



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

La Pena Convencional en los Contratos

TESIS

ROBERTO ACOSTA GALAN

MEXICO, D. F.

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

In Memoriam, a mi Hermana

ARCELIA,

la que dejara en mi, recuerdos imborrables de ternura y confianza.

A MIS PADRES

quienes con esfuerzo han logrado que llegue a escalar este pedano de la vida, A ellos a los que todo lo debo.

A MIS HERMANOS:

Elva

Blanca

Homero

Silvia

José Manuel

Héctor y

Mario

*Como una humilde ofrenda de gratitud
y cariño.*

A MIS FAMILIARES.

AL SR. LIC. ALVARO URIBE SALAS,
*por sus nobles consejos y valiosa ayuda
para la elaboración de este trabajo.*

A MIS MAESTROS Y CONDÍSCIPULOS

A MIS AMIGOS.

*A los Directivos y Empleados de
la Compañía Técnicos en la Ad-
ministración de la Propiedad, S.
A., en especial, al señor Enrique
Wasongarz L.*

LA PENA CONVENCIONAL EN LOS CONTRATOS"

CAPITULO I

DE LA OBLIGACION EN GENERAL

- 1.—BREVES ANTECEDENTES ROMANOS**
- 2.—CONCEPTO**
- 3.—ELEMENTOS**
- 4.—FUENTES**
- 5.—MODALIDADES**
- 6.—TRANSMISION**
- 7.—EXTINCION**

1.—BREVES ANTECEDENTES ROMANOS. (1)

ORIGEN.—Los antecedentes más remotos que tenemos acerca de las instituciones jurídicas son precisamente los antecedentes romanos; y es obvio que siendo el derecho de las obligaciones una parte muy importante de estas instituciones, encontramos en el derecho romano los primeros principios de esta materia.

Las Instituciones de Justiniano nos dan un concepto de obligación, y así tenemos que la definen diciendo: "OBLIGATIO EST IURIS VINCULUM, QUO NECESSITATE ADSTRINGIMUR ALICUIUS SOLVENDAE REI, SECUNDUM NOSTRAE CIVITATIS IURA"; Paulo la define de la manera siguiente: "OBLIGATIONUM SUBSTANTIA NON IN EO CONSISTIT UT ALIQUOD CORPUS NOSTRUM AUT SERVITUTEM NOSTRAM FACIAT, SED UT ALIUM NOBIS OBSTRINGAT AD DANDUM ALQUID VEL FACIENDUM VEL PRAESTANDUM", luego pues, los elementos de la obligación son uno o más sujetos activos; uno o más sujetos pasivos, que de acuerdo con las ideas de Paulo pueden consistir en dare, facere o praestare

ETIMOLOGIA DE LA OBLIGACION.—Nos señala el Dr. Guillermo Floris Margadant S. que la obligación romana nació dentro del terreno de los delitos, a que estos hacían surgir a favor de la víctima o de sus familiares el derecho a la venganza, el cual se encontraba relativamente limitado por el principio del talión. El "delincuente" debía cierta prestación a su víctima o a sus familiares, y como garantía de esa prestación, un miembro de la familia quedaba ob-ligatus (atado) en

(1) Floris Margadant S. Guillemo. El Derecho Privado Romano, págs. 300 y sigs.

la domus de la víctima como una especie de rehén. Más tarde aparece la MANUS INIECTIO, la cual consiste en que el acreedor se lleve a su deudor a una cárcel privada, lugar en que lo retiene por espacio de 60 días, mostrándolo tres veces en el mercado, con el fin de que alguien se interesa por él y pague lo que se le debe. Pasado ese tiempo de 60 días, el acreedor tiene derecho de venderlo como esclavo, o el derecho de privarlo de la vida. Aparece mas tarde la LEX POETELIA PAPIRIA, la que suprime el encarcelamiento por deudas de carácter civil.

Los Romanos distinguían diversas clases de obligaciones, y así tenemos:

- a) Obligaciones unilaterales y obligaciones sinalagmáticas.—En las primeras una sola de las partes es deudora y la otra es acreedora; en las segundas, ambas partes tienen derechos y deberes recíprocos.
- b) Obligaciones Stricti iuris y Obligaciones Bonae Fidei.—En las primeras el sujeto pasivo está obligado solamente al cumplimiento de lo pactado; en tanto que en las segundas, el sujeto pasivo cumplirá su obligación tomando en consideración no solo lo pactado, sino también las circunstancias e intenciones que los contratantes tuvieron.
- c) Negocios abstractos y negocios causales.—Los primeros son aquellos cuyo nacimiento no tiene importancia para su cumplimiento, se establecen deberes sin importar el origen de los mismos; en los segundos, el origen o nacimiento de los mismos es perfectamente conocido.
- d) Obligaciones civiles y obligaciones naturales.—Las primeras confieren al acreedor una acción para obligar al deudor a su cumplimiento; en tanto que las obligaciones naturales tienen una raíz de índole moral, quedando a la buena fe del deudor su cumplimiento.
- e) Obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles.—Son indivisibles aquellas que por la naturaleza de su objeto indirecto, su división, haría perder al mismo su valor. Siendo también indivisibles las que por disposición especial del derecho positivo les da éste carácter, como lo son las servidumbres reales.
- f) Obligaciones específicas y obligaciones genéricas.—Las primeras son aquellas que solo pueden pagarse entregando precisamente el objeto por el que se está obligado; en tanto que en las segundas, la

obligación se paga entregando el objeto determinado solo por el género y la cuantía.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.—Gayo (2) enseñaba en sus Instituciones que las obligaciones nacían de contratos o de delitos; señalando el propio Gayo en su Digesto, con posterioridad, una nueva fuente de obligaciones, siendo ésta **VARIAE CAUSARUM FIGURAE**.

Justiniano (3) señala cuatro fuentes de las obligaciones, a saber: contratos, delitos, cuasi contratos y cuasidelitos.

