sucesivos párrafos, **quién, a quién, dónde y cómo se paga**, agregando consideraciones especiales sobre ciertos modos específicos (y casi sustitutivos) se verifica el pago: por consignación, por subrogación, por cesión de bienes, por acción ejecutiva contra el deudor, y finalmente, el pago con beneficio de competencia.

En todo pago tiene importancia el *animus solvendi*, la determinación de cumplir con un vínculo obligatorio; no basta la mera materialidad de la entrega de una cosa o la ejecución de una obra, que admite variadas interpretaciones, incluso la de un ánimo liberal. Sin embargo, existiendo la obligación y verificándose el cumplimiento preciso de ella, se presume el ánimo de pagar, mientras no se demuestre lo contrario.

"Art. 1585.- [Forma de hacerse el pago. Dación en pago].- El pago se hará, bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida".

El pago está destinado a satisfacer al acreedor, quien puede exigir el cumplimiento total y preciso de la obligación. Cabe, sin embargo, que él renuncie a alguna parte o a algunas características que podría exigir, siempre que se encuadre esta conducta en la legal renuncia de derechos, como se prevé en el artículo 11 del Código.

No puede el deudor imponer a su acreedor que reciba otra **cosa distinta**, aunque sea de mayor valor que la que se obligó a entregar. Tampoco puede el acreedor exigir al deudor otra cosa distinta que el objeto previsto de la obligación, aunque esta otra cosa fuere de menos valor. Se aplican estas reglas tanto a la entrega material de dinero o especies, como a la ejecución de obras o a las obligaciones de no hacer. Un cambio en el contenido de la obligación, genera normalmente una novación, que es otro modo de extinguir la obligación primitiva, mediante la sustitución por otra u otras que convienen las partes.

La primera condición para realizar el pago es que **sea posible**: natural, moral y jurídicamente; es decir, que no se oponga ni a las leyes naturales, morales o a las leyes. Desde luego, la modalidad del pago que se haya estatuido, debe ser inteligible, ya que, de no serlo, nos hallaríamos ante una imposibilidad natural de cumplir. Sin embargo, si la imposibilidad no afecta al pago mismo, sino a cierta modalidad o forma, se admite que, oídas las partes, el juez, determine la manera más adecuada y análoga de realizar el pago; esta regla, si bien se da directamente para las asignaciones testamentarias, parece plenamente aplicable a otras obligaciones, incluidas las contractuales.

Se ha de exigir el pago mediante medios legítimos, como el requerimiento extrajudicial o judicial; pero no se puede emplear procedimientos de violencia o intimidación, que viciarían la prestación y darían lugar a la repetición de lo pagado. Si se paga por error, cabe también este reembolso.

Si la obligación es pura y simple, se exigirá en cualquier momento, **desde que existe**; pero si está sujeta a plazo o condición, éstos deben haberse verificado. Existiendo una condición, debe cumplirse en toda su amplitud y extensión: tal como la concibieron las partes, lo cual se manifiesta normalmente por el tenor literal, al que hace referencia el artículo 1500. Prevalece, de todos modos, la intención claramente manifestada por las partes, aunque hayan empleado palabras menos exactas, que literalmente interpretadas conducirían a desvirtuar su verdadera voluntad.

Los pagos de obligaciones de dar se hacen normalmente en dinero o mediante la transferencia de la especie concreta que se debía. Pueden convenir las partes que se verifique el pago por la cesión de un derecho, cumpliendo los requisitos legales de tales cesiones y dentro de los límites previstos por las leyes.

Los pagos de cantidades debidas de dinero, se refieren a la **cantidad numérica**, sin que se afecte la obligación por las variaciones del valor de la moneda. Sin embargo, nada impide que se estatuyan cláusulas de compensación, en previsión de esas variaciones del valor del dinero; se suelen establecer con relación al cambio de la moneda de curso legal con otras divisas extranjeras, o bien, con referencia al salario mínimo vital, o al precio corriente de ciertas mercancías que mantienen valores relativamente estables. El fenómeno de la desvalorización de la moneda es prácticamente universal, y dada la magnitud de los contratos celebrados con la administración pública, se suelen establecer estas cláusulas de reajuste, sea en los mismos contratos, o incluso en leyes especiales.

Existiendo controversia sobre el **monto** de lo debido, sea por capital, intereses o indemnizaciones, el juez puede ordenar el pago de la cantidad no discutida: es un procedimiento de economía judicial y de sentido práctico, que beneficia a ambas partes; queda así, únicamente, por resolverse lo relativo al exceso solicitado por el acreedor y negado por el deudor.

Se entiende por pago **en dinero**, el que se hace con monedas o billetes de curso legal. Los que se verifican mediante cheque, son condicionales, subordinados a que el banco entregue en efectivo la cantidad ordenada, de otro modo no se ha solventado la deuda. Otro tanto sucede con la entrega de letras de cambio o pagarés a la orden, que más bien son una promesa de pago, salvo que conste la voluntad de novar, liberando al deudor de la obligación primitiva, que se convierte en otra de carácter cambiario.

El pago se ha de **imputar** a una determinada obligación; si hay varias, en principio corresponde al deudor establecer a cual de ellas deba aplicarse, si no lo hace, corresponde el mismo derecho al acreedor; y si ninguno ha optado por la cancelación de tal o cual deuda, se presume pagada la que estuvo vencida o, en ciertos casos (obligaciones comerciales), la menos garantizada.

El cumplimiento de las obligaciones se sujet a los principios de la **identidad** y de la **integridad**: se ha de dar, hacer o no hacer la misma cosa establecida como objeto del contrato, y se ha de cumplir total, íntegramente. Nada impide, sin embargo, que el acreedor, voluntariamente, se conforme con recibir un pago distinto o parcial, que, en ningún caso se le puede imponer que reciba.

No se puede pagar en fraude de terceros. Si el deudor tiene varios acreedores, y alguno o algunos gozan de preferencia, no está en manos del deudor cancelar a los que carecen de esos privilegios, en perjuicio de los que deben cobrar antes, preferentemente.

"Art. 1586.- [Presunción de pagos periódicos].- En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos, hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor".

La prueba de la extinción de una obligación incumbe a quien alega esa terminación. Se trata de una prueba de hechos, ya que el derecho establece claramente los casos en los que se extinguén las obligaciones, pero es preciso demostrar

que se han cumplido los hechos, actos o circunstancias que dan fin al vínculo jurídico. Se siguen, pues, las normas generales de la prueba de los hechos, tanto en lo relativo a los medios para demostrar lo acaecido, como en cuanto a las disposiciones procesales de la producción de la prueba. Recuérdese, en todo caso, que en el litigio, la carga de la prueba compete al que afirma algo que es negado por su contrario, y que debe rendirse la prueba dentro del plazo judicial decretado por el juez, y con estricto respeto del derecho: cualquier prueba que implicare violación de la ley, carecería de valor, como por ejemplo, la presentación de documentos sustraídos a su dueño, la interferencia de comunicaciones, la violencia ejercida contra los testigos, etc.

Las pruebas directas, consistentes fundamentalmente en documentos, confesión, declaraciones de testigos e inspecciones judiciales, no siempre son posibles, porque la confianza entre las partes lleva frecuentemente a no exigir recibos, facturas, actas, etc., y entonces hay que recurrir a pruebas indirectas o **presunciones**. El comportamiento normal de las partes, y principalmente la conducta de las partes en la ejecución del mismo contrato sobre el que se discute, iluminarán la realidad de si se han cumplido o no se han cumplido las obligaciones asumidas. La ley hace referencia al conocido caso de las prestaciones periódicas, como sucede en los arrendamientos, en las compras a plazos, en el pago de intereses en períodos fijos y otras figuras semejantes: el modo de proceder usual sirve aquí de demostración de lo sucedido. Por otra parte, la imputación racional de un pago a determinadas obligaciones, permite presumir la extinción de otras: quien debiendo intereses, da recibo por el capital pagado y no menciona los intereses, evidentemente es porque ya se le han satisfecho los intereses, que deben pagarse normalmente antes que el capital.

Como se respeta esta imputación para el pago de los dividendos vencidos, se permite también cobrar, dentro del juicio ejecutivo, los dividendos que vencieren después de presentada la demanda. Es un procedimiento de economía procesal muy lógica: no se requiere una nueva demanda, si consta la obligación y el incumplimiento de unos pagos, se dispone el pago de los que sucesivamente se hagan exigibles por su vencimiento posterior a la demanda.

"Art. 1587.- [Gastos del pago y costas judiciales].- Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales".

En cuanto a los gastos del pago, la regla principal es la de lo convenido entre las partes. Ellas establecerán libremente lo que más les convenga, siempre que no sea contra derecho; así, no se admitirá disfrazar bajo la apariencia de asumir los gastos del pago, un cobro desmedido de intereses no autorizados por el derecho. Pero dentro del respeto al orden público, la moral, las buenas costumbres y la ley, los particulares establecerán lo que tengan a bien.

Los gastos pueden referirse a la ejecución de una obra, como el transporte de ciertas especies, los de cuenta, peso y medida de lo que se entregue, el pago de tasas impuestas por el derecho para la cancelación de pagos, etc.

Desde luego, son gastos del pago las **costas judiciales**, cuando se ha tenido que recurrir a la vía judicial; en esta circunstancia, es el juez quien determina quién debe pagar las costas, siguiendo principios de equidad. No se condena en costas a quien litiga de buena fe, o se allana inmediatamente y procede al pago después de recibir la citación; se carga con estos gastos, al que litiga de mala fe o temerariamente, al que ha presentado incidentes con la sola intención de retardar o dificultar el curso de la litis, o actúa dolosamente en el procedimiento, en la presentación de pruebas, o perjura o presenta testigos falsos, pretende a través de preguntas capciosas u otros procedimientos deshonestos confundir a los testigos, y otras actuaciones que dificultan el recto ejercicio de la justicia.

En principio, las costas del cobro corresponden al deudor, pero en algunos casos, se cargan al acreedor, como sucede en la propiedad fiduciaria, cuya defensa haya ocasionado gastos judiciales al fiduciario; en este caso, el beneficio de la acción judicial se reparte entre el fideicomisario y el fiduciario, según el tiempo de disfrute que haya tenido el segundo.

En los juicios de jurisdicción voluntaria o de interés común a varias partes, las costas se dividen entre los interesados, tal es el caso de la partición de bienes, que beneficia a los diversos partícipes, en proporción a sus cuotas, y en esa misma proporción deberán cubrir los gastos.

A veces una litis interesa a dos o más partes contrapuestas en sus intereses, pero coincidentes en la defensa frente a un tercero; así sucede en caso de evicción de la cosa vendida: ésta afecta tanto al vendedor como al comprador; el pago de las costas dependerá, entonces, de la actitud judicial de cada parte: el vendedor que se allana, no soportará la carga de las costas, sino el comprador que intentó vanamente defender la cosa, sin resultado positivo.

Parágrafo 2o. Por quién puede hacerse el pago

Es evidente, y no se requería que lo dijera la ley, que el pago corresponde al deudor. Efectivamente, el Código no lo dice directamente, pero aparece con toda claridad que este es el deber del obligado y que, precisamente el cumplimiento de él, le libera de la obligación. De aquí se deduce que, además de un deber, el pago es **también un derecho**: interesa al deudor el quedar libre y no correr los riesgos que implica el mantenimiento de un vínculo obligatorio. Si la obligación impone cargas adicionales de conservación, reparación, expensas de mantenimiento, etc., se ve con mayor claridad el interés del deudor por pagar, que da origen a su derecho a pagar.

El acreedor no tiene derecho de **oponerse al pago**, si le es ofrecido íntegro, en las condiciones y circunstancias convenidas. Puede, sí, rechazar un pago parcial, o incompleto, o inoportuno, que le cause perjuicios o le prive de alguna ventaja, como la de percibir intereses durante un plazo establecido a favor del acreedor.

Al decir que es el deudor quien puede y debe pagar, se entiende por deudor a la persona obligada, pero puede proceder por sí misma o por medio de representantes. Siendo capaz, podrá el deudor dar **mandato o diputación** para el pago. Los incapaces harán el pago a través del ministerio o representación de otra persona que sea su **representante legal**: padre, madre, tutor o curador y, en casos especiales, el albacea, el síndico o el juez.

Son llamados a pagar los **sucesores** del deudor, sea a título universal o particular. Los herederos y los legatarios a los que corresponda el pago de las deudas, cancelarán éstas descargando así a la masa hereditaria o al respectivo asignatario.

También los sucesores en el derecho o en un particular patrimonio, actúan legítimamente en nombre del deudor y, al cancelar sus deudas, se extinguén las correspondientes obligaciones. Este es el caso de las cesiones de derechos, de la sucesión de empresas o personas jurídicas que asumen los derechos y obligaciones de otras, el pago de cargas anexas a un patrimonio familiar, y otras semejantes.

Fuera del deudor, sus representantes o sus sucesores, otras personas no están obligadas a pagar, pero pueden **libremente** hacerlo, ya que al cumplir la obliga-

ción ajena mejoran la situación del deudor y no le causan perjuicio: cualquiera puede estipular a favor de otro; lo no admitido es cargar a otro con responsabilidades que no ha asumido ni ha encargado asumir en su nombre; el pago, descarga, no carga.

Si interviene **un tercero**, ha de hacerlo manifestando de alguna manera -expresa o tácita-, que actúa en nombre y a **favor del deudor**. Al no constar esta voluntad, se entenderá que actúa en su propio nombre y beneficio; y, si no tiene el tercero ninguna obligación hacia el acreedor, al pagar en nombre propio, estará haciendo un pago no exigible, no debido, que le permitirá repetir.

Para que el pago sea válido y produzca su principal efecto que consiste en extinguir la obligación, se requiere, desde luego que **exista la obligación**, que haya principiado a existir y no se haya terminado ya de otra manera.

El acreedor que se resista a recibir el pago, si no es por causa legítima, incurre en **mora de recibir**, y ésta produce una modificación de las obligaciones de conservar la cosa, los riesgos, las expensas e intereses.

El deudor –o el tercero que legítimamente quiera pagar- y se encuentre con la resistencia del acreedor, procederá al pago **por consignación**: presentando al juez una minuta en que determine la causa, la cuantía y demás circunstancias de la obligación, y poniendo a disposición del juez el dinero o las especies debidas, u ofreciendo la acción que sea objeto de la obligación.

Al acreedor, en principio, **no interesa quien sea** el que cumple la obligación, salvo que se trate de una acción u obra estipulada en consideración de las cualidades o circunstancias del deudor. En el caso de obras literarias, artísticas, artesanales, técnicas o de servicios cualificados como los de médicos, abogados, etc., no da lo mismo que sean realizadas las obligaciones por uno o por otro, sino que se toma en consideración la capacidad, prestigio, habilidad, gusto, destreza, etc., por lo que no pueden cumplirse estas obligaciones por persona distinta de la convenida, salvo que así lo acepte libremente el acreedor.

En cuanto al deudor, el tercero que paga en nombre de él, se hallará en una de estas situaciones: 1. Que el deudor **conozca y autorice** el pago por el tercero; 2. Que **no conozca ni autorice**; 3. Que **se oponga** al pago. Estas situaciones producen muy diversos efectos.

En el primer supuesto, el deudor está dando un **mandato** expreso o implícito. El que actúa con su conocimiento y consentimiento, es un mandatario o diputado para el pago y tendrá derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, según las reglas del mandato.

Si el deudor desconoce el pago, obviamente tampoco consiente ni se opone, recibe un beneficio de quien actúa en su nombre, como un **agente oficioso**. El tercero que paga sin contar con el conocimiento y aprobación del deudor, pero que paga una deuda real, existente, no extinguida, podrá demandar al deudor original que le reembolse.

Si el pago del tercero se ha verificado **contra la voluntad** del deudor, se reduce al mínimo el derecho del que ha intervenido y suplantado al deudor: no tiene derecho a reembolso, salvo que el acreedor le ceda voluntariamente su acción.

"Art. 1588.- [Pago por tercero].- Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento, o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor.

Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor".

"Art. 1589.- [Reembolso y subrogación].- El que paga sin conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compelir al acreedor a que le subroge".

"Art. 1590.- [Pago contra voluntad del deudor].- El que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción".

"Art. 1591.- [Pago que debe transferir la propiedad].- El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño.

Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad sino en cuanto el que paga tiene la facultad de enajenar.

Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar".

Parágrafo 3o. A quién debe hacerse el pago

El destino natural de la obligación consiste en satisfacer al acreedor: es a favor de éste que se realiza el pago, y consiguientemente, la primera persona que puede exigir y recibir es el mismo **acreedor**. Se entiende, que este sujeto activo lo hará por sí mismo o por medio de sus representantes legales o voluntarios.

En segundo lugar, quien o quienes **hayan sucedido** en sus derechos al acreedor, ocupan su misma posición jurídica e igualmente pueden cobrar y recibir el pago. Esto se aplica tanto a la sucesión hereditaria como a las diversas maneras de ceder o trasladar los derechos y créditos entre vivos, como son los casos de cesión de derechos, de venta de una cosa con algún crédito anexo a ella, de endoso de documentos de crédito, traspaso de acciones, etc.

Ahora bien, en este segundo caso, para que el pago hecho por el deudor le libere, debe haber sido hecho a quien realmente podía recibir el pago.

Concretamente, si ha muerto el acreedor, sus herederos le suceden, pero no se debe cancelar toda la deuda a cualquiera de ellos, sino que únicamente podrá recibir legalmente **cada uno en proporción a su cuota**, salvo que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles.

En el supuesto de la **solidaridad activa**, el deudor puede liberarse pagando a cualquiera de los herederos que sean acreedores solidarios.

Si la **deuda es indivisible**, sólo se podrá cancelar al conjunto de todos los herederos, por ejemplo, entregando la cosa u obra al administrador común de los bienes indivisos, o bien esperando a que se verifique la partición.

En la partición, los **herederos pueden convenir** que uno o más de ellos asuma una parte mayor de la deuda que le correspondía pagar según su cuota hereditaria. Entonces el deudor hará un pago legítimo sometiéndose a esta disposición de

los herederos, pero también podrá preferir el hacer el pago a cada uno según lo que le corresponde a prorrata de su haber hereditario.

En las transferencias o transmisiones, cesiones o enajenaciones del crédito, por acto entre vivos, también **otra persona** ocupa el lugar del acreedor primitivo, y el deudor puede legítimamente pagar a estas personas que han recibido el derecho de cobrar y recibir lo debido. Para que el deudor conozca esta situación, se le deberá **notificar** de tales cambios, y en tal caso, no puede oponerse a realizar el pago a un nuevo acreedor, salvo que esto le implicara algún gravamen que no estaba previsto o que no debiera sobrellevar.