Siguiendo un orden progresivo, veremos, aunque en forma por demás breve, cuáles son los elementos del contrato: Sujeto, objeto, consentimiento, causa y forma, pudiendo dar lugar cada uno de ellos a particularidades especiales del contrato, y por tanto, a rasgos particulares de la obligación.

A.—SUJETOS.—Los sujetos son elementos indispensables necesitándose para un acuerdo cuando menos dos personas (un sujeto activo y otro pasivo); lo que no impide de ninguna manera la existencia de pluralidad de sujetos activos y sujetos pasivos. Debiendo hacer notar que el derecho romano exigía que los derechos subjetivos se ejercieran personalmente, no permitiendo por ende la representación jurídica, lo que es obvio, en razón del carácter tan estrictamente personal de las obligaciones romanas; pero con esto no quiere decirse que los romanos hayan desconocido el contrato de mandato, el cual aplicaban desde épocas remotas, pero sin que los actos del mandatario produjeran sus efectos directamente sobre el patrimonio del mandante, lo que daba lugar a un mandato sin representación.

B.—EL OBJETO.—Este podía consistir en **DARE, FACERE, PRAESTARE, NON FACERE O TOLERARE**, siendo el principal vicio de este elemento la imposibilidad que podía ser física o jurídica pero además de estas necesidades de ser física y jurídicamente posibles, era menester para el derecho romano que el objeto fuese valorable en dinero, sin lo cual no podía existir acción para defender el supuesto de-

(2) Gayo, citado por el Dr. Guillermo Floris Margadant. Ob. Cit. pág. 307.

(3) Justiniano, citado por el Dr. Guillermo Floris Margadant. Ob. Cit. pág. 307.

recho, pues la condena tenía por objeto el pago de una cantidad de dinero.

C.—EL CONSENTIMIENTO.—Que consiste en “la congruencia entre las voluntades declaradas de las partes” (4), o bien, “es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado”. (5)

Los vicios de éste elemento pueden encontrar su origen en **EL ERROR, EL DOLO, LA INTIMIDACION Y LA LESION**. Por su parte Eugene Petit (6) distingue solamente dos causas, que son **EL DOLO Y LA VIOLENCIA**, definiéndolas de la manera siguiente: por dolo se entienden los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico; y la violencia (*vis ac metus*), consiste en actos de fuerza material o moral, que de ordinario hacen impresión en una persona razonable, y que inspiran a la que es objeto de ella un temor suficiente para obligarla a dar su consentimiento.

Ulpiano (7) nos señala: **NON CONSENTIUNT QUI ERRANT** (donde hoy error no hay consentimiento). En Roma excepcionalmente se admitía la invalidez de un contrato a causa de la **IGNORANTIA IURIS** (desconocimiento del derecho), solo cuando la persona que había cometido el error era un menor de 25 años, una mujer, un soldado o un campesino; siempre y cuando el que alegara esa situación pretendiera con ello evitarse un daño y no obener un lucro. Asimismo además del error de derecho, los romanos consideraban el error de hecho, el cual podía ser: **ERROR IN NEGOTIO, ERROR IN DEMONSTRATIONE, ERROR IN SUBSTANTIA, ERROR IN QUANTITATE, ERROR IN CORPORE, ERROR IN PERSONA Y ERROR IN CAUSA.**

LA INTIMIDACION.—Llamada por Eugene Petit violencia física, en cuyo caso el pretor ofrecía ayuda a la parte perjudicada, si ésta reunía los requisitos siguientes: (Esto en virtud de que al quitar li-

(4) Floris Margadant, Guillermo Ob. Cit., pág. 324.

(5) Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 325.

(6) Petit Eugene, Ob. Cit., pág. 326 y sigs.

(7) Ulpiano. Citado por el Dr. Guillermo Floris Margadant, Ob. Cit., pág. 325.

bertad al consentimiento, no lo suprimía como elemento del contrato) 1.—Que la intimidación impresionara a un hombre muy valiente; 2.—Que la intimidación fuera ilegítima; 3.—Que el mal con que se amenazara fuera mayor que el daño producido por el contrato celebrado bajo intimidación y 4.—Que se trata de una amenaza actual, verdadera, que no consistiera en una mera posibilidad de peligro.

EL DOLO.—Es conveniente aclarar que los romanos distinguían el dolo bueno del dolo malo, y así decían: **EL DOLUS MALUS** es toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona; el dolo bueno, mas bien es un acto de inteligencia que un acto inmoral.

LA LESION.—Es aprovecharse de la ignorancia o situación difícil por la que atravieza el otro contratante, obteniendo con ello un desequilibrio entre la prestación y la contraprestación.

D.—LA CAUSA.—Este elemento no se necesita en todo contrato. Así tenemos que en los negocios abstractos éste elemento no tenía ninguna importancia; no así en los negocios causales, en que la causa lícita era elemento esencial. Encontramos que la causa tiene dos aspectos muy distintos: **EL OBJETIVO Y EL SUBJETIVO**. El primero es el que tiene una función económico-social típica del negocio de que se trate; en tanto que el segundo, es un impulso psicológico el que invita a las partes a contratar.

E.—LA FORMA.—Mientras el contrato real requería para su perfeccionamiento la entrega física de una cosa; el contrato consensual se perfeccionaba por el mero consentimiento de las partes. Para la manifestación de tal consentimiento el derecho romano no requería ninguna forma especial, pudiéndose hacer verbalmente, por escrito, por signos, e inclusive, tácitamente. En la época preclásica la religión, la magia, el derecho y la reducida difusión del arte de leer y escribir, provocó la necesidad de transformar los actos jurídicos en pequeñas piezas de teatro, en forma por demás minuciosas.

TRASMISION DE LAS OBLIGACIONES.—El modo usual romano para la trasmisión de créditos lo era la delegación activa o **DELEGATIO NOMINIS**, que consistía en que el acreedor que transmitía su crédito a un tercero ordenaba a su deudor que prometiese pagar a és-

te lo que debía a aquél; situación que podía dar lugar a que el deudor se negara a tal obligación. Ello dio lugar a una nueva forma de transmisión de créditos, la llamada **PROCURATIO IN REM SUAM**.—Este medio es proporcionado por un procedimiento formulario que admite la posibilidad de que las partes utilicen un representante nombrado por el acreedor, el que respondía al nombre de **PROCURATOR**, el cual, a nombre del acreedor, hacía valer el crédito, mismo que si era satisfecho por la acción del mandato, obligaba al **PROCURATOR** a entregar lo recibido al acreedor. En la cesión de crédito operaba de la manera siguiente: **EL PROCURATOR** lo era la persona a quien se quería ceder el crédito, el cual una vez obtenido el crédito, lo retenía para sí, sin obligación de entregarlo al acreedor; lo que no originaba las acciones propias del mandato ordinario. Luego pues, este **PROCURATOR IN REM SUAM**, ejercitaba la acción en nombre del mandante, pero en interés propio.

Este medio al que nos hemos referido tampoco era perfecto, pues el acreedor podía revocar la **PROCURATIO IN REM SUAM**, y si moría el mandante o el mandatario, la **PROCURATIO** se extinguía.

En el año 422 de nuestra era, una constitución de Honorio y Teodosio prohibió la cesión de un crédito **AD POLENTIOREM**, o sea aquella dada a una persona que por su ascendencia social o política podía fácilmente hacer efectivo el crédito; tal prohibición se hizo bajo pena de caducidad del crédito.

Existió también la cesión de crédito obligatoria, llamada **CESSIO NECESARIA**, la cual se aplicaba por ejemplo, en el supuesto de que el pago de un crédito hubiese sido hecho por el fiador, lo que obligaba al acreedor a cederle tal crédito a éste, a fin de que lo hiciera efectivo con su fiado. (8)

RESPONSABILIDAD POR DEUDAS AJENAS.—1.—Responsabilidad del paterfamilias por los contratos de los sujetos a su potestad.—Con arreglo al Derecho Civil el propietario de un esclavo respondía de los delitos cometidos por aquel; lo mismo ocurría al paterfamilias con su hijo. Tratándose de contratos celebrados por el esclavo o el hijo,

(8) Santa Cruz Tejeira, José.—Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano, pág. 443 y sigs.

tanto el propietario como el paterfamilias, no quedaban sujetos nunca a responsabilidad civil; sin embargo, el pretor suple en ciertos y determinados casos esta responsabilidad, mediante una serie de acciones creadas para esos efectos, las cuales son las siguientes:

a) **ACTIO DE PECULIO.**—Que consiste en el supuesto de que el paterfamilias o el propietario del esclavo concedan un peculio a éstos, es decir, que se les autorice para administrar algunos bienes por su cuenta como propios, caso en el cual se puede hacer responsables de todos los contratos celebrados por el hijo o el esclavo hasta donde alcance el peculio.

b) **ACTIO TRIBUTORIA.**—El dominus, sin embargo, puede tener preferencia en el reparto del peculio, cuando él mismo tenga créditos en contra del esclavo, en virtud de contratos o cuasicontratos celebrados con el mismo; pero por virtud de ésta Actio Tributoria pierde el derecho anterior el dominus cuando el esclavo, a sabiendas y con el consentimiento del señor emplea el peculio en negocios comerciales; llegando al grado de que si el peculio no alcanza a cubrir todas las deudas contraídas, los créditos del dominus entran a formar parte de los demás créditos. El déficit se reparte entonces proporcionalmente entre todos los créditos.

c) **ACTIO DE IN REM VERSO.**—No hay posibilidades de obligaciones civiles entre señor y esclavo; mas las obligaciones naturales nacidas de sus contratos y cuasicontratos, aumentan o menoscaban el peculio. Ahora bien, si el esclavo contrata con un tercero como gestor de negocios de su señor, adquiere contra el dominus un derecho natural, el que le exime de las deudas contraídas a favor de él. Por tanto, el acreedor del esclavo, mediante esta acción puede hacer efectivo contra el propio dominus el derecho de "indemnidad" del esclavo, es decir, el derecho de exigir que el señor le pague, sin atender a la cuantía del peculio ni a la existencia de otros acreedores peculiares, y sin que el dueño pueda previamente deducir los créditos existentes a su favor.

d) **ACTIO QUOD JUSSU.**—Por esta acción el señor responde por la totalidad de las deudas asumidas por su esclavo, cuando ha concedido a éste poder para que contrate.

e) **ACTIO EXERCITORIA Y ACTIO INSTITORIA.**—Estas dos acciones dan derecho a los acreedores para exigir la totalidad de la

deuda al dominus, cuando el señor, en la primera acción, pone al frente de una nave, como capitán a un esclavo, otorgándole mandato general para todos los negocios. Y en la segunda acción cuando el esclavo es designado por el señor como apoderado comercial o agente de una industria cualquiera.

II.—Responsabilidad del principal por los contratos que celebran sus dependientes sui juris.—La ACTIO EXERCITORIA y la ACTIO INSTITORIA aplicanse asimismo, a los casos en que se nombre capitán de una nave o INSTITOR a una persona sui juris, requiriéndose para tal efecto que el buque como la empresa tengan carácter mercantil. (9)

MODOS DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.—El cumplimiento de una obligación, hasta fines de la época republicana, no era suficiente para extinguir las obligaciones; para ello era necesario una liberación que era el CONTRARIUS ACTUS: En caso de obligaciones nacidas de la stipulatio, se necesitaba la acceptilatio, la cual se llevaba a cabo en presencia de testigos y levantándose el acta correspondiente; tratándose de obligaciones litteris, era necesaria la inscripción contraria a la anotada en el libro original.

En tiempos de Cicerón, nos enseña el maestro Floris Mergadant (10), Aquilio Galo creó la ACTIO DOLI y la EXCEPTIO DOLI, con lo que si un acreedor trataba de aprovecharse de la falta de alguna de las formalidades enunciadas anteriormente, y pretendía con ello un doble cumplimiento de la obligación, el deudor se servía de estos medios procesales a fin de defenderse. Al desaparecer los ACTUS CONTRARIUS (o sean las formalidades señaladas), la extinción de las obligaciones se divide en dos grupos, a saber:

a) EXTINCION IPSO JURE y b) EXTINCION EXCEPTIONIS OPE.—En el primer caso, aunque el demandado no alegara la existencia de estos modos de extinción ante el pretor, el juez debía tenerlos en cuenta; en el segundo caso, si el demandado no hacía valer estas excepciones, no podía alegar ante el IUDEX su existencia.