Si **no hay la notificación** al deudor y éste paga al antiguo acreedor, quien ya perdió su derecho, el deudor quedará liberado, pues obra de buena fe y entrega lo debida a la persona a quien se obligó a entregar. El cessionario, o sucesor a título particular en el crédito, no podrá cobrar nuevamente al deudor que de buena fe pagó a su antiguo acreedor, por falta de notificación.

Pero si hubo notificación del traspaso del crédito y el deudor de todas maneras paga al anterior acreedor, queda sujeto a que el cessionario, endosatario, sucesor, etc., le **vuelva a cobrar** y tendrá que satisfacer por segunda vez, quedándose solamente el expediente de repetir el primer pago que no fue legal.

El cumplimiento de la obligación debe hacerse a quien "**tenga la administración de sus bienes**". Esta expresión de la ley, no es idéntica a decir que "sea capaz". La capacidad general se presume, y quien la tiene, sin embargo, puede hallarse en una situación que le impida jurídicamente la libre administración de sus bienes o de un determinado bien. Si se ha embargado un inmueble, el dueño, aunque capaz, no puede disponer de él; si se ha abierto concurso de acreedores, o el mismo sujeto ha hecho cesión de bienes, tampoco puede administrar libremente, y en consecuencia a estas personas no se puede hacer la solución válida de lo debido.

En todos los casos en que existe un **embargo**, secuestro u orden de retención dada por el juez, los correspondientes bienes no se pueden disponer por parte de su dueño, sino que están sujetos a lo que disponga el juez, para cubrir con ellos las obligaciones del propietario. El deudor, no puede pagar al dueño gravámenes reales que afecten a esos bienes. Tampoco puede hacer un pago arbitrario a cualquier acreedor, en tales situaciones que manifiestan la insolvencia del acreedor dueño de los bienes embargados, secuestrados o retenidos: si el deudor

pagara a uno de estos acreedores, conociendo tales situaciones, actuaría de mala fe, en perjuicios de los otros acreedores que finalmente quedarían impagos. Por esto, tal pago sería ilegal, y no impediría que los otros acreedores exijan al deudor lo que a ellos les corresponde.

También se puede pagar, como lo dice la ley, **a la persona que la ley o el juez designan**. Tal es el caso del pago hecho al síndico de una quiebra, al albacea con tenencia de bienes, al administrador común de bienes sucesorios nombrado de común acuerdo por los herederos o designado por el juez. Finalmente, al mismo juez, en el caso de ejecuciones por embargo, secuestro o retención: una vez rematados los bienes y adjudicados, el pago al juzgado es legal.

La diputación para el cobro es un particular mandato. El acreedor está en su derecho de encargar el cobro a quien quisiere. Tal mandato voluntario, ha de constar debidamente para que el deudor no se lleve a engaño y no corra el peligro de pagar dos veces: se le debe notificar. El mandato general no se entiende que comprende la facultad de recibir el pago, pero basta una cláusula especial o una indicación expresa –aunque sea verbal-, que no deje lugar a duda, para que el diputado cobre y reciba legítimamente, liberando al deudor.

Si se ha dado mandato para vender, se presume que el mandatario tiene poder de recibir el precio, aunque puede expresamente ponerse a salvo esta facultad.

Como el cobro de un crédito es un acto que requiere **capacidad**, el acreedor que da mandado o diputación para el cobro, ha de ser capaz. En cambio, bien puede fiarse de persona incapaz, para realizar el cobro. Por ejemplo, encarga a un menor de edad el cobro de pensiones de arrendamiento que le deben sus inquilinos; es cuestión que atañe a la prudencia del acreedor el fiarse de personas incapaces, pero la ley no se lo prohíbe.

Además de la diputación voluntaria y unilateralmente concedida por el acreedor, a veces se **designa de común acuerdo** entre deudor y acreedor un tercero que podrá recibir el pago: esta es ya una disposición contractual, que obliga a ambos y que solamente se dejará sin efectos si de común acuerdo la revocan. Si solamente el acreedor retirara la autorización a este diputado para el cobro, todavía podría el deudor hacer un pago válido, puesto que no se ha contado con su voluntad. El acreedor, puede pedir al juez que le autorice a revocar este mandato, y, si no implica carga alguna para el deudor tal revocatoria, el juez autorizará y ya no se podrá pagar a este tercero.

Si arbitraria, ilegalmente, el deudor ha pagado a un tercero, puede convalidarse el pago por **ratificación** del acreedor.

Además, el pago puede haberse hecho por **error común, de buena fe**, pensando que el que recibió podía recibir legalmente. Probadas estas dos circunstancias –la buena fe, y que existía una justa causa de error-, el pago es válido.

La ley se refiere al caso específico del pago a quien "estaba **en posesión del crédito**", es decir, el que tenía con ánimo de señor y dueño. Como el poseedor es reputado dueño, mientras no se demuestre lo contrario, se comprende que el pago hecho a este poseedor, si es un pago de buena fe, libera al deudor. Tal sucede frecuentemente en el caso de pagos a herederos que tienen la posesión efectiva de los bienes del difunto.

"Art. 1592.- [Validez del pago].- Para que el pago sea válido, debe hacerse, o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular) o a la persona que la ley o el juez autoriza a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

"Art. 1593.- [Validación del pago. Ratificación. Sucesión en el crédito].- El pago hecho a una persona diversa de las expresadas en el artículo precedente es válido, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo; o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera.

Cuando el pago hecho a persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio".

"Art. 1594.- [Nulidad del pago hecho al acreedor].- El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes:

1. Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1705;
2. Si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago; y,

3. Si se paga al deudor insolvente, en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso".

"Art. 1595.- [Pago a los representantes legales, judiciales y albaceas].- Reciben legítimamente los tutores y curadores por sus respectivos representados; los albaceas que tuvieran este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto; los padres de familia por sus hijos, en iguales términos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos públicos, por el Fisco o la respectiva comunidad o establecimiento; y las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello".

"Art. 1596.- [Diputación para el pago].- La diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor".

"Art. 1597.- [Personería del diputado para el cobro].- Puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo, aunque al tiempo de conferírselle no tenga la administración de sus bienes, ni sea capaz de tenerla".

"Art. 1598.- [Personería para demandar en juicio y recibir el pago].- El poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí solo para recibir el pago de la deuda".

"Art. 1599.- [Intransmisibilidad de la facultad de recibir el pago].- La facultad de recibir por el acreedor no se transmite a los herederos o representantes de la persona diputada por él para este efecto, a menos que lo haya expresado así el acreedor".

"Art. 1600.- [Revocatoria judicial del encargo de recibir el pago].- La persona designada por ambos contratantes para recibir, no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor; el cual, sin embargo, podrá ser autorizado por el juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello".

"Art. 1601.- [Pago al acreedor o a un tercero].- Si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo, o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es

igualmente válido. Y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello".

"Art. 1602.- [Inhabilidad sobreveniente del diputado].- La persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general, por todas las causas que hacen expirar el mandato".

Parágrafo 4o. Dónde debe hacerse el pago

Ya que se satisface la obligación dando, haciendo o no haciendo alguna cosa, es evidente que el lugar del cumplimiento, forma parte del contenido del pago. En ciertos casos será decisivo, como cuando la obligación recae sobre un inmueble: no es lo mismo entregar un terreno que otro, y, mucho menos, construir una casa en la ciudad o en el campo, en tal calle o barrio, etc.

Tratándose de cosas muebles, la entrega o la elaboración de una de ellas, puede significar el desplazamiento de materiales, o del objeto mismo, con los consiguientes gastos y riesgos del transporte.

Además de estas consideraciones en torno al objeto mismo de la obligación, se ha de tener en cuenta que, **la ley aplicable** en el plano del derecho internacional privado, depende generalmente del lugar en que se deba cumplir la obligación. Y en cuanto al derecho interno, la **competencia** de los jueces depende también, en muchos casos, del lugar del pago debido.

Si nos movemos en el plano de las obligaciones contractuales, es la misma convención la que está llamada a determinar el lugar del cumplimiento. En esto, las partes obran con libertad y establecen lo que más les convenga. Precisamente por esto, una vez establecido de común acuerdo el lugar del pago, solamente de común acuerdo se podrá variar lo que es parte del contrato.

Sería una arbitrariedad que el deudor pretendiera imponer al acreedor el recibir una cosa en lugar distinto del convenido. Una oferta de tal tipo no constituiría al acreedor en mora, si la rechaza. Tampoco el acreedor puede exigir al deudor cosa distinta de la establecida, y no cabe que pida la entrega de la cosa o la eje-

cución de una obra, fuera del lugar establecido; aunque el deudor puede voluntariamente condescender, y variar el lugar, si así lo desea, pues, en definitiva, equivaldrá a una renuncia de parte de su derecho.

Si las partes no han establecido nada respecto del lugar del cumplimiento, se podrá recurrir a presunciones suficientemente sólidas, sobre todo si se basan en un principio de ejecución o en la ejecución parcial y periódica de obligaciones, que ya se han cumplido a satisfacción de ambas partes en determinado lugar.

A falta de disposición expresa o tácita, la ley establece que se ha de cumplir el pago, por regla general en el **domicilio del deudor**. Esta norma, se considera favorable al obligado, ya que, normalmente le será más fácil y menos costoso pagar en su propio domicilio. Las partes pueden haber señalado un domicilio especial para los efectos del contrato, y, entonces, propiamente hay convenio de pagar en ese sitio.

Si el deudor tiene varios domicilios, se ha de entender que la obligación se concreta en aquel que tenga mayor relación con el contrato. Así, no tendrá tanta importancia el lugar del hogar doméstico, cuanto el sitio en que realiza sus negocios el deudor.

Se plantea el caso de que el deudor haya **cambiado de domicilio** en el tiempo entre la celebración del contrato y el de su cumplimiento. La regla consiste en que el pago debe hacerse en el primer domicilio, puesto que no resulta lógico pensar que las partes previeron un futuro cambio, del cual nadie puede estar seguro. Además, el cambio depende de la voluntad de una sola de las partes, -el deudor-, y no cabe que él imponga al acreedor algo no aceptado por éste.

"Art. 1603.- [Lugar convencional del pago].- El pago debe hacerse en el lugar designado por la convención"

"Art. 1604.- [Lugar legal del pago].- Si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación.

Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor".

"Art. 1605.- [Cambio del domicilio].- Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste

en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa".

Parágrafo 5o. Cómo debe hacerse el pago

Ya se expuso sobre la identidad e integridad del pago, en cuanto al contenido de la obligación. En este parágrafo se insiste, en cierto modo, en esas cualidades del pago, pero el asunto central y de mayor importante es el relativo a los riesgos de la cosa y sus mejoras o deterioros.

El principio de que las cosas nacen, crecen o perecen para su dueño, se aplica en las obligaciones personales, cargando al acreedor con el **riesgo normal** de lo que se le debe, cuando es un cuerpo cierto. Naturalmente no cabe plantearse estos riesgos si la deuda es de dinero o de cosas fungibles, que jurídicamente no perecen.

El riesgo a cargo del acreedor, le obliga a recibir lo debido en el estado en que se halle en el lugar y momento en que debe entregarse. Los **deterioros normales**, debidos al mero transcurso del tiempo o al uso normal de las cosas debe sopportarlos el acreedor. Así, el que prestó un caballo o un vehículo, los recibirá más viejos y con el natural desgaste.

Pero si se han producido daños, disminución, inutilización o destrucción por **culpa del deudor**, naturalmente éste tendrá que responder. El derecho confiere al acreedor una doble acción: puede pedir la resolución del contrato, con lo que las cosas volverán a su estado anterior, o puede exigir el cumplimiento debido pero además con la indemnización de esos daños o perjuicios imputables al deudor.

Si el deudor ha **incurrido en mora**, no se requiere demostrar que los deterioros o perjuicios se han producido por su culpa: ya es una culpa la demora en cumplir. Producida la mora, únicamente libera al deudor el caso fortuito, y aún éste no le deja sin responsabilidad por los daños si se ha producido por su culpa o si no se hubiera producido en caso de haber cumplido puntualmente; por ejemplo, se incendian las bodegas del deudor, por caso fortuito, pero si la mercancía se hubiera entregado al acreedor en su tiempo, no se habrían deteriorado o perdido.

Cuando el daño ha sido causado por un tercero, el acreedor puede recibir lo que se le debe en el estado que se encuentre, pero exigirá que se le **ceda la acción** contra el autor del daño.

La integridad del pago, no impide de ninguna manera que, si existen entre los mismos deudor y acreedor varias relaciones personales, se cumpla solamente con una o algunas de ellas. Son deudas independientes que separadamente se cumplen de modo legal.

En cambio, una misma deuda no queda sujeta a partición o **pagos parciales**, si no se ha estatuido esta división, o si no la acepta voluntariamente el acreedor, o, por último, si no se ha dividido por disposición de la ley. El último supuesto es frecuente en las sucesiones hereditarias, no tratándose de obligaciones indivisibles o solidarias.

El pago total implica la entrega de la obligación principal y conjuntamente, la de sus accesorios. Sin embargo, pueden darse algunas excepciones, como cuando se han pactado intereses o entrega de otros frutos, de modo periódico.

También hay pagos parciales establecidos por la misma ley en las obligaciones de pensiones vitalicias, en las rentas de arrendamientos, el pago de alimentos y otros casos semejantes. Los pagos parciales, si no se ha pactado otra cosa, se presume que han de ser por cantidades iguales y en períodos establecidos por el contrato o la costumbre, lo que se aplica frecuentemente a las compras a plazos y los arrendamientos de locales.

No se considera que falte al deber del cumplimiento integral, el deudor que al pagar hace los descuentos que la ley le autoriza o le impone realizar. Así, el empleador que paga salarios, descuenta las aportaciones al Seguro Social, los impuestos que debe retener y entregar al Fisco, las pensiones alimenticias a que hubiere sido condenado el trabajador y, eventualmente, los descuentos autorizados por él mismo, por anticipos, préstamos, aportes a cooperativas y otros semejantes.

"Art. 1606.- [Deuda de cuerpo cierto. Deterioros].- Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirla en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan de hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no pro-

vengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño".

"Art. 1607.- [Pagos parciales y total de la deuda].- El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

"Art. 1608.- [Controversia sobre la cantidad de la deuda].- Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada".

"Art. 1609.- [Obligación de pagar a plazos].- Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo".

"Art. 1610.- [Concurrencia de diferentes deudas].- Cuando concurran entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon, podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros".

Parágrafo 6o. De la imputación del pago

Realizado un pago, se plantea la duda sobre cual obligación ha quedado satisfecha o a cual obligación se **aplica el pago**. La imputación se refiere a la parte

concreta de una deuda, como cuando se deben capital, intereses, costas, indemnizaciones, por una misma obligación; o bien, se trata de discernir, entre varias obligaciones diversas, cuál es la que se ha satisfecho, por ejemplo, si una persona debe una pensión de arrendamiento, los intereses de un préstamo y la indemnización por la culpable destrucción de una cosa del mismo acreedor.

La imputación del pago corresponde, por regla general, al **deudor**: él sabe qué quiere cumplir y de qué quiere liberarse. Pero esta voluntad no es ilimitada, ya que no puede obligar a su acreedor a que reciba el pago de una obligación no vencida, mientras está por cumplirse otra que ya venció. El acreedor tiene derecho de que primeramente se le satisfaga la obligación vencida. En igualdad de condiciones –si dos o más obligaciones están ya vencidas, o si todas ellas no son aún exigibles–, entonces es muy libre el deudor de aplicar al pago de aquella de las obligaciones que prefiera.

La imputación del pago debe constar normalmente en la **carta de pago**, recibo, factura cancelada u otro documento por el estilo. Si no se hubiere tomado esa precaución, se recurrirá a presunciones, como cuando se devuelve el título en el que constaba una determinada obligación: es evidente que, al devolver éste, se está reconociendo implícitamente que la deuda está satisfecha.

Ya hemos expresado que, a falta de determinación directa, se entiende que primeramente se imputa el pago a los intereses debidos, y luego al capital.

Si el deudor no usa de su derecho de hacer, de una u otra forma, la imputación del pago, será el acreedor quien opte por una u otras obligaciones. Pienso que este derecho puede ejercitarse hasta el momento en que haya surgido una controversia judicial, puesto que, si ya se ha citado la demanda, ha quedado fijada la pretensión del actor y no sería razonable que luego la modifique, salvo que legalmente reforme la misma demanda.

En los casos de **concurso de acreedores**, de quiebra o de cesión de bienes, ya no está en manos del deudor el determinar el orden en que se han de aplicar los pagos o el producto de la venta de sus bienes, a las diversas deudas que tenga: debe prevalecer el orden de prelación establecido por la ley. Esto es también aplicable al concurso particular que se abre a favor de varios deudores hipotecarios o prendarios, relativo a una misma cosa dada en garantía: no es la voluntad del deudor la que prevalece, sino el orden señalado por la ley, que es el de la mayor antigüedad de los respectivos títulos.

"Art. 1611.- [Imputación y presunción del pago de intereses].- Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.

Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados".

"Art. 1612.- [Imputación por el deudor. Limitaciones].- Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está. Si el deudor no imputa el pago a ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después".

"Art. 1613.- [Imputación supletoria].- Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere".

Parágrafo 7o. Del pago por consignación

El deudor tiene el deber de pagar, pero también le asiste el **derecho** de liberarse mediante el pago total, oportuno y con las demás circunstancias para ser válido. Si el acreedor se niega, sin razón suficiente a recibir el pago, incurre en mora de recibir y el deudor se libra de pagar intereses y del peligro de la cosa. La ley protege a ambas partes equitativamente, mediante el procedimiento de la consignación.

Esta forma de pago, implica dos momentos jurídicos: la **oferta del pago** y la **consignación** propiamente dicha.

El ofrecimiento, se entiende que es formal, con intervención de autoridad competente, y no el meramente privado, que normalmente habrá precedido. Naturalmente, si de modo privado se ha ofrecido la entrega de la cosa, y el acreedor, o quien puede recibir en su nombre, la acepta, no hay lugar a consignación, sino que la obligación se extingue por pago normal y simple. Pero, cuando surge la resistencia del acreedor, entonces el deudor recurrirá al juez para hacer la oferta formal de pago.

Se reconoce este derecho al deudor, porque cualquier persona puede realizar el pago salvo en el caso de las obligaciones de hacer, que se hayan contraído *intuitu personae*. Con mayor razón, el mismo deudor tiene derecho de realizar el pago, siempre que consista en el cumplimiento pleno y total de su obligación. Interesa al deudor realizar este pago, para no incurrir en mora, para verse libre de intereses, posibles indemnizaciones o penas que se hayan establecido para el caso de in -cumplimiento, y, para trasladar al acreedor el riesgo de la cosa: si perece sin culpa, ya no se podrá imputar el daño al deudor, sino al acreedor renuente a recibir.