Modos que operan IPSO JURE.—1.—EL PAGO, o sea la SOLU-

(9) Sohm, Rodolfo.—Instituciones de Derecho Privado Romano, pág. 262 y sigs.

(10) Floris Margadant, Guillermo.—Ob. Cit., pág. 358 y sigs.

TIO, el cual podía hacerlo cualquier persona al acreedor, siempre y cuando no se tratara de prestaciones personalísimas, en las cuales debía hacer el pago personalmente el deudor. En cuanto al lugar del pago se fijaba en el contrato cuál debía ser; pero con frecuencia la propia naturaleza de las cosas indicaban cuál era el lugar. Es importante señalar también que el acreedor no estaba obligado a aceptar pagos parciales; el pago debía ser total, salvo pacto especial.

2.—LA DACION EN PAGO o IN SOLUTUM DATIO.—Consistía en el pago que hacía el deudor al acreedor de su obligación, con una cosa distinta de la convenida, previo consentimiento del acreedor.

3.—REMISION DE DEUDA.—Es la declaración del acreedor en el sentido de que se abstendrá de reclamar al deudor su obligación, dándole un finiquito, un recibo simulado de pago: la solemne ACCEP-TILATIO.

4.—LA NOVACION.—Que consistía en traspasar una obligación a otra nueva modificando un solo elemento; confundiéndose a veces con la dación en pago. Para evitar dudas, Justiniano exigió que las partes expresaran claramente su ANIMUS NOVANDI. Al nacer una nueva obligación, las accesorias se extinguían de inmediato.

5.—CONCURSUS CAUSARUM LUCRATIVARUM.—Ocurre éste cuando el acreedor adquiere, por diferentes causas lucrativas, el objeto concreto que se le adeuda por otro título gratuito; por ejemplo, me prometen regalarme un objeto, pero antes de serme entregado, llega a mis manos por legado de otra persona. (11)

6.—LA CONFUSION.—Era el caso de que el acreedor y el deudor a la vez, recayeran en una misma persona.

7.—La violencia ejercida por el acreedor a fin de obtener el pago de su crédito, extinguía la obligación.

8.—LAS SENTENCIAS.

9.—LA PERDIDA DEL OBJETO DEBIDO.—O sea la imposibilidad de la prestación, que exime al deudor de su cumplimiento cuando se produzca por causa que no le sea imputable (caso fortuito). (12)

(11) Sohm, Rodolfo.—Ob. Cit., pág. 272 en relación con la pág. 200.

(12) Sohm, Rodolfo.—Ob. Cit., pág. 272.

10.—LA MUERTE O CAPITIS DEMINUTIO DE UNA PARTE.

11.—LA DELEGACION.—Cuando el acreedor aprueba que sea otro sujeto, diverso del deudor, el sujeto pasivo.

Modos que operan EXCEPTIONIS OPE.—1.—MODALIDADES EXTINTIVAS.—En el caso de haberse cumplido un término o una condición resolutoria, ésta debía anotarse, a fin de que el IUDEX la tomara en consideración.

2.—PACTO DE NON PRETENDO.—También la existencia de un pacto de remisión debía alegarse IN IURE, e insertarse en la fórmula.

3.—COMPENSACION.—Que consiste en la extinción de dos deudas hasta por su diferencia, siendo necesario para que operara ésta, que se llenaran los requisitos siguientes: a) Que ambas deudas estuvieran vencidas; b) Que ambas deudas tuvieran el mismo objeto genérico; c) Que ambas fueran líquidas; d) Que contra el crédito ofrecido en compensación no existiera ninguna excepción eficaz.

2.—CONCEPTO.—Acerca de las obligaciones hay un sinnúmero de conceptos que sobre las mismas se han esbozado, así tenemos:

Partiendo de los conceptos de obligación dados por los autores romanos, (mismos que señalamos en el apartado anterior) los autores modernos han dado definiciones que no difieren mucho de las señaladas por aquellos, a saber:

a) POTHIER, define la obligación diciendo: “Es un vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa”. (13)

b) BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, nos dice: “la obligación, en el sentido jurídico de la palabra, puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa”. (14)

c) PLANIOL.—“La definición usual de la obligación es ésta: un vínculo de derecho por el cual una persona está sujeta para con

(13) POTHIER, citado por Borja Soriano.—Obra citada T. I., pág. 80.

(14) BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE.—citado por Borja Soriano, Ob. Cit., T. I., pág. 80.

otra a hacer o no hacer alguna cosa"; señalando también éste autor: "Es una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor tiene el derecho de exigir cierto hecho de otra que se llama deudor". (15)

d) BONNECASE, nos dice: "El derecho de crédito es una relación de derecho, en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra llamada deudor, la ejecución de una prestación determinada, positiva o negativa, y susceptible de evaluación pecuniaria". (16)

e) LUIS DE GASPERI.—"Obligación es un equivalente o múltiplo de una unidad ideal de justicia entre los términos activo y pasivo de una relación jurídica, cumplida mediante la necesidad a que éste se ve socialmente constreñido para una prestación económica y compensatoria a favor de aquel". (17)

De la comparación de las definiciones anteriores podemos observar que unas se caracterizan por considerar a la obligación como un vínculo; en otras se substituye la palabra vínculo por relación jurídica; en otras se habla de necesidad jurídica. En todas se alude al objeto de la obligación, diciéndose que por virtud de la obligación el deudor debe dar, hacer o no hacer, o en otros términos, ejecutar una prestación o someterse a una abstención. Unas definiciones ven en el aspecto pasivo de la obligación refiriéndose al estado del deudor; otras ven el aspecto activo, refiriéndose al acreedor, quien tiene la facultad de exigir algo al deudor.

Pasaremos enseguida a esbozar algunas ideas propuestas por maestros de ésta Facultad de Derecho, así tenemos: El maestro Manuel Borja Soriano nos dice: "Obligación es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor". (18)

(15) PLANIOL.—Citado por Borja Soriano, Ob. Cit., T. I., pág. 80.

(16) BONNECASE.—Citado por Borja Soriano, Ob. Cit., T. I., pág. 81.

(17) DE GASPERI, LUIS.—Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino., Vol. 1, pág. 25.

(18) Borja Soriano, Manuel.—Ob. Cit., T. I., Pág. 81.

Por otra parte, el maestro Rojina Villegas nos enseña que tradicionalmente la obligación se ha definido de la siguiente manera: "Como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona llamada acreedor"; y continua diciendo: "Podríamos decir que los tratadistas modernos definen la obligación como una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor está facultado para exigir de otro llamado deudor, una prestación o una abstención". Según el propio maestro Rojina Villegas este concepto no prejuzga respecto a la determinación o indeterminación de los sujetos, tampoco se exige que el objeto de la obligación sea patrimonial (tal y como lo señala el maestro Borja Soriano), se afirma simplemente que el acreedor está facultado para exigir del deudor una prestación o una abstención. (19)

El maestro Ernesto Gutiérrez y González nos da el siguiente concepto de obligación: "Derecho personal, derecho de crédito u obligación, es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor que puede exigir, de otra llamada deudor, que debe cumplir, una prestación patrimonial de carácter pecunario o moral". (20)

El Código Civil de 1870, en su artículo 1442, define a la obligación de la siguiente manera: "Obligación personal es la que sólomente liga a las personas que le contraen y a sus herederos".

El Código Civil de 1884, en su artículo 1326, define a la obligación en los mismos términos que el Código Civil de 1870.

El Código Civil vigente no define lo que es obligación.

3.—ELEMENTOS.—El maestro Borja Soriano tomando en consideración la definición que nos señala respecto de la obligación, considera que de ella se desprenden tres elementos, y que son: A.—Los sujetos; B.—La relación jurídica, y C.—El objeto, analizando en éste orden cada uno de ellos:

A.—LOS SUJETOS.—Son estos un sujeto activo y uno pasivo, acreedor y deudor, pudiendo ser uno o varios de ambos géneros. Al respecto se da la interrogante si una obligación puede tener titulares

(19) Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, pág.7 y 9.

(20) Gutiérrez y González, Ernesto.—Derecho de las Obligaciones, pág. 19.

activos y pasivos indeterminados: Demogue sostiene, y con razón que nada impide técnicamente que un deudor o un acreedor sea indeterminado, bastando solamente que en el momento de su vencimiento haya quien lo exija y quien lo efectue.

B.—LA RELACION JURIDICA.—Esta relación jurídica está protegida por el derecho objetivo, y da al acreedor una acción para ser ejercida ante el juez, de tal manera que se obtenga la prestación objeto de la obligación. Este carácter diferencia la obligación de los deberes morales o del trato social, los que no cuentan con la sanción del poder público.

C.—EL OBJETO.—Que viene a ser una prestación o una abstención de carácter patrimonial. Este objeto puede ser un hecho positivo o prestación, que consistiría por ejemplo en la entrega de dinero o la ejecución de un trabajo. Puede ser también un hecho negativo, o abstención, que puede consistir en no hacer. De donde se deduce pues, que son tres los objetos posibles: Dar, hacer y no hacer. (21)

El maestro Rafael Rojina Villegas por su parte considera, que el elemento subjetivo y objetivo son constantes y necesarios en toda obligación, debiéndose tomar también en cuenta "el proceso genético". Partiendo por consiguiente de dos elementos. a) el subjetivo y b) el objetivo, a saber:

a) **SUJETOS.**—Este elemento es imprescindible en la obligación, por cuanto que toda obligación implica un deber jurídico para alguien y este deber supone correlativamente una facultad que se convierte en el derecho de un sujeto. "Parece innecesario, nos dice el maestro Rojina, insistir en que los sujetos son elementos de la relación y también de la obligación. Lógicamente los sujetos son más bien elementos de la relación, pero la obligación en sí misma, como deber jurídico no podría explicarse mencionado solo al deudor o sujeto pasivo porque la noción de deber es correlativa de la noción de facultad". El propio maestro Rojina nos indica que ha habido una teoría que pretende demostrar que los sujetos ya no son elementos esenciales de la obligación. Al respecto señala Rojina Villegas que Gaudemet parte del hecho de que la obligación moderna permite el cambio de acreedor

(21) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit., T. I, pág. 82, 83 y 84.

o de deudor; situación que el derecho romano no toleraba, operándose una novación en el supuesto que ocurriera. Si en la actualidad, señala Gaudament, y especialmente a partir del Código Alemán, es posible el cambio no solo del acreedor, sino también del deudor. A lo que contesta el maestro Rojina que la posición anterior es rechazada definitivamente por la doctrina, y también por los propios códigos, los que si admitiesen la posibilidad de que la obligación subsistiera desapareciendo el acreedor o el deudor, entonces tendría razón Gaudemet y todos los que se han afiliado a sus ideas.

b) OBJETO.—El objeto de la obligación se caracteriza como una prestación o como una abstención (conducta positiva o negativa). Tratándose, al enunciar de ésta manera el elemento objetivo, de no cometer el error de afirmar que son objetos de las obligaciones las cosas, cuando las prestaciones se refieren a los bienes en general. (22)

De lo visto anteriormente, respecto a los elementos de la obligación, y tomando en cuenta las ideas esbozadas por profesores de ésta Facultad de Derecho, concluimos que: Rojina Villegas considera únicamente dos elementos de la obligación, que son: **LOS SUJETOS Y EL OBJETO** en tanto que Borja Soriano y Gutiérrez y González agregan a aquellos un elemento más: **LA RELACION JURIDICA**.