En cuanto a la oferta de pago, esta oferta formal, ante autoridad, se ha discutido si basta que sea un ofrecimiento verbal, de palabra pronunciada o escrita, o si es necesaria una "oferta real", es decir, presentando materialmente la cosa y poniéndola a disposición del acreedor a través del juez. Aunque en el derecho francés, que ha inspirado buena parte de nuestro Código, la cuestión es discutible, parece que en nuestro sistema no cabe duda de que basta la oferta verbal, de palabra o por escrito, siempre que sea suficientemente determinada, completa y conforme con el contenido verdadero de la obligación. En efecto, el Código no menciona que la oferta haya de ser "real", y, por otra parte, la exigencia de especificar en la minuta las características del pago que se desea hacer y se ofrece, pone de manifiesto que basta el ofrecimiento verbal, sin que sea preciso entregar materialmente la cosa; esa entrega será objeto de la segunda etapa, de la consignación propiamente dicha.

Tampoco parece que se deba discutir en nuestro derecho, sobre la posibilidad de consignar cosas distintas del dinero. El dinero, desde luego es objeto de consignación, pero no hay razón para impedir la consignación de otros objetos, muebles –por ejemplo un vehículo, un animal, cierta cantidad de cosas fungibles como granos, etc.–, y aún inmuebles, como en el caso de un constructor de muchas casas en un barrio, que ofrece una determinada, que cumple los requisitos establecidos en el contrato por el que adquirió el vínculo de entregar una de ellas.

La oferta de pago debe reunir los requisitos enumerados en el artículo 1616. Los primeros se refieren a la capacidad de las partes para dar y para recibir, sin que exista en esto ninguna peculiaridad que diferencie la oferta del pago común y corriente. Se agrega que debe haberse **cumplido el plazo o condición**, lo cual ha de entenderse, siempre que éstos sean a favor del acreedor, puesto que si se trata de plazo o condición en exclusiva ventaja del deudor, éste puede renunciar a ellos y pagar anticipadamente. No así, cuando el plazo o la condición se estipuló a favor de ambas partes o solamente del acreedor, pues no cabe renuncia

de derechos ajenos. El deudor no puede imponer al acreedor que renuncie a su derecho; tampoco puede privar al acreedor de los intereses que se hayan estipulado o de la ventaja de tener una inversión adecuada, con las garantías convenidas en su momento.

Igualmente las circunstancias del lugar del pago, tienen que respetarse según se haya convenido.

La exigencia de presentar **una minuta** de lo que se debe, con los intereses vencidos, si los hubiere, y demás cargos líquidos y la descripción precisa de la cosa ofrecida, es un requisito (el N° 5 del artículo 1616), para establecer que lo ofrecido cumple los requisitos del pago pleno a que tiene derecho el acreedor. Éste no se halla obligado a recibir pagos parciales, y lo serían si el ofrecimiento no abarcara los intereses y otras cargas líquidas. Obviamente, si se trata de una obligación cumplidora por partes, por dividendos periódicos u otra forma semejante, lo ofrecido debe referirse a aquello que ya está vencido, que es exigible y solamente podría el deudor anticiparse a pagos no vencidos siempre que esta anticipación no perjudique al acreedor, como queda dicho, por ejemplo, privándole del derecho a recibir intereses.

Hecha la oferta de pago de la manera indicada, el juez mandará que el **acreedor se presente** a recibir la cosa ofrecida, dentro del tercer día, a la hora que se designe. Si comparece y acepta la oferta, se le entregará la cosa sentándose el acta correspondiente. Es decir que en este caso, se habrá cumplido la finalidad del procedimiento: que se satisfaga debidamente la obligación.

Parece que en tal caso, las **costas** procesales correrán a cargo del deudor, puesto que en general a él tocan los gastos del pago, y en la hipótesis, el acreedor no ha opuesto dificultad para tal pago, por lo que no sería equitativo condonarle en costas. El artículo 1620 expresamente indica que las expensas de toda oferta y consignación válidas serán de cargo del acreedor; de aquí se deduce que, si el deudor ofreció algo incompleto, o en lugar incorrecto, o a quien no podía válidamente recibir, será el deudor quien tenga la carga de esas expensas, ya que no habría una oferta o consignación válida.

Si por el contrario, el acreedor **no comparece** o se presenta ante el juzgado para **rechazar** la oferta de pago, entonces, se entra en la segunda etapa: la consignación propiamente dicha. El juez ordenará el depósito de la cosa ofrecida "en persona segura y de responsabilidad, y se seguirá el trámite determinado en el

Código de Procedimiento Civil". Se trata, pues de un depósito judicial. Si consiste en dinero, el depósito será en un banco ordenado por el juez, o en las arcas del Estado. En otros casos, hay propiamente lugar al nombramiento de un depositario judicial.

Los **efectos** de la consignación válida son evidentes y se especifican en el artículo 1621: se libera al deudor de su obligación, y hace cesar los intereses y el peligro de la cosa "desde el día de la consignación". Por tanto, si ha habido resistencia de recibir y ha sido necesario litigar sobre la validez de lo ofrecido y consignado, la sentencia ejecutoriada que dé la razón al deudor será la que produzca esos efectos, pero con retroactividad, aplicados al momento de la consignación. Nótese que es el "momento de la consignación", no el de la mera oferta.

Hasta el momento en que el acreedor acepte o que el juez sentencie -y se ejecutoría la sentencia-, que la consignación es válida, el deudor puede **retirar lo ofrecido** o consignado: no es hasta ese momento más que un proyecto de pago. Y si tal evento sucede -si retira su oferta-, el deudor puede incurrir en mora, y el acreedor hará valer sus derechos: escogerá entre exigir el cumplimiento con intereses e indemnizaciones si hubiere lugar, o pedirá la resolución del contrato por incumplimiento.

Existiendo **codeudores o fiadores**, éstos no quedan libres si no se consuma el pago por consignación, es decir, si no se llega a la aceptación voluntaria del acreedor, o a la sentencia ejecutoriada que reconozca extinguido su derecho.

El código prevé la posibilidad de que aún después de consumado el pago por consignación (por aceptación del acreedor o por sentencia ejecutoriada), puedan las partes **arrepentirse y retire** el deudor la cosa ofrecida y consignada. Pero en este raro caso, se tratará de una novación: la anterior obligación ya se extinguío, y surge otra nueva, entre las mismas partes; esta nueva obligación no tendrá ni los privilegios o preferencias de la antigua, ni obligará a los codeudores o fiadores, que quedaron ya liberados. Si la primitiva obligación estaba garantizada por hipoteca y las partes convienen en la novación, con reserva de la hipoteca, ésta tendrá que inscribirse nuevamente, y su fecha será la de la inscripción, para los efectos de prelación de créditos.

"Art. 1614.- [Pago contra voluntad del deudor].- Para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación".

"Art. 1615.- [Definición de consignación].- Consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona".

"Art. 1616.- [Oferta de pago. Requisitos].- La consignación debe ser precedida de oferta; y para que ésta sea válida, reunirá las circunstancias que siguen:

1. Que sea hecha por una persona capaz de pagar;
2. Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a sus legítimos representantes;
3. Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición;
4. Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido; y,
5. Que el deudor ponga en manos del juez una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida".

"Art. 1617.- [Mandamiento de comparecencia. Aceptación de la oferta].- El juez mandará que el acreedor se presente a recibir la cosa ofrecida, dentro del tercer día, a la hora que se le designe.

Si comparece y acepta la oferta, se le entregará la cosa sentándose el acta correspondiente".

"Art. 1618.- [Incomparecencia o posición del acreedor].- Si no comparece, o si se opone por cualquier motivo a la oferta, se hará el depósito en persona segura y de responsabilidad, y se seguirá el trámite determinado en el Código de Procedimiento Civil".

"Art. 1619.- [Ausencia del acreedor].- Si el acreedor está ausente del lugar en que debe hacerse el pago, y no tiene allí legítimo representante, las diligencias respectivas se practicarán con uno de los agentes fiscales, previa información sumaria de la ausencia y falta de representante".

"Art. 1620.- [Expensas de la oferta y consignación].- Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán de cargo del acreedor".

"Art. 1621.- [Efectos de la consignación].- El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses, y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo desde el día de la consignación".

"Art. 1622.- [Retiro de la consignación].- Mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación; y retirada, se mirará como de ningún valor ni efecto, respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores".

"Art. 1623.- [Retiro con nueva obligación].- Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida, podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello. Pero, en este caso, la obligación se mirará como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella; y el acreedor no conservará los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo, y su fecha será la del día de la nueva inscripción".

Parágrafo 8o. Del pago con subrogación

En sentido amplio, subrogar equivale a **reemplazar**, ocupar el lugar de otra persona o cosa. Así, se distingue la subrogación real, de bienes o derechos, y la subrogación personal, que es la que interesa especialmente a este Parágrafo 8º del Título sobre modo de extinguir las obligaciones.

La subrogación **real** adquiere singular importancia en la liquidación de comunidades y sociedades, sobre todo de la sociedad conyugal: las cosas, derechos o acciones de la sociedad o de uno de los cónyuges, pueden haber sido –y frecuentemente lo son–, reemplazadas por otras. También es notable el caso del patrimonio familiar, en que lo que inicialmente se constituyó, puede haber sido reemplazado por otra cosa. Se subroga, muchas veces, una cantidad de dinero por un bien raíz, o viceversa.

En cuanto a la subrogación **personal**, como medio de extinguir las obligaciones, presenta la peculiaridad de que produce un pleno efecto en cuanto al primitivo

acreedor, quien realmente pierde su derecho, pues ya está pagado, mientras tanto que el deudor sigue debiendo, pero ya no al primitivo deudor sino a la persona que le subrogó: hay un cambio de acreedor por esta subrogación personal.

Con la mutación del acreedor y la perduración de la obligación del deudor, la subrogación personal trae consigo la continuación de la existencia o posibilidad de iniciar o continuar las **acciones judiciales** contra el deudor, y permanecen también las características de la deuda, y las correspondientes garantías, privilegios e hipotecas a favor del nuevo acreedor.

Las características de la subrogación personal hacen difícil la definición de su naturaleza jurídica. Se ha tratado de explicarla como una verdadera **cesión de derechos**, pero esta no produciría el pago y la extinción de la deuda. Otros ven en ella una **novación**, que por su parte no dejaría en claro cómo perduran los privilegios y garantías de la primitiva obligación realmente extinguida con el pago de un tercero. O bien, se distingue el caso de la subrogación legal y el de la voluntaria para explicar su naturaleza de diversa forma. También se ha planteado la solución de un verdadero pago, con la **ficción** de la continuación de las garantías. Probablemente la mejor explicación consiste en aceptar que estas figura *sui generis* deba mirarse como **mixta** y productiva de diversos efectos en cuanto al acreedor y en cuanto al demandado: respecto del primero, es verdadero pago y extingue el crédito y la correspondiente obligación del deudor hacia el acreedor, pero con relación al deudor, éste sigue obligado a cumplir aquello a que se obligó, si bien las acciones para exigirle esto serán ejercidas por el que realizó el pago, que se sustituye al anterior acreedor.

Nuestro Código, como afirma Claro Solar, define adecuadamente la subrogación como un verdadero medio de extinguir las obligaciones, pero a la vez, se refiere a los efectos especiales determinados por la ley o establecidos por una válida convención, puesto que es un pago "con subrogación", un pago al que algo se añade, y de mucha importancia: la conservación de las características de la deuda que el deudor sigue teniendo, y las garantías, privilegios y acciones anteriores, que pasan al nuevo acreedor.

La subrogación personal puede estar dispuesta por la **misma ley** y produce sus efectos *ipso iure* siempre que se den los presupuestos previstos en el derecho. Además de esta subrogación legal, se puede pactar la **subrogación voluntaria**, y esto se admite entre el acreedor original y el que ha pagado la deuda, o bien entre éste y el deudor.

El código admite ampliamente el pago de una obligación por parte de quien no está obligado, porque, es muy libre de disponer de sus bienes y puede hacerlo incluso por mera liberalidad, o bien por un interés moral, de crédito, prestigio o bien de alguna utilidad lícita. Solamente se excluye un pago de mala fe, inspirado en la intención de aprovecharse en perjuicio de otro, modo de causar algún perjuicio por cualquier consideración.

El pago por el deudor, que produce la subrogación real, ha de ser hecho con la **intención** de "pagar por el deudor". Muy distinto es el caso del pago por error: creyéndose deudor, sin serlo, entonces no se está "pagando por el deudor", sino pagando por uno mismo, pensando equivocadamente que se puede tal deuda, y, naturalmente nadie se sustituye a sí mismo. Lo que cabe en estos supuestos es pedir el reembolso de lo pagado indebidamente; y el acreedor que recibió lo que no podía cobrar al tercero que paga, deberá devolverle.

Ahora bien, si la deuda se ha extinguido, o si se ha hecho imposible el cobro del reembolso (por ejemplo porque ya se destruyeron los títulos, que parecían inservibles), entonces el deudor obtendría un enriquecimiento ilícito, por lo que quien pagó por equivocación tendrá acción contra el deudor o podrá exigirle que le ceda su acción para pedir la devolución al acreedor que fue pagado por equivocación.

El pago por un tercero, que se subroga al acreedor, es posible también, porque la ley reconoce que cualquiera puede cumplir una obligación ajena, puesto que lo mismo le da al acreedor recibir de uno o de otro lo que se le debe. Pero esto tiene unas limitaciones muy razonables. En primer lugar, no se aplica a los pagos que consistan en **obras o servicios** que se han estatuido en consideración a la persona que las va a realizar, y sobre todo, teniendo en cuenta sus cualidades, habilidades, prestigio, experiencia, etc. Es lo que se dice "*intuitu personae*", con vistas a la persona que deberá cumplir la obligación. Así no es lo mismo que pinte un retrato un artista extraordinario o un aficionado, o que defienda un juicio un abogado recién graduado o un doctor con larga experiencia: no puede cumplir cualquier persona la obligación, sino solamente aquel que adquirió el vínculo. Desde luego, el acreedor puede admitir, libremente, que otro cumpla la obligación, pero no está constreñido recibir el pago de cualquiera: es su derecho y puede renunciarlo, pero no se le exigirá que lo haga.

Naturalmente, que si es otra persona distinta del deudor, la que cubre la deuda, deberá hacerlo en su integridad y con todas las características de la obligación

vigente. No se puede cambiar el contenido del pago por la iniciativa del tercero que paga; éste tiene que cumplir con las características de la cosa, sus cualidades y cantidad, la modalidad de la entrega, el tiempo y el lugar de ella. Si hubiera alguna variación, tendrá que ser en virtud de la plena aceptación del acreedor, ya que solamente él puede hacer tales concesiones, y así como podía hacerlas al deudor inicial, puede hacerlas al que le paga en lugar de aquél.

La intervención de un tercero que paga por el deudor presenta, en las actuales circunstancias del mundo, una novedosa dificultad: la suscitada por el auge del tráfico de drogas con el consiguiente enriquecimiento delictivo de personas que tratan de "lavar el dinero" mal adquirido. Si uno de estos criminales pretendiera entregar dinero proveniente de esas actividades contrarias a la moral y al derecho, y le constare al acreedor, pienso que razonablemente se opondría a recibir un pago, que además le involucraría en un delito que se persigue con el empeño que merece ser perseguido. No hay una disposición específica a este respecto, pero, considero que se incluye en el pago hecho de mala fe; aquí el perjuicio sería para la sociedad entera y de modo singular, para el acreedor.

El pago por un tercero, puede estar inspirado en diversas consideraciones y dar lugar a varias situaciones. Estos terceros pueden ser personas de alguna manera interesadas en la cancelación de la obligación, o un extraño totalmente al vínculo entre acreedor y deudor originarios.

Son **interesados** en la terminación de la obligación, los codeudores, los fiadores o los poseedores de la finca hipotecada que garantiza la deuda.

A favor de todas estas personas la ley reconoce el derecho de subrogación: si ellos pagan, se sustituyen en el lugar jurídico del acreedor satisfecho, y en vez de éste, serán ellos los que podrán cobrar al deudor la totalidad o la parte de la deuda que le corresponda pagar.

Si un **codeudor solidario** pagó toda la deuda, puede repetir contra sus codeudores la alícuota que a ellos les correspondía y que se presume que era por partes iguales, mientras no se demuestre otra cosa. Si uno de los codeudores cayó en insolvencia, su cuota pesará sobre todos. El que pagó la totalidad podrá pues exigir que los demás le cubran la parte proporcional. En cambio, si el negocio se hizo en beneficio o interés exclusivo de uno de los codeudores, solamente éste será quien asuma el reembolso al que pagó por todos; y, obviamente, si el codeudor que pagó era el único interesado, nada podrá reclamar a los demás. Por

ejemplo, varias personas contrajeron una deuda solidaria con la que se compró un inmueble para propiedad exclusiva de uno de ellos: solamente el que obtuvo la propiedad deberá pagar la deuda, y si la pagó, nada puede exigir a los otros codeudores; si pagó uno que no obtuvo ningún beneficio, podrá reclamar el reembolso al que recibió la propiedad. Pero en todos estos casos, no se trata de simple reembolso, sino de ejercer contra los otros obligados, las mismas acciones que habría podido ejercitar el acreedor, pues pueden ocupar el lugar jurídico de éste.

En el caso de la **hipoteca**, la persona que adquiere la finca con este gravamen, tiene especial interés de liberarla, por ejemplo, para obtener otro crédito hipotecario, o para enajenarla, etc., entonces, al pagar él una deuda que correspondía a otro, se subroga legalmente en los derechos del acreedor para exigir el pago al verdadero deudor. Esto se da especialmente en dos casos: cuando alguien compra un bien raíz que ya estaba hipotecado, o bien, cuando alguien hipoteca su propio inmueble para la garantizar la obligación de otro; en ambas circunstancias el poseedor de la cosa hipotecada tendrá además de la acción real hipotecaria, todas las acciones propias del acreedor. El orden de prelación de los créditos no se altera por la subrogación, y no se hará ni más grave ni menos onerosa la obligación del deudor: solamente sucede que deberá cumplir pagando a distinto acreedor.

Esto excluye la posibilidad de que se perjudique al deudor, privándole de medios legítimos de defensa: él podrá oponer las **mismas excepciones** que habría opuesto al acreedor primitivo.

Además de los interesados, puede pagar una deuda ajena "cualquier persona", pero ha de constar, que realmente **exista una deuda** y que sea obligación de otro, del deudor, y no una falsa deuda o una del que hace el pago (que originaría pago no debido, reembolsable).

El **acreedor no puede oponerse al pago**, sino por las razones ya indicadas: por no cumplir las condiciones precisas previstas en el contrato, por ser de mala fe, o por tratarse de una obligación de hacer, en consideración de las aptitudes o cualidades del que se comprometió a realizar la obra o ejecutar el trabajo objeto de la convención.

El pago hecho por el tercero **extingue** la obligación, es verdadero pago. Por tanto, recibido este pago, el acreedor ya no puede demandar al deudor, y, si tenía la

alternativa de pedir otra cosa o de demandar la resolución del contrato, ya no podrá hacerlo, puesto que ha sido satisfecho, y esto causa la extinción de la obligación, en cuanto a él se refiere. Sin embargo, sus derechos y acciones, pasan al tercero que se subrogó al pagar por el deudor y para éste continúa la obligación de satisfacer totalmente lo debido: deberá pagar, ya no al primitivo acreedor, sino al subrogante, al que pagó.

El tercero puede hallarse en **diversas circunstancias**, con relación al deudor: 1. Actúa con el consentimiento expreso o tácito del deudor, y entonces es un **mandatario** y sus relaciones son las propias de dicho contrato. 2. Paga ignorándolo el deudor: entonces habrá una **agencia oficiosa**, que solamente origina el derecho al reembolso por parte del deudor, sin subrogación. 3. Si el que paga, lo hace contra la voluntad del deudor manifestada antes de dicho pago, entonces el que se inmiscuye así en el negocio ajeno, no tiene derecho **ni siquiera al reembolso**: la ley protege en estas circunstancias la libre voluntad del deudor más que el interés del acreedor a un inmediato pago. Sin embargo, si se probare la utilidad del pago ya realizado, es decir, que el deudor se ha beneficiado, se ha enriquecido, no sería equitativo que fuera en perjuicio de quien le ha liberado y tendría que indemnizar al pagador, si consigue que el acreedor le **ceda su acción** contra el deudor. Se trata de una cesión voluntaria de la acción del acreedor primitivo. No es un derecho del entrometido, sino un favor que le hace el acreedor, movido por un sentido de equidad, y la ley confirma este procedimiento. Si el que pagó no obtuviere esa cesión, perdería su dinero, y lo perdería por su culpa, puesto que no tenía derecho de actuar contra la voluntad del deudor.

El tercero que actuó de buena fe y que ha hecho un "pago útil", que realmente beneficia al deudor, podría intentar la acción como agente oficioso para el reembolso, ya que no es razonable que el deudor obtenga un enriquecimiento injusto. Pero esta buena fe, supone que no se cause con el pago contra la voluntad del deudor, ningún perjuicio, como sucedería si el pago es extemporáneo, anterior al vencimiento de la obligación, con la consecuencia de que se estaría produciendo una renuncia del derecho ajeno (el derecho al plazo concedido al deudor), siendo así que se pueden renunciar los derechos propios, pero no los de otra persona. Similar situación se daría si existía una condición suspensiva que aún no se ha verificado, o si la obligación no era pura, neta y sin contraprestación. Obviamente, si el acreedor a su vez tenía que cumplir algo al deudor, la intervención del tercero cancelando por el deudor, le privaría a éste de esa ventaja, y si expresamente se opuso el deudor al pago del tercero, nada le deberá al que en lugar de aventarle, le ha hecho perder algo de lo suyo.

La subrogación voluntaria se verifica por una **convención** entre el acreedor y la persona que pagará en reemplazo del deudor: el acreedor le cede voluntariamente su crédito, con todas las características, garantías y acciones. El deudor no interviene en este acto jurídico, ni se altera su situación de deudor: la extensión de la deuda, el tiempo, lugar y modo de satisfacerla, ni las acciones con que se le pueda exigir el pago. Esta subrogación se rige por las reglas de la cesión de derechos: debe ser notificada al deudor, para que, entre otras cosas, ya no pague al primitivo acreedor, con riesgo de tener que pagar dos veces.

Naturalmente, esta subrogación voluntaria solamente puede efectuarse cuando no se produce la subrogación por el simple ministerio de la ley. Un mismo efecto jurídico no puede depender jurídicamente de dos causas diferentes. La subrogación voluntaria, debe ser expresa, no simplemente tácita, pero no se requiere el empleo de palabras fijas, sino de cualquier expresión que manifieste claramente la intención de las partes. Además, el derecho ordena que debe constar **en la carta de pago**: hemos de entender que se refiere a cualquier documento en que conste el cumplimiento del pago: recibo, factura cancelada, etc.

No cabe una subrogación voluntaria por la sola convención entre el deudor y el tercero: se requeriría la intervención o la aceptación del acreedor, y esto sería más bien una cesión de la deuda, aceptada voluntariamente por el acreedor.

Los efectos de la subrogación, que ya quedan expuestos, no son diferentes en el caso de la subrogación legal y en la voluntaria; son los mismos. Queda por advertirse que, aunque el subrogado ocupa la posición jurídica del anterior acreedor, hay **una limitación** en cuanto a lo que él podrá exigir al deudor. No podrá cobrarle más de lo que él pagó; el cobrar toda la deuda, significaría convertir la subrogación en una mera cesión de derechos, que permite el enriquecimiento del cessionario (quien corre una cierta alea, el riesgo de sufrir también una pérdida). En la subrogación el beneficio de una rebaja que haga el acreedor, ha de beneficiar al deudor, no al subrogante.

"Art. 1624.- [Definición].- Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

"Art. 1625.- [Fuentes de la subrogación].- Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de convención con el acreedor".

"Art. 1626.- [Subrogación legal].- Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio:

1. Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca;
2. Del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado;
3. Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;
4. Del heredero o beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia;
5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor; y,
6. Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública del préstamo, y constando, además, en la escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.

"Art. 1627.- [Subrogación convencional].- Se efectúa la subrogación en virtud de convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago".

"Art. 1628.- [Efectos de la subrogación].- La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le quede debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito".

"Art. 1629.- [Calidad de los préstamos para el pago de una deuda].- Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá

preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones".

Parágrafo 9o.

Del pago por cesión de bienes, o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores

Las obligaciones personales están destinadas a cumplirse: para esto se contraen, y el desarrollo normal del derecho implica la ejecución voluntaria de los vínculos que se han contraído. Es un principio fundamental del Derecho natural el de que los pactos deben cumplirse -pacta sunt Servanda-. Pero sucede que, a veces no se realiza este ideal y entonces el derecho proporciona varios instrumentos para lograr el objetivo de justicia, aún contra la oposición del deudor. El Estado garantiza, mediante el ejercicio de su potestad coactiva, coercitiva, la ejecución de las obligaciones.

Entre esos medios, unos son de naturaleza todavía voluntaria; como los convenios entre deudor y acreedor, para conceder mayor plazos, descargar en algo el peso de la obligación -las llamadas "quitas" o rebajas-. Otros, ponen al servicio del mismo deudor, expedientes jurídicos que le facilitan el cumplimiento de sus deberes, y, finalmente, otros, son compulsivos, ejercen una fuerza ordenada, legal, sobre el deudor para que cumpla, éstos son fundamentalmente los juicios o acciones.

Lo primero consiste, evidentemente, en reconocer cuándo existe y apremia una obligación, y saber exactamente cuál es su contenido. Si el deudor niega estar vinculado o no reconoce todo el derecho que le asiste al acreedor, se requiere previamente esclarecer este asunto y para ello se recurre a un **juicio declarativo del derecho**, en el que mediante las pruebas presentadas por las partes, se llegará a determinar cuál es la obligación. Estos juicios, normalmente se tramitan con el rito judicial ordinario, aunque pueden abreviarse en los procedimientos sumarios o verbales sumarios. La declaración del derecho se realiza generalmente en el mismo ámbito civil, pero también puede efectuarse en el juicio penal, en procedimientos de carácter penal, o en trámites administrativos o de nivel constitucional. En todo caso, establecido el derecho, el vencedor en la litis, tendrá a su favor una sentencia que, al estar ejecutoriada -firme, pasada en autoridad de cosa juzgada-, ya no admite discusión y puede exigirse su cumplimiento.

El derecho puede también constar en **títulos ejecutivos**, como son las escrituras públicas y otros documentos públicos o bien privados en ciertos casos, como los pagarés a la orden, las letras de cambio, contratos reconocidos judicialmente, etc.

Si hay un derecho debidamente declarado, y un título ejecutivo, como los ya mencionados –sentencias, escrituras, etc.-, sirven de base para seguir un **procedimiento ejecutivo**, es decir, para mover al juez a ordenar medidas de ejecución: de efectiva realización de lo que tiene que cumplir el deudor.

Estos juicios ejecutivos pueden ser singulares o de índole colectivo: los que permiten que a la vez intervengan varios acreedores para exigir conjuntamente sus créditos respecto de un mismo deudor. Los juicios colectivos son principalmente los de **liquidación de patrimonios** -como la liquidación de la sociedad conyugal, de una compañía, o de una herencia-, o bien, de liquidación de los activos –bienes, derechos y acciones-, de una persona con la finalidad de contar con los elementos –generalmente dinero-, para cubrir las obligaciones del deudor.

La ejecución se dirige también a la **realización directa** del contenido de la obligación, lo cual es lo normal en las obligaciones de hacer. O bien, en compensar el daño o perjuicio causado por la inejecución de lo que se debía realizar o por la acción que no se debía hacer. Así es como el juez ordena a veces la entrega material de un cuerpo cierto que es secuestrado, entregado a un depositario y entregado a quien tenga derecho de recibirlo; o como cuando ordena el magistrado el derrocamiento de una obra nueva que no debía construirse, etc. Resultará necesario, en ciertos casos, que el mismo juez actúe, o que un agente de la justicia actúe en nombre del juez para la realización de algún acto jurídico o material, como la firma de una escritura pública que se niega a firmar el obligado a hacerlo, o poner seguridades en una propiedad determinada, etc.

Pero el más típico juicio ejecutivo consiste en proceder al **embargo de bienes** del deudor, para llegar, si es necesario a su remate o venta en pública subasta, y con el producto de esta venta forzosa, pagar las deudas del comprometido. Se cumple así la realidad de que el patrimonio del deudor garantiza sus obligaciones; que los acreedores pueden ejecutar sus créditos sobre el patrimonio del deudor.

La ejecución singular puede **convertirse en colectiva**, sea porque el mismo deudor, haga **cesión de bienes**, o porque los varios acreedores intervengan en

el juicio ejecutivo en calidad de **terceristas coadyuvantes**, que suman sus pretensiones a las del actor inicial e impulsan el juicio en beneficio de todos, o, también, cuando los mismos actores -uno o varios-, han tomado la iniciativa de un juicio de **concurso de acreedores**. El concurso de acreedores se dirige a satisfacer, en la medida de lo posible los diversos créditos existentes contra un mismo deudor, y se procede en éste, a la liquidación del patrimonio, si no se llega a otros convenios transaccionales con el deudor. Cuando el deudor es un comerciante, el concurso de acreedores asume especiales formalidades -más severas que las civiles-, y entonces se suele llamar juicio de **quiebra**. Todo esto está fundamentalmente regulado por los Códigos de Procedimiento Civil, el de Comercio y algunas leyes especiales, de orden administrativo, financiero, etc.

La **cesión de bienes**, de que trata este Parágrafo IX del Título XIV del Libro IV, se inscribe en el marco de los procedimientos para hacer efectivas las obligaciones personales. Generalmente se ha concebido como un **beneficio** a favor del deudor, y ciertamente lo es, sobre todo si se toma en consideración la evolución del derecho en estos aspectos. Pero considero que también debe ponerse de relieve algo que casi no mencionan los comentaristas: estamos ante un procedimiento que favorece la equidad, el justo cumplimiento a favor de los acreedores, permitiendo establecer **el orden o preferencia** con que deben ser satisfechos.

El cobro compulsivo de las deudas no cumplidas voluntariamente, asumió en la antigüedad caracteres de mucha crueldad. Se solían aplicar penas afflictivas corporales, como azotes, mutilaciones, privación de la libertad y hasta la venta en esclavitud o la muerte. Sin remontarnos a lo que sucedió en muchos pueblos primitivos, en Roma, se admitió la "**addictio**" por la que el acreedor reducía a su deudor a prisión privada, ejercía sobre él una especie de servidumbre y podía llegar al extremo de venderlo como esclavo o darle muerte. Estas inhumanas costumbres se suavizaron paulatinamente y de modo paralelo se desarrolló el procedimiento de coerción real, sobre las cosas, sobre el patrimonio del deudor.

La prisión por deudas de carácter civil, contractuales o similares, ha desaparecido prácticamente en el mundo moderno y solamente se reserva la privación de la libertad como pena que se aplica a los crímenes o delitos, o en casos extremos, para salvaguardar derechos muy importantes de la persona humana, como sucede en el caso de la obligación de dar **alimentos** -que admite medidas ejecutivas personales: detención o prisión del obligado; o cuando, principios de justicia y de orden superior también imponen estas formas de coerción personal, como para recuperar expedientes judiciales sustraídos.

No vamos a ocuparnos aquí de los aspectos procesales, (tratados principalmente en el parágrafo 2º de la Sección 4ª del Título II, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, artículos 516 a 518), aunque haya que hacer referencia a algunos de ellos, sino a lo más esencial de la **cesión de bienes** en sus aspectos propiamente civiles o sustantivos.

La cesión de bienes puede ser privada o judicial. En el primer caso, solamente es una iniciativa del deudor, que busca llegar a acuerdos razonables con sus acreedores; si lo logra, estas transacciones serán obligatorias entre quienes las hayan pactado, y siempre que no afecten a los intereses y derechos de terceros. Solamente los que participen en tales convenios son libres de rebajar, prolongar plazos, dar cualquier clase de facilidades al deudor, o recibir bienes en dación en pago; pero todo esto, o cualquier otro convenio, no afectará en lo más mínimo los derechos de otros acreedores o de terceros que no hayan intervenido.

A diferencia, de la cesión privada, la que se realiza ante el juez, siguiendo las disposiciones procesales que no pueden ser alteradas por voluntad de las partes, conducen a medidas obligatorias para todos los acreedores.

Estas disposiciones de índole judicial, se pueden resumir en lo siguiente:

1. Se confía la **administración** del patrimonio del fallido a un síndico, quien tendrá amplias facultades para lograr, en lo posible la liquidación, celebrando inclusive transacciones, que deberán ser aprobadas por el juez.
2. El insolvente queda en **interdicción** de administrar sus bienes. Puede, sin embargo, ser empleado por el síndico para ayudar o facilitar la administración del patrimonio, que probablemente nadie conoce mejor.
3. El fallido ha de recibir **un auxilio** de carácter alimenticio, para su propia sustentación y la de su familia. Éste será fijado en la junta de acreedores, en proporción razonable a las disponibilidades.
4. El concursado no pierde la **propiedad** de sus bienes, sino que es "desapoderado" de ellos: no puede disponer de ellos, pues quedan destinados –"afectados"- al pago de las deudas.
5. Los bienes, derechos y acciones del que ha hecho cesión de bienes o está sujeto a concurso de acreedores, se **destinan al pago** de sus deudas, mediante

la venta que deberá hacerse en pública subasta, previo avalúo y publicaciones por la prensa.

6. Con el producto de la venta de los referidos bienes, se paga a todos los acreedores, **en proporción** a sus créditos, sea que alcancen los bienes para cubrirlos plenamente, o reduciéndolos a prorrata, si son insuficientes; pero, se respetan los derechos preferentes o hipotecarios, que han de pagarse antes que los de la masa común.

7. Los acreedores **preferentes o hipotecarios** no participan necesariamente en el concurso. Pueden hacerlo, si lo desearán, y, entonces, si participan solamente con voz, conservan sus privilegios e hipotecas, pero pierden la preferencia que les dan éstos, si intervienen con su voto en las decisiones de las juntas de acreedores: se ponen entonces al nivel de los demás y participan como todos, proporcionalmente en la masa común.

8. Los acreedores plenamente satisfechos en sus créditos, dejan ya de ser acreedores, y terminan las correspondientes obligaciones del deudor. Pero, si no se les ha pagado todo, conservan su derecho de **exigir el saldo**, en el caso de que el deudor llegare a adquirir nuevos bienes.

9. El deudor que ha actuado de buena fe, tiene derecho al **beneficio de competencia**, esto es, a que no se le obligue a pagar más de lo que buenamente pueda.

10. El deudor no es privado de su **libertad personal**, por el mero hecho de la insolvencia, quiebra (si es comerciante) o concurso de acreedores, pero sí puede ser condenado a pérdida de su libertad, en caso de quiebra culpable o fraudulenta, si ha cometido otros actos dolosos configurados como delito, y que son calificados por el juez penal.

11. El quebrado, y, con mayor razón el que simplemente hizo cesión de bienes, puede **ser rehabilitado**, al cabo de cinco años o cuando ha habido abandono de la instancia, si ha cumplido sus compromisos.

12. Las **resoluciones de las juntas** de acreedores obligatorias, se toman por votación de por lo menos las dos terceras partes de los acreedores, que representen al menos las tres cuartas partes del monto total de las deudas.

13. En cualquier momento, el que hizo cesión de bienes puede **hacerla terminar** y recuperar la administración de lo suyo, si no ha sido condenado por dolo o fraude, y si paga íntegramente lo que debe.

14. Los **bienes que entran** en el concurso, son todos los que realmente pertenecen al deudor, de ninguna manera, los bienes ajenos, que puedan estar en su poder, como administrador de otras personas, como socio de una compañía, como representante legal de sus hijos menores, etc.

15. No entran en la cesión de bienes ni en el concurso o quiebra los **bienes no embargables**. Estos inembargables, son los que se enumeran en el artículo 1661, pero también hay otros, declarados no embargables, por disposiciones especiales del mismo Código Civil, o bien por otras leyes especiales.

Los límites o **cuantía** de los bienes no embargables, que señala el código, es evidente, que no tienen actualidad y habrá que revisarlos debidamente; en cuanto a obligaciones hacia la administración, disposiciones de leyes especiales amplían notablemente los bienes no embargables: todos los utensilios de trabajo manual (campesinos, artesanos, obreros), todos los libros necesarios para la profesión (no sólo hasta veinte mil sucre), todos los fondos públicos destinados a servicios permanentes, los aportes a cooperativas, mutualistas o mortuorias, etc.

16. La imposibilidad de embargo los bienes enumerados, tiene a su vez **excepciones**: si se sujetan a embargo, en la medida en que es necesario y posible, cuando se trata de pagar con ellos las pensiones alimenticias obligatorias: este derecho indispensable para sustentar la vida de personas necesitadas, adquiere, pues, una preferencia notable y muy justificada. También el pago de costas judiciales puede permitir el embargo de bienes que de suyo no serían embargables.

17. Se presenta este instituto jurídico como "un **beneficio**" (Art. 517 del CPC), de carácter voluntario, a favor fundamentalmente del deudor que "inculpablemente" no está en aptitud de cumplir su obligación o sus obligaciones de carácter civil. El beneficio consiste en no quedar sometido al **apremio personal** (detención, prisión o reclusión), sino solamente al **apremio o ejecución real, sobre sus bienes**. Además, las disposiciones legales están inspiradas en un sentido muy cristiano de moderación, de equidad, que no permite exigir más de lo posible y considera más importante la persona humana que los bienes materiales.