CARACTER PATRIMONIAL DE LA PRESTACION.—A este respecto el maestro Borja Soriano opina: "Ha sido y es aún muy discutido el problema de si el objeto de la obligación debe ser susceptible de evaluación pecuniaria". El Código Civil de 1884, artículo 1306, fracción II, refiriéndose al objeto de las obligaciones contractuales exige que pueda reducirse a un valor exigible. El Código Alemán en su artículo 241 señala: "En virtud de la relación de obligación, el acreedor tiene el derecho de exigir del deudor una prestación. La prestación puede consistir igualmente en una abstención", y continúa el maestro Borja Soriano: como se ve en éste artículo no se hace alusión al valor pecuniario de la obligación y esto ha sido intencional: la fracción II del artículo 1306 del Código Civil de 1884 no ha sido reproducida por nuestro actual Código Civil, lo cual puede interpretarse, o bien que se deja a la doctrina la solución del problema, o que se acor-

(22) ROJINA VILLEGAS, Rafael.—Ob. Cit. T. I., págs. 12, 13, 14, 15 y 16.

ta la intención del Código Civil Alemán. Esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial, que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección. (23)

El maestro Rojina Villegas por su parte, y haciendo una síntesis de la tesis de IHERING, desprende que el deber jurídico del deudor puede ser patrimonial en sí, o de carácter moral. No se pretende saber si la contraprestación en las obligaciones bilaterales tienen o no carácter patrimonial, tenemos: el deudor se obliga por una suma de dinero que a cambio va a recibir, y si es cierto que ejecuta un hecho no patrimonial, una prestación de carácter moral, va a recibir una compensación en dinero, aunque es cierto, no desvirtúa la prestación del deudor que es independiente del pago que recibe. IHERING afirma que a propósito del derecho de crédito la norma protege valores patrimoniales y espirituales del acreedor, porque es suficiente que haya un interés digno de protegerse, no importando la naturaleza del mismo. Este criterio no es objetivo ni universal; es decir, no es común a todos los derechos ni a todas las épocas y lugares. Depende de la época, del lugar y del sistema filosófico-jurídico que impere en una legislación. Pero, agrega, si es indiscutible que en todo tiempo y lugar se protegen ciertos valores espirituales del acreedor.

Al referirse el maestro Rojina al art. 1306 del Código Civil de 1884, mismo al que se refiere el maestro Borja Soriano, señala cuando es imposible el objeto de la obligación o del contrato. Es decir, de plano se consideró en el Código de 1884 que no puede ser materia del contrato aquella cosa o acto que no se pueda reducir aun valor exigible. Agrega, no se refiere a un "valor pecuniario", sino "valor exigible" y los valores morales, en el caso de incumplimiento del deudor, no podrían ser exigibles, para alcanzar la satisfacción espiritual requerida para el acreedor. De donde llegamos a la conclusión de que el Código Civil anterior solo cuando el valor era exigible en juicio, la obligación era jurídicamente posible. (24)

(23) BORJA SORIANO, Manuel.—Ob. Cit., T. I. pág. 84.

(24) Rojina Villegas, Rafael.—Ob. Cit., págs. 16 y sigs.

El Código Civil vigente, por lo que hace al carácter patrimonial de la prestación se orienta dentro de la tesis de Ihering, al señalar que el interés que protege el derecho en favor del acreedor puede ser patrimonial o no patrimonial y, por consiguiente, el deudor puede obligarse a prestaciones que no tengan un valor exigible en dinero, y que dentro de la garantía que presta el derecho para el cumplimiento de estas obligaciones, busca la mejor forma de satisfacer el interés del acreedor. Desde luego el artículo 1306 del Código Civil de 1884 se modifica en el Código Civil vigente y se suprime expresamente el principio de que: "Son legalmente imposibles las cosas o actos que no se pueden reducir a su valor exigible". Por consiguiente se demuestra la intención del legislador de considerar como obligación posible aquella en las que las cosas o actos tengan un valor moral o espiritual.

4.—FUENTES.—La palabra fuente tiene su raíz etimológica en el término latino "FONS" "FONTIS", lo que significa el manantial de agua que brota de la tierra.

La palabra fuente se tomó metafóricamente y fue llevada al campo del derecho, y es frecuente encontrar que se habla de "fuentes" en el campo de la filosofía del derecho, para buscar de donde brota o emana este producto social que rige la conducta de los hombres. También en el campo de las obligaciones se habla de "fuentes", y se quiere designar con éste término el manantial de donde brotan los derechos de crédito, o derechos personales. (25)

Planiol considera como fuente de las obligaciones las siguientes: a) el contrato y b) la ley, absorbiendo ésta el cuasicontrato, el cuasidelito y el propio delito. (26) Se critica esta tesis de Planiol ya que tendría que reconocerse que en el último de los casos es la ley única fuente de las obligaciones, pues el contrato produce consecuencias jurídicas, en tanto que la ley lo autorice y reconozca.

Demogue señala las siguientes fuentes de las obligaciones: A) el contrato; B) la voluntad unilateral; C) el delito y el cuasidelito; D) cuasicontrato; E) el simple hecho que engendra una obligación, no preocupándose la ley de la voluntad de quien lo realizó. (27)

(25) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.—Ob. Cit., pág. 82.

(26) PLANIOL.—Citado por Borja Soriano, Ob. cit. T. I., pág. 447.

(27) DEMOGUE.—Citado por Borja Soriano, Ob. cit. T. I., pág. 447.

Colín y Capitant clasifican las fuentes de la manera siguiente: a) el contrato; b) promesa unilateral; c) los actos ilícitos; d) enriquecimiento injusto; e) gestión de negocios. (28)

Josserand las clasifica de la siguiente manera: a) los actos jurídicos, los cuales se subdividen en contratos y en promesas unilaterales; b) actos ilícitos (delitos y cuasidelitos); c) enriquecimiento sin causa y d) la ley. (29)

Bonnetcase, respecto de las fuentes de las obligaciones, concluye: "La ley puesta en movimiento por el acto jurídico y el hecho jurídico, es la única fuente de las obligaciones". (30)

Existe actualmente la tendencia a simplificar la clasificación de las fuentes de las obligaciones. En la doctrina francesa podemos considerar como clasificaciones dualistas las que proponen Planiol y Bonnetcase. En otros autores encontramos la tendencia contraria, consistente en enumerar distintas fuentes autónomas, sin comprender que las mismas quedan incluidas en una clasificación más general, que se funde en grandes grupos.