18. Finalmente, como ya he mencionado, estas normas legales favorecen también a los acreedores en cuanto hacen valederos sus derechos hasta donde es posible y procuran que no sean solamente algunos quienes se beneficien, sino guardando una proporcionalidad y un orden debidamente justificados, el de la prelación de sus créditos, respetándose las preferencias debidas a privilegio o hipotecas.

"Art. 1630.- [Definición de cesión de bienes].- La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas".

"Art. 1631.- [Irrenunciabilidad].- La cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa, y el deudor podrá solicitarla, no obstante cualquiera estipulación en contrario".

"Art. 1632.- [Inculpabilidad].- Para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija".

"Art. 1663.- [Obligatoriedad de la cesión. Excepciones].- Los acreedores estarán obligados a aceptar la cesión, excepto en los casos siguientes:

1. Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos, a sabiendas;
2. Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta;
3. Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores;
4. Si ha dilapidado sus bienes; y,
5. Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores".

"Art. 1634.- [Universalidad de la cesión. Bienes inembargables].- La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

1. Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores.

La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que deba el Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas.

Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debidos por ley;

2. El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;

3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de veinte mil sucres, y a elección del mismo deudor;

4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;

7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de la familia durante un mes;

8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los del uso y habitación;

10. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente. Pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieren;

11. El patrimonio familiar; y,

12. Los demás bienes que leyes especiales declaren inembargables".

"Art. 1635.- [Efectos].- La cesión de bienes surte los efectos siguientes:

1. El deudor queda libre de todo apremio personal;
2. Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos; y,
3. Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, el cincuenta por ciento de ellos pasará a la masa común repartible entre los acreedores, y quedará el otro cincuenta por ciento para los gastos personales del deudor y de su familia, administrado directamente por el fallido.

El deudor que se acoge a este beneficio perderá el de competencia, y tampoco podrá pedir alimentos.

La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos".

"Art. 1636 [Arrepentimiento de la cesión mediante pago].- Podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores".

"Art. 1637.- [Convenio con el deudor].- Hecha la cesión de bienes, podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes".

"Art. 1638.- [Obligatoriedad de la mayoría. Acreedores preferentes].- El acuerdo de la mayoría, obtenido en la forma prescrita por el Código de Procedimiento Civil, será obligatorio para todos los acreedores que hayan sido citados en la forma debida.

Pero los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios, no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría, si se hubieren abstenido de votar".

"Art. 1639.- [Efectos personalísimos].- La cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario".

"Art. 1640.- [Pago por acción ejecutiva].- Lo dispuesto acerca de la cesión en los artículos 1634 y siguientes, se aplica al embargo de los bienes por acción ejecutiva del acreedor o acreedores; pero en cuanto a la exención de apremio personal se estará a lo prevenido en la ley".

Parágrafo 10o. Del pago con beneficio de competencia

Termina el Título XIV, sobre el pago como medio de extinguir las obligaciones, con el Parágrafo 10º que trata del beneficio de competencia. Éste es, efectivamente, un ventaja, excepcional, que se concede a deudores de buena fe y que se hallen especialmente vinculados con el acreedor, por relaciones de matrimonio, parentesco o gratitud.

Es un beneficio, porque permite **aplazar el cumplimiento total** de las obligaciones para el momento en que esto sea posible. No se ha de extremar el rigor en la exigencia de la fidelidad a lo prometido, y la equidad impera que se den facilidades al que de buena fe, sin culpa suya, no puede momentáneamente satisfacer sus obligaciones. No es una condonación o perdón de la deuda, sino, el conformarse con recibir del deudor "lo que buenamente puede", hasta que, si llega a mejorar su situación económica, cubra la totalidad de lo debido.

Las dos condiciones esenciales para conceder este beneficio son: la **buenas fe**, la **inculpabilidad del deudor**, y la existencia de relaciones especiales con el acreedor.

De ninguna manera se podría favorecer al deudor de mala fe, al que ocultó sus bienes, o al que llegó a una situación de insolvencia por su propia culpa o dolo, por negocios aventurados, disipación, gastos inmoderados, etc. Se ha de probar que la persona desventurada que llega a una situación de insolvencia, haya sufrido accidentes, enfermedades, malos resultados en negocios razonables, o simplemente, la situación general que suele golpear más a los más débiles.

El que inculpablemente no puede pagar todo lo que debe es el **sujeto** de este beneficio, pero solamente respecto de ciertas personas a quienes obligan también consideraciones de orden moral: son las más íntimas o las más obligadas a la ayuda solidaria: cónyuge, padres, hijos, ascendientes y descendientes, hermanos y socios, además de los benefactores que hayan hecho una donación cuantiosa.

Los **beneficiarios** son, pues, las mismas personas que deben alimentos. En realidad el derecho de alimentos y el beneficio de competencia tienen una gran analogía: ambos institutos tienden a remediar situaciones de indigencia y se inspiran más en la caridad que en la justicia estricta.

Algunos autores consideran que no es necesario el beneficio de competencia, porque ya está para remedio de estos males, el derecho de alimentos; pero no se han de confundir, aunque sean afines. Lo que sí establece la ley es que o bien se acoge el deudor al beneficio de competencia, o al de alimentos, pero no exigirá los dos a la vez.

Para hacer eficaz el beneficio no se requiere una acción, basta que el deudor lo oponga como **excepción** ante la acción del acreedor que pretende cobrarle toda la deuda.

Tampoco se requiere que el deudor haya hecho cesión de bienes; basta que se halle en la situación de no tener **bienes suficientes** para poder pagar íntegramente, o que, si paga en su totalidad, quede en tal pobreza que tendría que vivir menesterosamente.

No basta tampoco la protección que implica el que la ley declare inembargables ciertos bienes. Es independiente de esta otra protección al deudor, el que se le confiera el beneficio de pagar lo que buenamente pueda.

La ley no fija unos términos rigurosos, una proporción o cantidad determinada, sino que deja a la **equidad**, que ha de declarar el juez, la cuantía de la rebaja momentánea, es decir, el monto correlativo de los bienes que puede conservar el beneficiario para mantener su propia vida y la de su familia. Una vez restablecida la situación, si esto se produce, el deudor deberá completar sus pagos y satisfacer plenamente a los acreedores; pero, en cambio, no está obligado a devolver las ayudas que haya recibido de ellos.

El beneficio es **personal**: se refiere a las relaciones con las personas que ya hemos enumerado, y a la situación existente en el momento en que se cobra al deudor, sea por juicio ejecutivo, por concurso de acreedores o porque él mismo hizo cesión de sus bienes.

Si, declarado inculpable el deudor, llega a **rehabilitarse** y está en capacidad de pagar el salvo que no alcanzó a cubrir, se ha de seguir teniendo con él la equitativa moderación de no cobrarle más de lo que realmente puede pagar (que le volvería a la máxima indigencia), sino, como dice la ley "lo que buenamente puede".

Este beneficio se concede al deudor civil, pero se ha extendido también al comercial, como aparece en el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil, que hace referencia al fallido.

"Art. 1641.- [Definición].- Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no obligarlos a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución, cuando mejoren de fortuna".

"Art. 1642.- [Personas que gozan del beneficio de competencia].- El acreedor está obligado a conceder este beneficio:

1. A sus descendientes o ascendientes, no habiendo éstos irrogado al acreedor alguna ofensa de las clasificadas entre las causas de desheredación;
2. A su cónyuge;
3. A sus hermanos, con tal que no hayan irrogado al acreedor alguna ofensa igualmente grave, que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;
4. A sus consocios, en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;
5. Al donante, pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida; y,

6. Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo".

"Art. 1643.- [Alimentos y beneficio de competencia].- No se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un tiempo. El deudor elegirá".

TÍTULO XV DE LA NOVACIÓN

"Art. 1644.- [Definición].- Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida".

La novación entre el deudor y uno de los acreedores solidarios extingue la deuda con respecto a los otros acreedores solidarios salvo que uno de estos acreedores solidarios haya demandado ya al deudor: Art. 1529 Inc. 2.

La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores solidarios, salvo que éstos acepten la nueva obligación: Art. 1535.

Las obligaciones se extinguieren, en todo o en parte por la novación: Art. 1583.

Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida, podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello. Pero, en este caso, la obligación se mirará como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella; y el acreedor no conservará los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renuevan esas hipotecas, se inscribirán de nuevo, y su fecha será la del día de la nueva inscripción: Art. 1623.

"Art. 1645.- [Capacidad para mover. Facultades del mandatario].- El procurador o mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente, o del negocio a que pertenece la deuda".

La prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos constituye una incapacidad particular: Art. 1463 inc. 4.

Lo que el representante legal o el mandatario ejecuta a nombre de su representado o mandante surte respecto de éste los mismos efectos que si hubiese contratado él mismo: Art. 1464.

El mandato es un contrato por el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de aquél: Art. 2020.

El mandato general comprende todos los negocios del mandante. El mandato especial comprende uno o más negocios especialmente determinados: Art. 2034 Inc. 1.

El mandato general permite efectuar actos de administración (entre ellos pagar las deudas y cobrar los créditos pertenecientes al giro administrativo ordinario del mandante). Para todos los actos que salgan de esos límites, se necesita de mandato especial: Art. 2036 ultimo Inc.

Un mandatario facultado para obrar "del modo más conveniente" no está autorizado para ejecutar actos que exijan poderes especiales: Art. 2037 Inc. 1.

"Art. 1646.- [Requisito de validez].- Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente".

Para que no pueda pedirse la restitución de lo pagado en virtud de una obligación natural, es necesario que quien pagó haya actuado voluntariamente y teniendo la libre administración de sus bienes: Art. 1486 Inc. 2.

"Art. 1647.- [Modos de efectuarse la novación].- La novación puede efectuarse de tres modos:

Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor;"

Contrayendo el deudor nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole, en consecuencia, libre de la obligación primitiva el primer acreedor; y,

Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que, en consecuencia, queda libre".

Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

Una vez irrevocablemente extinguida una obligación, puede retirarse la consignación si el acreedor consiente en ello. Pero, en este caso, la obligación se mira como nueva; los codeudores y fiadores permanecen exentos de ella; y el acreedor no conserva los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renuevan las hipotecas precedentes, se deben inscribir de nuevo, y su fecha es la del día de la nueva inscripción: Art. 1623.

Cualquiera persona puede pagar a nombre del deudor, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún contra la voluntad del acreedor: Art. 1588 Inc. 1.

La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según se deduzca del tenor o espíritu del acto: Art. 1651.

"Art. 1648.- [Novación, diputación y subrogación].- Si el deudor no hace más que diputar una persona que haya de pagar por él, o el acreedor una persona que haya de percibir por él, no hay novación".

Cualquiera persona puede pagar a nombre del deudor, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún contra la voluntad del acreedor: Art. 1588 Inc. 1.

Para que el pago sea válido, debe hacerse, o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aún a título singular) o a la persona que la ley o el juez autoriza a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro: Art. 1592 Inc. 1.

La diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor: Art. 1596.

Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga: Art. 1624.

La subrogación se efectúa por una convención entre el acreedor y un tercero. El tercero paga la deuda y el acreedor le subroga voluntariamente en todos sus

derechos y acciones de acreedor. La subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago: Art. 1627.

"Art. 1649.- [Impedimento de novar por haber condición suspensiva].- Si la antigua obligación es pura, y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva, y la nueva es pura, no hay novación, mientras está pendiente la condición; y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación.

Con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes".

Es obligación condicional la que depende de una condición, es decir de un hecho futuro e incierto: Art. 1489.

La condición positiva debe ser físicamente posible (no lo es cuando es contraria a las leyes de la naturaleza física) y debe ser moralmente posible (no lo es cuando consiste en un hecho prohibido por las leyes, las buenas costumbres o el orden público). Las condiciones concebidas en términos ininteligibles se consideran imposibles: Art. 1491.

La condición es suspensiva cuando suspende la adquisición de un derecho mientras no se cumpla: Art. 1495.

Si la condición suspensiva eso se hace imposible, se tiene por fallida: Art. 1496 Inc. 1.

Mientras no se verifique totalmente la condición, no se puede exigir el cumplimiento de la obligación condicional. Mientras la condición esté pendiente puede pedirse la devolución de todo lo pagado en virtud de tal obligación condicional: Art. 1501.

El acreedor puede aceptar la nueva obligación con la condición de que accedan a ella los codeudores solidarios o subsidiarios. Si éstos no acceden, la novación se tiene por no hecha: Art. 1667.

"Art. 1650.- [Intención de novar].- Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como co-existentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera".

Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras: Art. 1576.

Caución es una obligación que se contrae para garantizar el cumplimiento de otra obligación (propia o ajena). Por ejemplo la fianza, la prenda y la hipoteca: Art. 31.

Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que queda extinguida: Art. 1644.

Cuando la segunda obligación consiste en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios quedan obligados hasta donde ambas obligaciones convienen: Art. 1662.

La nueva obligación puede limitarse a imponer una pena para el incumplimiento de la primera. En tal caso, si el acreedor puede exigir tanto la primera obligación como la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsisten hasta el valor de la deuda principal sin la pena. En cambio, si el acreedor sólo puede exigir la pena, se entenderá hecha la novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán extinguídos desde ese momento los privilegios, prendas e hipotecas, de la obligación primitiva, y quedarán exonerados los deudores solidarios o subsidiarios de la obligación primitiva que no accedieron a la estipulación penal: Art. 1663.

Constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero: Art. 2169.

Los créditos de la primera, segunda y cuarta clase gozan de privilegio: Art. 2373.

"Art. 1651.- [Novación por cambio de deudor].- La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según se deduzca del tenor o espíritu del acto".

Son obligaciones solidarias aquellas en las que puede exigirse el total de la deuda a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores. Surgen de la convención, del testamento o de la ley. La solidaridad que no esté establecida por ley debe ser expresamente declarada: Art. 1527 Inc. 2 y 3.

Cualquier persona puede pagar a nombre del deudor, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer y si se ha contraído considerando la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarla otra persona contra la voluntad del acreedor: Art. 1588.

La novación puede efectuarse sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que queda libre, aún sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero: Art. 1647 Num. 3.

"Art. 1652 .- [Necesidad del consentimiento del delegado].- Si el delegado es sustituido contra su voluntad al delegante, no hay novación, sino solamente cesión de acciones del delegado a su acreedor; y los efectos de este acto se sujetan a las reglas de la cesión de acciones".

Hay subrogación en virtud de convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como acreedor. Esta subrogación, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago: Art. 1627.

La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tiene efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título: Art. 1841.

La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no sea notificada por el cesionario al deudor, o mientras no sea aceptada por éste: Art. 1842.

"Art. 1653.- [Insolvencia posterior del delegado].- El acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior, y pública o conocida por el deudor primitivo".

"Art. 1654.- [Delegado con falsa deuda].- El que, delegado por alguno de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la falsa deuda, está obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante, para que pague por él, o le reembolse lo pagado".

La subrogación por el ministerio de la ley se da aún contra la voluntad del acreedor en todos los casos señalados por las leyes. Se da especialmente a beneficio del que paga una deuda ajena con el consentimiento expreso o tácito del deudor: Art. 1626 Num. 5.

Quien por error paga una deuda ajena, no puede repetir contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Pero puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor: Art. 2195 Inc. 2.

"Art. 1655.- [Delegante con falsa deuda].- El que fue delegado por alguno que se creía deudor y no lo era, no está obligado al acreedor; y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante, para la restitución de lo indebidamente pagado".

La subrogación por el ministerio de la ley se da aún contra la voluntad del acreedor en todos los casos señalados por las leyes. Se da especialmente a beneficio del que paga una deuda ajena con el consentimiento expreso o tácito del deudor: Art. 1626 Num. 5.

Quien paga por error una deuda ajena, no puede repetir contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Pero puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor: Art. 2195 Inc. 2.

"Art. 1656.- [Efectos de la novación: extinción de intereses].- De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario".

"Art. 1657.- [Extinción de privilegios].- Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguieren por la novación".

Si la obligación se extingue de modo irrevocable puede retirarse la consignación si el acreedor consiente en ello. Pero, en este caso, la obligación se mira como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecen exentos de ella; y el acreedor no conserva los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renuevan las hipotecas precedentes, se inscriben de nuevo, y su fecha es la del día de la nueva inscripción: Art. 1623.

La novación puede efectuarse sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que queda libre. Esta novación puede darse sin el consentimiento del primer deudor. Si se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero: Art. 1647 Num. 3.

Sólo el privilegio y la hipoteca son causas de preferencia. Estas causas son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a quienes los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera: Art. 2372.

Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase: Art. 2373.

"Art. 1658.- [Reserva de prendas e hipotecas].- Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva.

Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale, cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación.

Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses".

Si la obligación se extingue de modo irrevocable puede retirarse la consignación si el acreedor consiente en ello. Pero, en este caso, la obligación se mira como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecen exentos de ella; y el acreedor no conserva los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renuevan las hipotecas precedentes, se inscriben de nuevo, y su fecha es la del día de la nueva inscripción: Art. 1623.

La novación puede efectuarse sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que queda libre. Esta novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Si se da con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero: Art. 1647 Num. 3.

La ampliación del plazo de una deuda no es novación; pero exime de responsabilidad a los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre bienes que no son del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas prendadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación: Art. 1665.

El contrato de prenda se perfecciona por la entrega de una cosa mueble a un acreedor, para seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda sobre inmuebles, que no por ello dejan de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

La hipoteca se extingue por extinción de la obligación principal; por resolución del derecho del que la constituyó; por el cumplimiento de la condición resolutoria; por la llegada del día hasta el cual fue constituida; o por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de la que se tomará razón al margen de la inscripción respectiva: Art. 2336.

Por el contrato de prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale, cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación.

Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses".

"Art. 1659.- [Limitaciones de la reserva].- Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aún con su consentimiento.

Y si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguieren, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación".

Son simplemente conjuntas las obligaciones de una cosa divisible contraídas por muchas personas o para con muchas personas. En ellas cada deudor debe sólo su parte o cuota en la deuda; y cada acreedor sólo tiene derecho a su parte o cuota en el crédito. Son solidarias las obligaciones surgidas de la convención, el testamento o la ley en las que puede exigirse el total de la deuda a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores. La solidaridad no establecida por ley debe ser expresamente declarada: Art. 1527.

La novación entre el acreedor y cualquiera de los deudores solidarios, libera a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida: Art. 1535.

La novación puede efectuarse sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que, en consecuencia, queda libre. Esta especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero: Art. 1647 Num. 3.

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

"Art. 1660.- [Renovación de prendas e hipotecas].- En los casos y cuantías en que no puede tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación".

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

La hipoteca debe ser inscrita en el registro de hipotecas y gravámenes. Sin este requisito, no tiene valor. No se cuenta su fecha sino desde la inscripción: Art. 2312.

"Art. 1661.- [Liberación de codeudores].- La novación libera a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella".

El deudor puede pagar al acreedor solidario que elija, salvo que haya sido demandado por uno de ellos; pues entonces debe pagar al demandante. La condonación de la deuda, la compensación o la novación entre el deudor y cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los demás, de la misma manera que el pago; salvo que uno de ellos haya demandado ya al deudor: Art. 1529 Inc. 2.

La novación entre el acreedor y cualquiera de los deudores solidarios, libera a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida: Art. 1535.

La transacción sólo surte efecto entre los contratantes. Si los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige son muchos, la transacción aceptada por uno no perjudica ni aprovecha a los demás; salvo los efectos de la novación en obligaciones solidarias: Art. 2363.

"Art. 1662.- [Modificaciones no novatorias].- Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta aquello en que ambas obligaciones convienen".

En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley: Art. 1527.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera: Art. 1650 Inc. 2.

"Art. 1663.- [Novación y cláusula penal].- Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta el valor de la deuda principal, sin la pena. Más si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige solo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas, de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal".

Son simplemente conjuntas las obligaciones de una cosa divisible contraídas por muchas personas o para con muchas personas. En ellas cada deudor debe sólo su parte o cuota en la deuda; y cada acreedor sólo tiene derecho a su parte o cuota en el crédito. Son solidarias las obligaciones surgidas de la convención, el testamento o la ley en las que puede exigirse el total de la deuda a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores. La solidaridad no establecida por ley debe ser expresamente declarada: Art. 1527.

Por la cláusula penal el deudor garantiza el cumplimiento de la obligación sujetándose a una pena, que consiste en dar o hacer algo, para el caso de no cumplir o retardar el cumplimiento de la obligación principal: Art. 1551.

Antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor no puede demandar a su elección la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. Constituido el deudor en mora, tampoco puede el acreedor demandar a la vez el cumplimiento de la obligación principal y de la pena, sino una de ellas a su arbitrio; salvo que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o se haya estipulado que el pago de la pena no extingue la obligación principal: Art. 1553.

Si no hay intención de novar, se miran las dos obligaciones como coexistentes, y la obligación primitiva vale en todo aquello en que la posterior no se opone a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera: Art. 1650 Inc. 2.

Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse a favor del deudor principal o de otro fiador: Art. 2238.

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

"Art. 1664.- [Mutación del lugar para el pago].- La simple mutación del lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen".

En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito: Art. 1527 Inc. 1.

Si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor: Art. 1604.

Si entre la celebración del contrato y el pago hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, el pago se hará siempre en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes de común acuerdo dispongan otra cosa: Art. 1605.

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera: Art. 2372.

"Art. 1665.- [Ampliación del plazo. Efectos].- La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación".

El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo: Art. 1510 Inc. 1.

Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva: Art. 1658 Inc 1.

Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador: Art. 2238 Inc 1.

El fiador es responsable hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a que estuviere obligado: Art. 2253.

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

La hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva: Art. 2336.

"Art. 1666.- [Reducción del plazo].- La mera reducción del plazo tampoco constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los deudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado".

El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo: Art. 1510 Inc 1.

En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley: Art. 1527.

El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, está sólo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente. Si se hallaba de mala fe cuando hizo la venta, está obligado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer: Art. 2202.

"Art. 1667.- [Condición de acceder los codeudores].- Si el acreedor ha consentido en la nueva obligación, bajo condición de que accediesen a ella los codeudores solidarios o subsidiarios, y si los codeudores solidarios o subsidiarios no accedieren, la novación se tendrá por no hecha".

Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no: Art. 1489.

La novación entre el acreedor y cualquiera de los deudores solidarios, libera a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida: Art. 1535.

Si la antigua obligación es pura, y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva, y la nueva es pura, no hay novación, mientras está pendiente la condición; y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación. Con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes: Art. 1649.

TÍTULO XVI DE LA REMISIÓN

"Art. 1668.- [Capacidad para la remisión].- La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella".

Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte por la remisión: Art. 1583 Num. 5.

Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia: Art. 11.

No podrá el padre o la madre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores: Art. 298.

Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aún con previa autorización del juez. Sólo con esta previa autorización podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el juez sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo y que por ellas no padezcan menoscabo notable los capitales productivos. Los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición: Art. 427.

Son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben: Art. 1404.

Es capaz de recibir una donación entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz: Art. 1405.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obliga-

ciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: Art. 1463.

El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos; pues entonces deberá hacer el pago al demandante. La condonación de la deuda, la compensación, la novación entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor: Art. 1529.

"Art. 1669.- [Reglas de la donación aplicables a la remisión].- La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita".

No podrá el padre o la madre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores: Art. 298.

Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aún con previa autorización del juez. Sólo con esta previa autorización podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el juez sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo y que por ellas no padezcan menoscabo notable los capitales productivos. Los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición: Art. 427.

La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación: Art. 428.

Si el testador condona en el testamento una deuda, y después demanda judicialmente al deudor, o acepta el pago que se le ofrece, no podrá el deudor aprove-

charse de la condonación; pero si se pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado: Art. 1156.

Si se condona a una persona lo que debe, sin determinar cantidad, no se comprenderán en la condonación sino las deudas existentes a la fecha del testamento: Art. 1157.

La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta: Art. 1402.

No hay donación en el comodato de una cosa cualquiera, aunque su uso o goce acostumbre darse en arriendo. Tampoco lo hay en el mutuo sin interés. Pero lo hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés: Art. 1411.

No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor. Pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe: Art. 1413.

La donación entre vivos que no se insinuare, solo tendrá efecto hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, y será nula por el exceso. Insinuación es la autorización del juez competente, solicitada por el donante o el donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal: Art. 1417.

Cuando lo que se dona es el derecho de percibir una cantidad periódicamente, será necesario la insinuación, siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un quinquenio, excediere de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América: Art. 1418.

"Art. 1670.- [Remisión tácita].- Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con el ánimo de extinguir la deuda. El acreedor podrá probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria, o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero, a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda".

Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo o la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias: Art. 32.

Si la cosa que fue empeñada al testador se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda: Art. 1155.

Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes: Art. 1715.

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

TÍTULO XVII DE LA COMPENSACIÓN

"Art. 1671.- [Modo de efectuarse la compensación].- Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".

El que debe alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba a él: Art. 363.

La condonación de la deuda, la compensación, la novación entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor: Art. 1529 Inc. 2.

El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas. Pero no podrá oponer, por vía de compensación, el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho: Art. 1536.

Las obligaciones se extinguén, en todo o en parte por la compensación: Art. 1583 Num. 6.

"Art. 1672.- [Requisitos y efectos].- La compensación se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguén recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes:

1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad;
2. Que ambas deudas sean líquidas; y,
3. Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor."

Las cosas muebles son fungibles o no fungibles. Las fungibles son las que no pueden usarse según su naturaleza sin que se destruyan. Las monedas, puesto que perecen para el que las usa como tales, son fungibles: Art. 593.

Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado: Art. 1524.

Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo sino después de los diez días subsiguientes a la entrega: Art. 2103.

"Art. 1673.- [Reciprocidad de las partes deudoras].- Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle, por vía de compensación, lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios, puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido".

El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y las excepciones personales suyas. Pero el crédito de un codeudor solidario contra el demandante sólo lo puede oponer si el codeudor solidario le cede su derecho: Art. 1536.

Las tutelas y curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de otros que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueden darles la protección debida, y no pueden tampoco gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios. Quienes ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, o genéricamente guardadores: Art. 367.

En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso,

está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley: Art. 1527.

El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y las excepciones personales suyas. Pero el crédito de un codeudor solidario contra el demandante sólo lo puede oponer si el codeudor solidario le cede su derecho: Art. 1536.

La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, solo surte efecto entre el cedente y el cesionario por la entrega del título: Art. 1841.

"Art. 1674.- [Compensación en el mandato].- El mandatario puede oponer al acreedor del mandante, no solo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación. Pero no podrá compensar con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante, sino con voluntad del mandante".

Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son cauciones la fianza, la prenda y la hipoteca: Art. 31.

Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la persona que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario: Art. 2020.

Para los actos que salen de los límites de la administración ordinaria de un negocio, se necesita de poder especial: Art. 2036 Inc 2.

"Art. 1675.- [Compensación en la cesión de créditos].- El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer, en compensación, al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.

Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aún cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación".

La cesión que no es notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste, no surte efecto contra el deudor ni contra terceros: Art. 1842.

La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y con la firma del cedente: Art. 1843.

La aceptación de la cesión de derechos por el deudor puede ser tácita. Es tácita aquella que consiste en un hecho que la suponga, como un principio de pago al cesionario, etc.: Art. 1845.

Si la cesión de créditos no es notificada al deudor o aceptada por éste, el mismo deudor puede pagar al cedente y puede embargarse el crédito por acreedores del cedente. En general se considera que el crédito subsiste en manos del cedente, respecto del deudor y de terceros: Art. 1846.

"Art. 1676 .- [Alegación de la compensación].- Sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que pueda oponer a la deuda, conservará, junto con el crédito, las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad".

Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse a favor del deudor principal o de otro fiador: Art. 2238.

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario: Art. 2286.

Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor: Art. 2309.

Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han estable-

cido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera: Art. 2372.

Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase: Art. 2373.

"Art. 1677.- [No perjudica a terceros].- La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero.

Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo".

Hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, salvo que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello: Art. 1480 Num. 3.

"Art. 1678.- [No oposición de la compensación].- No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito o de un comodato, aún cuando, perdida la cosa, solo subsista la obligación de pagarla en dinero.

Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables".

Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato se perfecciona por la entrega de la cosa: Art. 2077.

Depósito es un contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito: Art. 2116.

El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante: Art. 2120.

En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presume que se permite emplearlo. El depositario está obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley: Art. 2126.

El depositario debe restituir la misma cosa que se le entregó, aunque se trate de dinero o cosas fungibles, salvo el caso del artículo 2026: Art. 2133.

Las reglas de los artículos 2084 hasta 2088 se aplican al depósito: Art. 2138.

El depositario no puede retener la cosa depositada a título de compensación sin consentimiento del depositante, o en seguridad de lo que el depositante le deba sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo: Art. 2139.

El que debe alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba a él: Art. 363.

Sin embargo, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor: Art. 364.

La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. No son embargables los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de la familia durante un mes: Art. 1634 Num. 7.

"Art. 1679.- [Varias deudas compensables: imputación].- Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación de pago".

Si se deben capital e intereses, el pago se imputa primero a intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, se presume el pago de éstos: Art. 1611.

"Art. 1680.- [Lugar del pago].- Cuando ambas deudas no sean pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean de dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa".

El pago debe hacerse en el lugar designado por la convención: Art. 1603.

TÍTULO XVIII DE LA CONFUSIÓN

"Art. 1681.- [Requisitos y efectos].- Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y surte iguales efectos que el pago".

Si un heredero es acreedor o deudor del difunto, sólo se confunde con su porción hereditaria la cuota que le quema en este crédito o deuda; y tiene acción contra sus coherederos, a prorrata por el resto de su crédito, o les está obligado a pro-rata por el resto de la deuda: Art. 1373.

Las obligaciones se extinguén, en todo o en parte por la confusión: Art. 1583 Num. 7.

"Art. 1682.- [Confusión y fianza].- La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal".

Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son cauciones la fianza, la prenda y la hipoteca: Art. 31.

Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple: Art. 2238 Inc. 1.

"Art. 1683.- [Confusión parcial].- Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte".

"Art. 1684.- [Confusión en las obligaciones solidarias].- Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores, por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda.

Si por el contrario hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, está obligado el primero a cada uno de sus coacreedores, por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito".

En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley: Art. 1527.

El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos; pues entonces deberá hacer el pago al demandante: Art. 1529 Inc. 1.

El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda: Art. 1538 Inc. 1.

"Art. 1685.- [Impedimento a la confusión].- Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios".

El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado: Art. 1270.

Las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión: Art. 1282.

TÍTULO XIX DE LA PÉRDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE

"Art. 1686.- [Extinción de la obligación].- Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos siguientes".

Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que provengan de dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos. Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad: Art. 196.

Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas: Art. 583.

Por la destrucción de la especie legada se extingue la obligación de pagar el legado. La enajenación de las especies legadas, en todo o parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado, en todo o parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula, y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador. La prenda o hipoteca constituida sobre la cosa legada, no extingue el legado, pero lo grava con dicha prenda o hipoteca. Si el testador altera sustancialmente la cosa legada mueble, como si de la madera hacer construir un carro, o de la lana telas, se entenderá que revoca el legado: Art. 1162.

Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, éste se halla obligado a pagar el precio, y a la indemnización de perjuicios: Art. 1502 Inc. 1.

Si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor está obligado a ella: Art. 1519.

Si perecen todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa, sin culpa del deudor, se extingue la obligación: Art. 1520 Inc. 1.

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio: Art. 1563 Inc. 1.

El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, será siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, por obligaciones distintas. En cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega: Art. 1566.

El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, estará también obligado a probarlo: Art. 1690.

En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable: Art. 1695.

La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición; pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerán al comprador: Art. 1760.

Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la obligación de esas

personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho: Art. 2220.

"Art. 1687.- [Presunción de culpa].- Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya".

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa: Art. 29 Incs. 3 y 4.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias: Art. 32 Inc. 3.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa: Art. 1563 Inc. 2.

El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, será siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, por obligaciones distintas. En cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega: Art. 1566.

El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, estará también obligado a probarlo: Art. 1690.

En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable: Art. 1695.

La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que

se cumpla la condición; pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerán al comprador: Art. 1760.

Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho: Art. 2220.

"Art. 1688.- [Pérdida culpable del cuerpo cierto].- Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor está obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor".

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa: Art. 29 Incs. 3 y 4.

Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.: Art. 30.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa: Art. 1563 Inc. 2.

El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin

darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor: Art. 1567.

Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, solo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora: Art. 1688 Inc. 2.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la Ley se limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código: Art. 1572.

Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención: Art. 1573.

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron proveerse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas: Art. 1574.

"Art. 1689.- [Responsabilidad voluntaria por caso fortuito].- Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado".

Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.: Art. 30.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales: Art. 1561.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa: Art. 1563 Inc. 2.

El mandatario puede, por un pacto especial, tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor: Art. 2056.

"Art. 1690.- [Prueba a cargo del deudor].- El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega".

Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.: Art. 30.

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes: Art. 1563.

El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor: Art. 1567.

Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya: Art. 1687.

Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, estará también obligado a probarlo: Art. 1690 Inc. 2.

Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes: Art. 1715.

"Art. 1691.- [Reaparición de la cosa perdida].- Si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio".

"Art. 1692.- [Hurto o robo de un cuerpo cierto].- Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aún de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor".

Como ya quedó indicado, se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.: Art. 30.

"Art. 1693.- [Pérdida por hecho o culpa de un tercero].- Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa".

La ley distingue tres especies de culpa o descuido: El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado: Art. 29 Incs. 3 y 4.

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño: Art. 1606 Inc. 3.

La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cessionario sino en virtud de la entrega del título: Art. 1841.

"Art. 1694.- [Destrucción voluntaria por ignorancia de la obligación].- Si la cosa debida se destruye por hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio, sin otra indemnización de perjuicios".

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa: Art. 29 Incs. 3 y 4.

"Art. 1695.- [Hecho o culpa del deudor].- En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable".

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio: Art. 1563 Inc. 1.

Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirla en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan de hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor. En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho a culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño: Art. 1606.

Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya: Art. 1687.

Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho: Art. 2220.

Los empleadores responderán de la conducta de sus empleados domésticos, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista. Pero no responderán de lo que hayan hecho sus empleados domésticos en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los empleadores no tenían medio de prever o impedir, empleando su autoridad y el cuidado ordinario. En este caso, toda la responsabilidad recaerá sobre los empleados domésticos: Art. 2222.

"Art. 1696.- [Atenuación de responsabilidad].- La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo".

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo: Art. 1474.

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio: Art. 1563 Inc. 1.

Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido; y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave: Art. 1767.

TÍTULO XX DE LA NULIDAD Y LA RESCISIÓN

"Art. 1697.- [Concepto de acto nulo].- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.
La nulidad puede ser absoluta o relativa".

Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención: Art. 9.

En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo: Art. 10.

Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si no se anulan previamente, por motivos legales, las sentencias pronunciadas en ellas: Art. 1364.

Son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1383: Art. 1441.

Cuando el donante, por haber perdido el juicio, o por otro impedimento, se hallare imposibilitado de intentar la acción que se le concede por el artículo 1444, podrán ejercerla a su nombre, mientras viva, y dentro del plazo señalado en el artículo anterior, no sólo su guardador, sino cualquiera de sus descendientes o ascendientes, o su cónyuge: Art. 1447.

Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables; y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse: Art. 1450.

Por la importancia del asunto tratado, nos referiremos también aquí al **Código de Procedimiento Civil**, donde podemos apreciar las siguientes disposiciones relativas a este tema:

La sentencia ejecutoriada es nula: 1. Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó; 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y, 3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía: Art. 299.C.P.C.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código: Art. 344.C.P.C.

La omisión de alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este parágrafo, o la violación de trámite a la que se refiere el artículo 1014 podrá servir de fundamento para interponer el recurso de apelación: Art. 345. C.P.C.

Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 1. Jurisdicción de quien conoce el juicio; 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3. Legitimidad de personería; 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; 5. Concesión de término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;

6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe: Art. 346. C.P.C.

En el juicio ejecutivo, son solemnidades sustanciales: 1. Haberse aparejado a la demanda título ejecutivo; y, 2. Sustanciar las excepciones que se propongan dentro del respectivo término. El hecho de no ser ejecutiva la obligación será materia de excepción y, consiguientemente, resuelta en la sentencia: Art. 347. C.P.C.

Las solemnidades sustanciales, en el juicio de concurso de acreedores, son: 1. Haber concurrido, para dictar el auto de formación de concurso, los requisitos determinados en este Código; y, 2. Citar, en la forma legal, a los acreedores, para la primera junta: Art. 348. C.P.C.

Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6, y 7, comunes a todos los juicios e instancias; siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en

prescindir de la nulidad y que no se trate de la falta de jurisdicción: Art. 349. C.P.C.