Después de haber señalado cuales son las fuentes de las obligaciones propuestas por algunos autores extranjeros, analizaremos la clasificación que propone el maestro Rafael Rojina Villegas. Este autor considera que las únicas fuentes de las obligaciones son respectivamente el hecho jurídico y la ley. Comprende dentro de la noción general de los hechos jurídicos, los estados jurídicos como situaciones permanentes que vienen a condicionar un estatuto legal, para producir múltiples consecuencias de derecho, entre las que se pueden encontrar, en ocasiones, las relativas a la creación de obligaciones, y así nos señala: **ACTOS JURIDICOS:** 1) contrato; 2) testamento; 3) declaración unilateral de voluntad; 4) actos de autoridad (sentencia, sequestro, adjudicación, remate y resoluciones administrativas). **HECHOS JURIDICOS.**—a) Hechos naturales.—1) Hechos simplemente naturales; 2) Hechos naturales relacionados con el hombre. b) Hechos del hombre.—1) Hechos voluntarios lícitos (gestión de negocios,

(28) COLIN Y CAPITANT.—Citados por Borja Soriano, Ob. Cit., T. I. pág. 447.

(29) JOSSERAND.—Citado por Borja Soriano, Ob. cit., T. I. pág. 447.

(30) BONNETCASE.—Citado por Borja Soriano, Ob. Cit., T. I. pág. 447.

enriquecimiento sin causa y responsabilidad objetiva); 2) Hechos voluntarios ilícitos (delitos dolosos, delitos culposos, incumplimiento de las obligaciones, culpa contractual en sentido estricto, recepción dolosa de lo indebido, abuso del derecho, posesión de mala fe y accesión artificial de mala fe); 3) Hechos involuntarios; 4) Hechos contra la voluntad. (31)

Clasificación de nuestros Códigos.—Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 distinguieron las siguientes fuentes: 1.—El contrato; 2.—El pago de lo indebido; 3.—La gestión de negocios; 4.—Los hechos ilícitos (sin emplear la denominación de delitos y cuasidelitos) y 5.—Otros hechos jurídicos que se encuentran reconocidos en los artículos de dichos códigos. Se separaron esos ordenamientos del Código Napoleón, en que en lugar del cuasicontrato mencionaron como fuente el pago de lo indebido y la gestación de negocios, y en vez de los delitos y cuasidelitos, trataron en general de los hechos ilícitos. El Código Civil vigente comprende las siguientes fuentes: a) el contrato; b) declaración unilateral de voluntad; c) enriquecimiento ilegítimo; d) gestión de negocios; e) actos ilícitos y f) riesgo profesional.

5.—MODALIDADES.—El Licenciado Germán Fernández del Castillo (32) al referirse a las modalidades desde su origen, afirma que “modalidad es palabra reciente de la lengua castellana, a la cual se introdujo por la palabra francesa “modalité”, empleada en el lenguaje científico para designar ciertos aspectos que revisten las cosas, o sea una cualidad de ellas que sirve para considerarlas desde un punto de vista especial;... Modalidad, palabra castellanizada, es el modo de ser una cosa, sin que por recibirla se cambie o destruya su esencia. No puede confundírsele con la palabra modificación, pues ésta implica un cambio substancial y no accidental”.

Según el maestro Ernesto Gutiérrez y González, por modalidad debe entenderse cualquier circunstancia, calidad o requisitos que en forma genérica pueden ir unidos a la substancia, sin modificarla, de cualquier hecho o acto jurídico; incluyéndose en este concepto caracteres comunes de las modalidades, y que son: a) generalidad, o sea

(31) Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit., pág. 51.

(32) Germán Fernández del Castillo, citado por Gutiérrez y González., pág. 635.

que deben poder aplicarse a cualquier clase de hecho o acto jurídico y b) Van unidas a un elemento substancial. Las modalidades deben afectar a las partes esenciales del hecho o acto, pero sin modificarlo, pues entonces ya no será modalidad sino modificación. (33)

El maestro Rojina Villegas, nos dice al respecto: "La modalidad afecta la existencia misma de la obligación por medio de la condición suspensiva o resolutoria, su exigibilidad a través de un término, o bien hace compleja la naturaleza del vínculo, estableciendo una pluralidad de sujetos en las obligaciones mancomunadas y en las solidarias, o de objetos en las conjuntivas y alternativas". (34)

Luego pues, se desprende que la modalidad es un hecho que puede, respecto de las obligaciones, afectarlas, en cuanto a su existencia, exigibilidad, sujetos u objetos.

1.—CONDICIONES Y TERMINOS.—La condición es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende el nacimiento o extinción de una obligación; lo que da lugar a la existencia de condiciones suspensivas y condiciones resolutorias. La condición suspensiva lo es, cuando de su verificación depende el nacimiento de la obligación. La condición es resolutoria, cuando de su cumplimiento deriva la extinción de la obligación.

El término es un acontecimiento futuro de realización cierta, de cuyo cumplimiento depende únicamente la exigibilidad de la obligación, bien sea aplazando sus efectos a partir de cierta fecha, o bien dando término a la relación jurídica.

Encontramos claramente diferenciados el término y la condición en los siguientes puntos: a) el término es un acontecimiento de realización cierta; la condición es de realización incierta. b) el término no afecta a la existencia de la obligación, sino solo a su exigibilidad y c) en el término suspensivo, se difieren o aplazan los efectos; en el extintivo se termina la relación jurídica, pero sin efectos retroactivos.

2.—OBLIGACIONES MONCOMUNADAS Y SOLIDARIAS.—El artículo 1984 del Código Civil establece: "Cuando hay una pluralidad

(33) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.—Ob. cit., págs. 636 y 637.