Cuando la nulidad provenga de composición irregular del tribunal o de defecto en la intervención de los jueces, y la providencia afectada de tal vicio hubiere subido por recurso de apelación, el superior, sin declarar la nulidad procederá a resolver sobre lo principal, confirmando, revocando o reformando la providencia recurrida. Tampoco se declarará la nulidad si en el proceso se encontrare otra providencia, distinta de la recurrida que hubiere sido dictada con los vicios de que habla el inciso precedente. El superior continuará la tramitación de la causa.

Si llegare a ejecutoriarse una sentencia en la que se hubiere faltado a la primera, segunda, tercera o cuarta de las solemnidades determinadas en el artículo 346, la nulidad debe ser declarada, ya sea que se la proponga como acción o que se la alegue como excepción: Art. 350. C.P.C.

Para que se declare la nulidad, por no haberse citado la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, será preciso: 1. Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; y, 2. Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito: Art. 351. C.P.C.

Para que se declare la nulidad por la omisión de cualquiera otra solemnidad sustancial, deben concurrir las dos circunstancias siguientes: 1. Que la omisión pueda influir en la decisión de la causa; y, 2. Que se haya alegado la nulidad, en la respectiva instancia, por alguna de las partes: Art. 352. C.P.C.

No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento, cuando la omisión hubiere sido materia de reclamación ante el inferior o se hubiere ejecutado la providencia que denegó la declaración de nulidad. En este caso, el procedimiento se seguirá en armonía con lo resuelto en dicha providencia: Art. 353. C.P.C.

Si la mayoría de los ministros o conjueces que van a fallar en segunda instancia, reconociere la validez del proceso, todos deberán tratar y votar sobre lo principal; pero los que hubieren estado por anularlo, tendrán el derecho de salvar sus votos. En ningún caso podrá el tribunal reconocer la nulidad y votar sobre lo principal: Art. 354. C.P.C.

Los jueces de primera instancia que, al tiempo de expedir auto o sentencia, encontraren que procede la declaración de nulidad, mandarán reponer el proceso al estado en que estuvo cuando se omitió la solemnidad que motiva la declaración, y condenarán al que la ocasionó al pago de lo que hayan costado las actuaciones anuladas: Art. 355. C.P.C.

Toda omisión de solemnidad sustancial hace personalmente responsable a los jueces que en ella hubiesen incurrido, quienes serán condenados en las costas respectivas: Art. 356. C.P.C.

Cuando un juez, debiendo declarar la nulidad, no la declare pagará las costas ocasionadas desde que pronunció el auto o sentencia en que debió ordenar la reposición del proceso. Tales costas comprenden también los derechos sufragados por el Estado: Art. 357. C.P.C.

Los procesos conocidos por el superior, sin que se haya declarado la nulidad, no podrán ser anulados por los jueces inferiores, aún cuando éstos observaren después que se ha faltado a alguna solemnidad sustancial: Art. 358. C.P.C.

Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente. Nota: El actor en el juicio ejecutivo puede legitimar su personería en cualquier instancia o estado del proceso, como lo prescriben los artículos 379 y 380 del Código de Procedimiento Civil: Art. 359. C.P.C.

Aún cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica o aprueba, el proceso será válido; y aún los jueces superiores, revocando la declaración de nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal: Art. 360. C.P.C.

El poderdante, el apoderado, el guardador y todo representante legal, pueden ratificar en cualquier instancia, aún cuando estuviere declarada la nulidad, siempre que la providencia que contenga tal declaración no estuviese ejecutoriada: Art. 361. C.P.C.

El que gestionó en juicio sin tener poder ni representación legal y legitima después su personería, o presenta la aprobación de aquel por quien gestionó, ratifica por el mismo hecho sus actos anteriores: Art. 362. C.P.C.

En el costo de la reposición de los procesos no se comprenderá el de los documentos y diligencias que puedan reproducirse, ni el valor de los honorarios de los defensores, cuando no hubiesen reclamado oportunamente la observancia de la solemnidad omitida: Art. 363. C.P.C.

Los jueces que, en primera o segunda instancia, hubiesen sido condenados en costas o multas, podrán apelar, aún cuando las partes no recurran, por no quererlo, o por prohibición de la ley. Este recurso no impedirá el progreso de la causa principal, y sólo suspenderá la ejecución de la condena: Art. 364. C.P.C.

El remate será nulo y el juez responderá de los daños y perjuicios: 1. Si se verifica en día feriado o en otro que no fuese el señalado por el juez; 2. Si no se hubieren publicado los avisos que hagan saber al público el señalamiento del día para el remate, la cosa que va a ser rematada y el precio del avalúo; y, 3. Si se hubieren admitido posturas presentadas antes de las dos o después de las seis de la tarde del día señalado para el remate: Art. 472. C.P.C.

Esta nulidad sólo podrá ser alegada antes de que se dicte el auto de adjudicación de los bienes rematados. El juez resolverá sobre ella y, de decidir que no existe nulidad, en el mismo auto hará la adjudicación. De lo que resuelva, podrá apelarse para ante la Corte Superior, la que fallará por el mérito del proceso y de cuyo fallo no se admitirá recurso alguno: Art. 473. C.P.C.

Es nulo, aún con respecto al fallido: 1. Todo convenio que haga algún acreedor con el fallido o con cualquiera otra persona, estipulando ventajas a su favor en razón de su voto en las deliberaciones del concurso; y, 2. Todo convenio celebrado por cualquier acreedor después de la cesión de los pagos, estipulando alguna ventaja para sí a cargo del activo del fallido. En los casos de este artículo, el acreedor será condenado a restituir, a quien corresponda, los valores recibidos, sin perjuicio de la pena prescrita en el Código Penal: Art. 560. C.P.C.

El convenio aprobado no puede anularse sino: 1. Por la condenación superveniente del fallido como quebrado fraudulento; y, 2. Por causa de dolo, resultante de ocultación o disimulación del activo o de exageración del pasivo, descubierto después de la aprobación del convenio. La nulidad libera a los fiadores del convenio: Art. 561. C.P.C.

Si el fallido no cumple las condiciones del convenio, la resolución de éste puede ser demandada por uno o más acreedores no satisfechos del todo o parte de las

cuotas estipuladas en el convenio. La resolución solo aprovecha a los que la pidieran, y éstos entran en la integridad de sus derechos contra los bienes del fallecido; pero no podrán exigir el exceso de sus créditos sobre las cuotas fijadas en el convenio, sino después del vencimiento del término fijado en el mismo para el pago de la última cuota. Los fiadores del convenio quedan libres respecto de los acreedores que hubieren solicitado y obtenido la resolución: Art. 562. C.P.C.

Si se demanda la nulidad de un testamento, se sustanciará el juicio por la vía ordinaria, sin que se suspendan las diligencias necesarias para asegurar los bienes y formar el correspondiente inventario: Art. 628. C.P.C.

Son hábiles para la partición, todos los días y horas. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si previamente por motivos legales, no se anulan las sentencias pronunciadas en ellas: Art. 654. C.P.C.

La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357: Art. 1014.C. P.C.

"Art. 1698.- [Causales de nulidad].- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas".

El cónyuge que alegare que el juicio de divorcio seguido contra él, se ha tramitado atribuyéndole falsamente un domicilio que no tuvo al momento de la presentación de la demanda, podrá entablar acción de nulidad de la sentencia pronunciada dentro del año inmediato posterior, contado desde la media noche del día en que la sentencia quedó ejecutoriada, tiempo dentro del cual, ninguno de los cónyuges podrá contraer segundas o ulteriores nupcias: Art. 120.

Se necesita asimismo previa decisión judicial para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en más de mil dólares de los Estados Unidos de América, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la

transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad: Art. 425.

Se prohíbe al albacea cumplir las disposiciones del testador en lo que fueren contrarias a las leyes, so pena de nulidad, y de considerársele culpado de dolo: Art. 1322.

La donación entre vivos que no se insinuare, solo tendrá efecto hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, y será nula por el exceso. Insinuación es la autorización del juez competente, solicitada por el donante o el donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal: Art. 1417².

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento: Art. 1459.

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenezcan, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales: Art. 1460.

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que dicho acto recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita: Art. 1461 Nums. 3 y 4.

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo: Art. 1467.

Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano: Art. 1478.

² Nótese que la Ley reformatoria a la Ley Notarial (RO-S 64: 8-nov-1996), dispone que la insinuación judicial se practicará ante notario, con lo que -al menos aparentemente- quedó reformado el contenido de este artículo.

Hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio; de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello: Art. 1480.

Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas o estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes: Art. 1482.

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita: Art. 1483.

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno: Art. 1718 Inc. 1.

Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos: Art. 21.

Es nulo el matrimonio contraído por los impúberes: Art. 95 Num. 2.

El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer, en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor. No se

podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio. Toda estipulación en contrario es nula: Art. 154.

Disuelta la sociedad conyugal, el cónyuge puede renunciar a los gananciales pero esta renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que el cónyuge o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales: Art. 204 Inc. 2.

Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente: Art. 486.

La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave, a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. Esta regla se extiende aún a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes. Se entiende por lesión grave la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad: Art. 1257 Inc. 1.

Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si no se anulan previamente, por motivos legales, las sentencias pronunciadas en ellas. Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si no se anulan previamente, por motivos legales, las sentencias pronunciadas en ellas: Art. 1364.

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio: Art. 1461 Num. 2.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución: Art. 1463 Inc. 1.

Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si no se anulan previamente, por motivos legales, las sentencias pronunciadas en ellas. Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. Las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si no se anulan previamente, por motivos legales, las sentencias pronunciadas en ellas: Art. 1364.

En la partición de bienes, el partícipe que ha enajenado total o parcialmente su porción no puede demandar la nulidad de la partición, salvo que ésta adolezca de error, fuerza o dolo de que le resulte perjuicio: Art. 1367.

La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dan acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino cuando en la escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición; cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona a su nombre se proponen intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario; y cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción. El donante que no hiciere uso de dicha acción contra terceros, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación: Art. 1448.

Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables; y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse: Art. 1450.

Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad: Art. 1485.

"Art. 1699.- [Solicitantes de la nulidad absoluta. Saneamiento].- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que

tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años".

"Art. 1700.- [Solicitantes de la nulidad relativa. Saneamiento].- La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el Ministerio Público en sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso de tiempo o por la ratificación de las partes.

Los actos realizados por el marido, o por la mujer, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando éste es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó.

Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato".

El plazo para pedir la rescisión dura cuatro años. Este cuadriénio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; y en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadriénio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. A las personas jurídicas que, por asimilación a los menores, tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, les correrá el cuadriénio desde la fecha del contrato. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo: Art. 1708.

La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita: Art. 1710.

Si la constitución de la hipoteca adolece de nulidad relativa, y después se valida por el transcurso del tiempo o la ratificación, la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción: Art. 2314.

"El cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal.

En caso de que el cónyuge cuyo consentimiento fuere necesario para celebrar estos contratos se encontrare imposibilitado de expresarlo, el administrador de los bienes sociales deberá contar con la correspondiente autorización de un Juez de lo Civil del domicilio del cónyuge imposibilitado.

Para conceder la autorización, el Juez procederá sumariamente, con conocimiento de causa y previa la determinación de la utilidad, conveniencia o necesidad de realizar el acto o contrato. La omisión del consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales o de la autorización del Juez, en su caso, será causa de nulidad relativa del acto o contrato": Art. 181.

"Art. 1701.- [Dolo del incapaz al inducir a contratar].- Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener la declaración de nulidad".

Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos: Art. 21.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado: Art. 29 Inc. 5.

Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario: Art. 996.

Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces: Art. 1462.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: Art. 1463.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo: Art. 1474.

El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse: Art. 1475.

La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título: Art. 1841.

"Art. 1702.- [Rechazo de la restitución in integrum].- Los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes".

Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces: Art. 1462.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: Art. 1463 Incs. 1 y 3.

Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa: Art. 1697.

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato: Art. 1698 Incs. 1 y 3.

"Art. 1703 .- [Asimilación a las personas sujetas a guarda].- El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades, y los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales se asimilan, en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría".

Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueden darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores: Árt. 367.

Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones: Art. 415.

"Art.1704.- [Efectos de la declaración de nulidad. Retroactividad].- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita".

Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.: Art. 30.

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario: Art. 721.

La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse: Art. 722.

Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señale; y si la cosa hubiere sido secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación, y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse: Art. 948.

En la restitución de una heredad se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por su conexión con ellas, según lo dicho en el Título "*De las varias clases de bienes*". Las otras no serán comprendidas en la restitución, si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia; pero podrán reivindicarse separadamente. En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves. En la restitución de toda cosa se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor: Art. 949.

El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña o empleándola en beneficio suyo: Art. 950.

El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda. En cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores. En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos: Art. 951.

El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según las reglas siguientes: Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución. Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren hecho con mediana inteligencia y economía: Art. 952.

El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de citársele con la demanda. Solo se entenderá por mejoras útiles, las que hayan aumentado el valor venal de la cosa. El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que, en virtud de dichas mejoras, valiere más la cosa en dicho tiempo. En cuanto a las obras hechas después de citada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que, por el artículo siguiente, se conceden al poseedor de mala fe: Art. 953.

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla el artículo precedente. Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados: Art. 954.

En cuanto a las mejoras voluptuarias, el propietario no estará obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe, que sólo tendrá, con respecto a ellas, el derecho que por el artículo precedente se concede al poseedor de mala fe, respecto de las mejoras útiles. Se entiende por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente las cosas que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado común, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante: Art. 955.

Se entenderá que la separación de los materiales, permitida por los artículos precedentes, es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de hacerse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello: Art. 956.

La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas: Art. 957.

Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure su satisfacción: Art. 958.

Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano: Art. 1478.

Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas o estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes: Art. 1482.

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita: Art. 1483.

El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, será siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, por obligaciones distintas. En cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega: Art. 1566.

Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan de hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor: Art. 1606 Inc. 1.

"Art. 1705.- [Nulidad del contrato celebrado con incapaz].- Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.

Se entenderá haberse hecho más rica, en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias, o en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas".

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: Art. 1463 Incs. 1 y 3.

El pago hecho al acreedor es nulo si el acreedor no tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1705: Art. 1594 Num. 1.

El depósito propiamente dicho no puede tener efecto sino entre personas capaces de contratar: Art. 2123 Inc. 1.

Si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad en que no puede ser asistido por los padres, se presumirá la autorización de éstos para las suministraciones que le haga cualquier persona, en razón de alimentos y medicinas, habida consideración a la capacidad económica de los padres: Art. 277 Inc. 1.

Si el depositario es incapaz, el depositante tendrá solo acción para reclamar la cosa depositada mientras esté en poder del depositario; y a falta de esta circunstancia, tendrá solo acción personal contra el depositario, hasta el valor de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico, quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores, y sin perjuicio de la pena que las leyes impongan al depositario, en caso de dolo: Art. 2123 Inc. 3.

"Art. 1706.- [Efectos de la nulidad].- La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales".

La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla: Art. 933.

Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Se exceptúan las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla: Art. 934.

La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor: Art. 939.

El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella: Art. 1835.

"Art. 1707.- [Relatividad de la declaración de nulidad].- Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras".

"Art. 1708.- [Plazo para la acción rescisoria].- El plazo para pedir la rescisión dura cuatro años.

Este cuadriénio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; y en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.

A las personas jurídicas que, por asimilación a los menores, tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, les correrá el cuadriénio desde la fecha del contrato".

La acción rescisoria de la renuncia a gananciales prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad: Art. 204 Inc. 3.

La acción de nulidad o rescisión prescribe, respecto de las particiones, según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones: Art. 1368.

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra: Art. 1469.

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte: Art. 1470.

El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato: Art. 1471 Inc. 1.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo: Art. 1474.

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra: Art. 1461.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y

sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: Art. 1463.

Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno u otro carácter: Art. 564.

En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes: Art. 4.

La acción de nulidad o rescisión prescribe, respecto de las particiones, según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones: Art. 1368.

Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla: Art. 2424.

"Art. 1709.- [Prescripción de la acción rescisoria respecto a los herederos].- Los herederos mayores de edad gozarán del cuadrienio completo si no hubiere principiado a correr; y gozarán del residuo en caso contrario".

A los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubieren llegado a la mayor edad.

Pero en este caso no se podrá pedir la declaración de nulidad, pasados quince años desde la celebración del acto o contrato".

Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario: Art. 996.

Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cum-

plido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos: Art. 21.

Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario: Art. 996.

Respecto de los frutos pendientes al tiempo de principiar o expirar la tutela, se sujetará la décima del tutor o curador a las mismas reglas a que está sujeto el usufructo: Art. 555.

Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla: Art. 2424.

"Art. 1710.- [Ratificación para sanear la nulidad relativa].- La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita".

El administrador de la sociedad conyugal, puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado al otro cónyuge y la ratificación podrá ser también general o especial. La ratificación podrá ser tácita, por hechos del otro cónyuge que manifiesten de un modo inequívoco su aquiescencia: Art. 144.

La validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título: Art. 720.

Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad: Art. 1485.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años: Art. 1699.

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el Ministerio Público en sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes. Los actos realizados por el marido, o por la mujer, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando éste es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó. Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato: Art. 1700.

"Art. 1711.- [Ratificación expresa].- Para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica".

Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa: Art. 1466.

"Art. 1712.- [Ratificación tácita].- La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada".

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato: Art. 1465 Inc. 2.

Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa: Art. 1466.

"Art. 1713.- [Persona que debe ratificar].- Ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas, si no emanan de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad".

"Art. 1714.- [Capacidad para ratificar].- No vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar".

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra: Art. 1461.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: Art. 1463 Incs. 1 y 3.

Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad: Art. 1485.

TÍTULO XXI DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

"Art. 1715.- [Carga y medios de prueba].- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes".

El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho, en los términos de los artículos precedentes. Y por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna: Art. 78.

La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo. En conflicto de una ley posterior con otra anterior, los actos o contratos válidamente celebrados según la ley anterior, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere: Art. 7 Num. 19.

Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si los antecedentes o circunstancias que dan motivo o la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias: Art. 32.

El heredero beneficiario que opusiere a una demanda la excepción de estar ya consumidos en el pago de deudas y cargas los bienes hereditarios o la porción de ellos que le hubiere cabido, deberá probarlo, presentando a los demandantes cuenta exacta, y en lo posible documentada, de cuantas inversiones haya hecho: Art. 1286.

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes: Art. 1563.

En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos, hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor: Art. 1586.

Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados: Art. 1611 Inc. 2.

El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, estará también obligado a probarlo: Art. 1690.

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública: Art. 1716.

El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones o derechos de éstos: Art. 1719.

Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 32. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes: Art. 1729.

Sobre el juramento deferido por el juez o por una de las partes a la otra, y sobre la inspección personal del juez, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil: Art. 1731.

Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario, sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada o al hecho de la restitución: Art. 2122.

Si se han roto los sellos o forzado las cerraduras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante, en cuanto al número y calidad de las especies depositadas. Pero no habiendo culpa del depositario, será necesaria la prueba, en caso de desacuerdo. Se presume culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento: Art. 2129.

Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido. Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y probado, se presumirá indebido: Art. 2198.

"Art. 1716.- [Instrumento público o auténtico].- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado.

Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública".

Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo, en los mismos términos, los herederos del marido, y en general toda persona a quien la pretendida paternidad del hijo causare perjuicio actual. Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en testamento, o en otro instrumento público: Art. 237 Inc. 2.

La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público en que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello. No valdrá

la emancipación, si no es autorizada por el juez, con conocimiento de causa: Art. 309 Inc. 1.

Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario: Art. 750 Inc. 1.

El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles, por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito: Art. 781.

El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular: Art. 1717.

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes: Art. 1718.

El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato: Art. 1723.

La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese: Art. 16.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, o en el acta matrimonial. Si se refieren a inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente y, en todo caso, se anotarán al margen de la partida de matrimonio: Art. 151.

Las promesas que un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, o que un tercero hace a uno de los esposos en consideración al matrimonio, se sujetarán a las mismas reglas que las donaciones de presente, pero deberán constar por escritura pública, o por confesión del tercero: Art. 209.

Declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse las donaciones que, por causa del mismo matrimonio, se hayan hecho al que contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública. En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese. Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe: Art. 212.

Cualquiera de los cónyuges, en todo tiempo, podrá demandar la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma: Art. 217 Inc. 1.

Se presumirá la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, si estuvieren en la forma debida: Art. 334.

La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por la inscripción de la escritura pública en que el tradiente expresa constituirlo, y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato: Art. 713.

Si hechas otras asignaciones se dispone del remanente de los bienes, y todas las asignaciones, excepto la del remanente, son a título singular, el asignatario del remanente es heredero universal. Si algunas de las otras asignaciones son de cuotas, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad: Art. 1127.

Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, a una de las personas designadas en el artículo 1026, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniere a su promesa, dicha persona tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechare. Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor: Art. 1227.

Se entiende que alguno toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de trámite judicial: Art. 1265.

Tendrán derecho de asistir al inventario el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o abintestato, el cónyuge sobre-viviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Las personas antedichas podrán ser representadas por otras que exhiban escritura pública o privada en que se les cometa este encargo, cuando no lo fueren por sus representantes legales, tutores, curadores o cualesquiera otros legítimos representantes. Todas estas personas tendrán derecho de reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexacto: Art. 1278.

No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el correspondiente registro. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes: Art. 1416.

La donación a plazo o bajo condición no surtirá efecto alguno, si no constare por escritura privada o pública en que se exprese la condición o plazo; y serán necesarias en ella la escritura pública y la insinuación e inscripción en los mismos términos que para las donaciones de presente: Art. 1419.

Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas: Art. 1420 Inc. 1.

Las donaciones a título universal, sea de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen, además de la insinuación y del otorgamiento de la escritura pública, y de la inscripción en su caso, un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad. Si se omitiere alguna parte de los bienes en este inventario se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos: Art. 1423.

La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le hayan nacido al donante uno o más hijos; a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en la escritura pública de la donación: Art. 1440.

La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dan acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, salvo que en la escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición: Art. 1448 Num. 1.

Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública: Art. 1507.

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código: Art. 1570 Num. 1.

Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio: 1. Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca; 2. Del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado; 3. Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; 4. Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; 5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor; y, 6. Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública del préstamo, y constando, además, en la escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero: Art. 1626.

El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por Ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones o derechos de éstos: Art. 1719.

Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros. Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen

de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero: Art. 1724.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo: Art. 1740 Inc. 3.

Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso segundo del artículo precedente no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o haya principiado la entrega de la cosa vendida: Art. 1741.

Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega: Art. 1743.

Es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros, o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota; pero será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos: Art. 1750 Inc. 1.

El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato, será necesaria escritura pública: Art. 1838.

En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en la forma que dispone el Código de Procedimiento Civil, se entregará al deudor una boleta en la que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido.

La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno, si no se tomare razón de ella, en la Oficina de Registro e Inscripciones, al margen de la inscripción hipotecaria.

Se cumplirá la exhibición prescrita en el artículo anterior, dejando, por veinticuatro horas, el documento cedido, en el despacho del funcionario que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quiere. Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos.

Cuando se deba ceder y traspasar derechos o créditos para efecto de desarrollar procesos de titularización realizados al amparo de la Ley de Mercado de Valores, cualquiera sea la naturaleza de aquellos, no se requerirá notificación alguna al deudor u obligado de tales derechos o créditos. Por el traspaso de derechos o créditos en procesos de titularización, se transfiere de pleno derecho y sin requisito o formalidad adicional, tanto el derecho o crédito como las garantías constituidas sobre tales créditos. En caso de ser necesaria la ejecución de la garantía, el traspaso del crédito y de la garantía, esta deberá ser previamente inscrita en el registro correspondiente: Art. 1844.

En el caso de expropiación por causa de utilidad pública, si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no de lugar a ello, o si el arrendamiento se hubiere estipulado por cierto número de años, todavía pendientes a la fecha de la expropiación, y así constare por escritura pública, se deberá al arrendatario indemnización de perjuicios por el Estado o la corporación expropiadora: Art. 1901 Num. 2.

Estarán obligados a respetar el arriendo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento se ha hecho por escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios; y los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento se ha hecho por escritura pública, inscrita en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad antes de la inscripción hipotecaria: Art. 1903 Num. 2 y 3.

El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico: Art. 2027.

El contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por escritura pública, y no se perfeccionará sino por la entrega del precio: Art. 2174.

La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos: Art. 2311 Inc. 1.

El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca. Podrá, con todo, subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consistieren en ello, y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria: Art. 2319.

La hipoteca se extingue junto con la obligación principal por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva: Art. 2336 Inc. 4.

La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros, sin la competente inscripción: Art. 2413.

"Art. 1717.- [Valor probatorio del instrumento público].- El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular".

Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas, en los respectivos casos; pero no la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes. Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata: Art. 336.

"Art. 1718.- [Omisión o defecto del instrumento público].- La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados,

aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes".

En los casos en que las leyes ecuatorianas exigen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas: Art. 17.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, o en el acta matrimonial. Si se refieren a inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente y, en todo caso, se anotarán al margen de la partida de matrimonio: Art. 151.

Las promesas que el un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, o que un tercero hace a uno de los esposos en consideración al matrimonio, se sujetarán a las mismas reglas que las donaciones de presente, pero deberán constar por escritura pública, o por confesión del tercero: Art. 209.

La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por la inscripción de la escritura pública en que el tradiente expresa constituirlo, y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato: Art. 713.

No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el correspondiente registro. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes: Art. 1416.

La donación a plazo o bajo condición no surtirá efecto alguno, si no constare por escritura privada o pública en que se exprese la condición o plazo; y serán necesarias en ella la escritura pública y la insinuación e inscripción en los mismos términos que para las donaciones de presente: Art. 1419.

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas

formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento: Art. 1459.

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código: Art. 1570 Num. 1.

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato: Art. 1698.

La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1718, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúen. No podrá el confesante revocarla, al no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho: Art. 1730.

El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato, será necesaria escritura pública: Art. 1838.

Si no se exige la escritura como requisito de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso: Art. 166.

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado: Art. 1716 Inc. 1.

La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1718, inciso primero, y los de-

más que las leyes exceptúen. No podrá el confesante revocarla, al no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho: Art. 1730.

"Art. 1719.- [Valor probatorio del instrumento privado].- El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones o derechos de éstos".

Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre o la madre autorice o ratifique por escrito, obligan directamente al padre o a la madre, y subsidiariamente al hijo, hasta el monto del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos: Art. 296.

Si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla en la sucesión del testador, siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador. Pero, en caso contrario, solo tendrá derecho para perseguir su precio en la sucesión del testador: Art. 174.

El instrumento público otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública: Art. 1716 Inc. 2.

"Art. 1720.- [Fecha del instrumento privado].- La fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o que haya tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal".

"Art. 1721.- [Asientos, registros y papeles domésticos].- Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable".

"Art. 1722.- [Nota escrita o firmada por el acreedor].- La nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor.

Lo hará también la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de una escritura, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor.

Pero el deudor que quisiere aprovecharse de lo que en la nota le favorezca, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable".

"Art. 1723.- [Cláusulas enunciativas y dispositivas].- El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas: Art. 1454.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales: Art. 1561.

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado: Art. 1716 Inc. 1.

"Art. 1724.- [Contraescritura].- Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

No valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, aunque se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se anexe un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio, en su caso. Tampoco afectarán los derechos de los acreedores constituidos con anterioridad a dichas alteraciones o adiciones, de perseguir sus créditos en los bienes cuyo régimen se modificó: Art. 156.

Instrumento público otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública: Art. 1716 Inc. 2.

La resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino en conformidad a los artículos 1506 y 1507: Art. 1816 Inc. 1.

"Art. 1725.- [Admisibilidad de la prueba de testigos].- No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito".

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, o en el acta matrimonial. Si se refieren a inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente y, en todo caso, se anotarán al margen de la partida de matrimonio: Art. 151.

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código: Art. 1570 Num. 1.

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes: Art. 1718.

"Art. 1726.- [Actos que deben constar por escrito].- Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.

No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aún cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.

No se incluirán en esta cantidad los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida".

El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico: Art. 2027.

El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada: Art. 2078.

La prueba de testigos es admisible en los negocios mercantiles, cualquiera sea el importe de la obligación o liberación que se trata de acreditar, y aunque no haya principio de prueba por escrito, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario: Art. 168.

La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles: Art. 659.

Se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana: Art. 660.

Se llaman frutos civiles los precios, pensiones y cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido. Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos, desde que se cobran: Art. 663.

"Art. 1727.- [Prueba de testigos inadmisible].- Al que demanda una cosa de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda.

Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue".

"Art. 1728.- [Principio de prueba por escrito].- Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por

escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

Así, un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia.

Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los códigos especiales".

Las deudas confesadas en el testamento y de que, por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos, y estarán sujetas a las mismas responsabilidades y deducciones que los legados de esta clase: Art. 1160.

El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada: Art. 2078.

Acerca del depósito necesario es admisible toda especie de prueba: Art. 2142.

"Art. 1729.- [Presunciones].- Las presunciones son legales o judiciales.

Las legales se reglan por el artículo 32.

Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes".

Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo o la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias: Art. 32.

Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse: Art. 66.

Reglas sobre la muerte presunta:

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, por lo menos, dos años; 2. Entre estas pruebas será de rigor la citación al desaparecido después de transcurridos los dos años de que habla la regla anterior, citación que deberá hacerse por tres veces en el Registro Oficial, y en el periódico o periódicos que señale el juez, con intervalo de un mes entre cada dos citaciones; 3. La declaración podrá ser pedida por cualesquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido tres meses, a lo menos, desde la última citación; 4. Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el Ministerio Público; y el juez, a petición de éste, o de cualesquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren, si no las estimare satisfactorias, las otras que, según las circunstancias, convengan; 5. El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido; y, 6. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces seis meses, y practicándose la justificación y citaciones preventidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido: Art. 67.

Cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, pero podrá autorizar al otro para que realice actos relativos a tal administración. No podrá presumirse tal autorización sino en los casos que la ley ha previsto: Art. 140.

"Art. 1730 - [Confesión judicial].- La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a

un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1718, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúen.

No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho".

Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el artículo 570: Art. 28.

Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario: Art. 170.

La confesión del padre o madre de familia, o del tutor o curador fallidos, no hará prueba, por sí sola, contra los acreedores: Art. 2385.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe: Art. 721 Inc. 3.

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra: Art. 1469.

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte: Art. 1470.

El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha

contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato: Art. 1471.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes: Art. 1715 Inc. 2.

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes: Art. 1718.

"Art. 1731.- [Juramento deferido e inspección judicial].- Sobre el juramento deferido por el juez o por una de las partes a la otra, y sobre la inspección personal del juez, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil".

En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes: Art. 4.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. Volumen 4. Las Obligaciones. Santiago de Chile, Ed. López Viancos. 1972.

AGUILAR A, Juan Pablo. Caducidad de ofertas. Revista de Derecho II, Nº.3, pp. 131-136. Quito, 1998.

ALTERINI, Atilio Aníbal. Derecho de Obligaciones. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000. 918 pp.

AUBRY, C. et RAU, C. Cours de Droit Civil Français. 4^a ed. París, 1871. Tomo IV sobre Obligaciones. 784 pp.

BALAREZO, Manuel Ramón. Alegato (sobre rescisión de contrato). Gaceta Judicial Serie VII, Nº. 8, pp. 957-965. Quito, 1949,

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones civiles. 5^a. Edición. México-Oxford, 1999. 461 pp.

BENALCÁZAR BONILLA, Luis y AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. Guía de la contratación pública. Recopilación de normas legales vigentes. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1992. 594 pp.

BOHORQUEZ SEVILLA, Mercedes. Las garantías de la contratación pública. Guayaquil, Edino, 1992. 220 pp.

BORDA, Guillermo. Manual de Obligaciones. 7^a edición, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981. 658 pp.

BORJA, Luis Felipe. Manifiesto ante la Corte Suprema (sobre contratos). Revista Forense VIII, 62, pp. 177-196. Quito, 1919.

BORJA, Luis Felipe. Manifiesto ante la Corte Suprema (sobre contratos a plazos). Revista Forense, IX, 63, pp. 1952. Quito, 1920.

BORJA, Luis Felipe. Interpretación de los contratos en general y especialmente el de sociedad. Alegato. Revista Forense 77, pp. 81-107. Quito, 1923.

BUSTAMANTE MUÑOZ, René. Código Civil, con concordancias y jurisprudencia. 2 volúmenes. Quito, 1959-60.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Volumen V Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979. 812 pp.

COELLO SERRANO, Rafael. Efectos de las obligaciones. 2 volúmenes. Quito, Talleres Nacionales, 1947.

CORDEIRO ÁLVAREZ, Ernesto. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Parte general y Obligaciones. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1959. 764 pp.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Ed. Ciencias Jurídicas. Bogotá, 1999. 566 pp.

DE GASPERI, Luis. El régimen de las obligaciones en el derecho latinoamericano. Buenos Aires, ed. Perrot, 1960. 166 pp.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II contratos en general. 8^a. Edición, Madrid, 2000. 578 pp.

EGUIGUREN, Genaro, y otros. Celebración de contratos administrativos. Quito, Universidad Bolivariana, 2001. 214 pp.

EGUIGUREN, Genaro. Reajustes y conflictos en los contratos públicos. Quito, Universidad Bolivariana, 2001. 210 pp.

EGUIGUREN, Genaro. Nuevas instituciones de la contratación pública. Quito, Universidad Bolivariana, 2001. 212 pp.

FERAUD BLUM, Carlos. Obligaciones y títulos ejecutivos. Estudios Jurídicos, N° 1. pp. 87-99. Guayaquil, 1979.

FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil, De las Obligaciones, Tomo IV y V Santiago, 1958.

FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 2^a. Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991. 642 pp.

GARCÍA FERAUD, Galo. Revisión de los contratos. Revista Jurídica. Universidad Católica de Guayaquil, 1992-5, pp. 21-40. Guayaquil, 1992.

HEDEMANN, J. W. Derecho de Obligaciones. Madrid, 1958. 612 pp.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. Derecho de Obligaciones. Madrid, Ed. Dikinson, 2000. 556 pp.

LAGOS NARVÁEZ, Patricio. La responsabilidad objetiva. Santiago, ed. Pacsed, 1990. 114 pp.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Repertorio de Jurisprudencia. 54 volúmenes. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1972-2004.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Contratos de servicios en la jurisprudencia ecuatoriana. Guayaquil, Editorial Justicia y Paz, 2001. 42 pp.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Internacional Privado ecuatoriano. 6^a. Edición, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. 1998. 370 pp.

LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Constitucional. 6^a. Edición. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000. 2 volúmenes.

MADURO LUYANDO, Eloy. Curso de Obligaciones. 10^a edición. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 1997. 800 pp.

MARTÍNEZ ESPINOSA, Jaime. Alegato (sobre incumplimiento de contratos, mora y aspectos procesales) Revista de Derecho N. 46, pp. 137-164. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986.

PÉREZ CAMACHO, Efraín. Digesto de la contratación pública. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1984. 467 pp.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. 15 volúmenes. Tomo VI Obligaciones. La Habana, 1940. 1006 pp.

PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Tomo III, Obligaciones y contratos. Pamplona, editorial Aranzadi, 1972. 672 pp.

RIVAS CASARETTO, María Dolores. El control de los contratos administrativos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, N. 15, pp. 139-168. Guayaquil, 2002.

ZAMBRANO, Miguel Ángel. Derecho de pedir la resolución del contrato, cuando la otra parte no ejecuta su obligación. Anales de la Universidad Central del Ecuador, Nº 269, tomo XLIII, pp. 237-275; Nº. 271, Tomo XLIV, pp. 147-170. Quito, 1929.

ZAMBRANO, Miguel Ángel. Efectos de la mora común en los contratos bilaterales. Anales de la Universidad Central, Nº 273, pp. 121-135. Quito, 1930.





1343325

El "Derecho Civil del Ecuador", obra magna de Monseñor Juan Larrea Holguín, constituye, a no dudarlo, el más profundo y extenso estudio de las normas jurídicas que gobiernan la vida de los hombres en sociedad, llevado a cabo en nuestro país. Es una obra de gran madurez legal, histórica, social y humana cuyo equilibrio de juicio es propio de un excepcional escritor y estudioso del Derecho, razón por la que, y aunque se corre el riesgo de no conservar intacta o perder en algo su fidelidad doctrinal, es imprescindible actualizarla para bien de todos los ecuatorianos y especialmente de los profesionales del Derecho que anhelan que la utilidad de la misma conserve el valor que siempre tuvo.

De esta tarea se han encargado ilustres juristas ecuatorianos que respondieron favorablemente al pedido de la Corporación de Estudios y Publicaciones, como un testimonio de su reconocimiento a la obra del más connotado civilista ecuatoriano. A los autores agradecemos por su colaboración, y por su noble esfuerzo, que ha hecho posible esta nueva edición; ellos son profesionales dignos, como digno es el trabajo que asumieron, a cuya ciencia y experiencia rendimos homenaje.

Precio: US\$ 25.00

ISBN: 978-9942-10-228-7



9789942102287



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

UIO Acuña E2-02 y Agama.
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2622-052 / Cel.: 0981882310 / 0998073958

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf. (593-7) 2837-281

Larrea Holguín
Juan Ignacio (



1343325