(34) ROJINA VILLEGAS, Rafael.—Ob. cit., pág. 497.

de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad"; respecto de la solidaridad, el artículo 1987 del Código Civil establece: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho de exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida".

De tal manera que el género en las obligaciones complejas por pluralidad de acreedores o de deudores se llama mancomunidad, y que ésta a su vez comprende dos aspectos: la simple mancomunidad y la solidaridad. La simple mancomunidad es definida por el art. 1985 del Código Civil, es aquella en que diversos acreedores pueden exigir a prorrata el pago de la prestación a un solo deudor o bien, un sólo acreedor puede exigir a prorrata a diversos deudores el pago de una sola obligación. De tal suerte que el crédito o la deuda se dividen en tantas partes como acreedores o deudores haya.

3.—OBLIGACIONES ALTERNATIVAS, FACULTATIVAS Y CONJUNTIVAS.—Las obligaciones alternativas son aquellas cuyo objeto consiste en dos o más prestaciones debidas en forma tal, que el deudor se libera totalmente cumpliendo con alguna de ellas. Nuestro Código Civil establece las reglas a seguir tratándose de obligaciones alternativas, así los arts. 1963 y 1965 dicen: "En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra cosa"; "La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada"; "El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable".

Obligaciones Facultativas.—La obligación es facultativa cuando el deudor debe una prestación única, pero teniendo la facultad de liberarse cumpliendo otra prestación determinada, en lugar de la debida. Se diferencian estas obligaciones facultativas de las obligaciones alternativas, en que en las anteriormente tratadas se deben dos o más prestaciones, en tanto que en las facultativas se debe sólo una prestación, pudiéndose pagar ambas obligaciones con el cumplimiento de una sola u otra diversa a la debida.

Obligaciones Conjuntivas.—El artículo 1961 del Código Civil trata de estas obligaciones conjuntivas al señalar: "El que se ha obliga-

do a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras o prestar todos los segundos". De donde se desprende que no deja opción al deudor para que cumpla sólo en parte su obligación, sino que debe cumplirla en todos sus términos.

6.—TRANSMISION.—La forma de transmisión de las obligaciones son tres: Cesión de derechos, Cesión de deudas y Subrogación. Estas formas se caracterizan por implicar un cambio en el sujeto activo o pasivo, dejando subsistente la misma relación jurídica, la que no se transforma ni se extingue, continuando con todas sus obligaciones principales y accesorias. El Código Civil de 1884 colocaba a la cesión de derechos y a la subrogación en el título general de la extinción de las obligaciones; siendo tal clasificación impropia ya que las formas señaladas no suponen modificación o extinción de la relación jurídica.

El Derecho Civil Francés positivo reglamenta únicamente la transmisibilidad de la obligación a título particular del lado activo, es decir, por parte del acreedor. El Derecho Francés no conoce, al menos en forma directa, la cesión de deudas que el Código Civil Alemán reglamenta, al igual que el Código Civil Mexicano, en forma expresa.

Cesión de derechos.—La transmisión de créditos es la convención por la cual el acreedor cede voluntariamente sus derechos contra el deudor o un tercero, quien llega a ser acreedor en lugar de aquél. El enajenante se llama cedente; el adquirente del crédito, cesionario; el deudor contra quien existe el crédito objeto de la cesión, cedido.

En principio todos los derechos de crédito pueden ser objeto de una cesión, exceptuando aquellos que por su naturaleza van unidos en forma indisoluble a la persona del acreedor, o la ley prohíba expresamente su transmisión; señalando nuestro artículo 2030 del Código Civil tres límites a la posibilidad de ceder, a saber: a) que la ley lo prohíba; b) que no lo permita la naturaleza del derecho que deba ser objeto de transferencia y c) que haya convenio entre las partes para que el crédito no pueda ser cedido.

En la vida práctica la cesión de derechos tiene una utilidad muy diversa, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, en virtud de que el acreedor puede tener ventajas indiscutibles al negociar su crédito que no es exigible aún, pues en esta forma recibe inmediata-

mente su importe. Toda cesión de derechos trae consigo la transferencia de los derechos accesorios.

Para que surta sus efectos la cesión de derechos, debe llenar la formalidad de constar en documento privado que firmarán cedente y cesionario ante dos testigos; e igualmente, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya extrajudicial, ante dos testigos o ante notario. El derecho francés por su parte exige que la cesión de derechos, para que surta sus efectos, debe notificarse al deudor por ministerio de un alguacil, ya sea a petición del cedente o del cesionario.

Cesión de deudas.—La cesión de deudas implica una forma de transferencia de la obligación por cambio de deudor, pero sin alterar la relación jurídica, la cual continua subsistente en principio. Esta forma de transmitir las obligaciones puede llegar a confundirse con la novación pero no existe tal; pues la novación se distingue de la cesión de deudas, en que implica una forma de extinción de las obligaciones, en tanto que la cesión de deudas constituye una manera de transmitir las mismas.

La cesión de deudas es una institución del derecho moderno, que se origina propiamente en la jurisprudencia y legislación alemana. El Derecho Romano no conoció la sucesión particular en la parte pasiva de la obligación, como traslación de deuda. No se hizo tal reconocimiento debido a que vinculada a la constitución de la deuda se encuentra la consideración personal inspirada por los antecedentes o la solvencia del deudor. No podía el acreedor obligarse a aceptar otro deudor, no podía tampoco el deudor tolerar otro acreedor. Mas el derecho alemán introdujo fundamental alteración al concebir la obligación, mas que como un vínculo de persona a persona, como vínculo de dos patrimonios, que por su manifiesta objetividad puede libremente circular con valor de cambio sin extinción de la relación jurídica. (35) Del Derecho Alemán pasa ésta institución al derecho Suizo, tomando nuestro derecho de esas legislaciones los datos principales para reglamentar ésta forma de transmisión de las obligaciones.

En nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, no encontramos dato alguno que nos permita hablar de la cesión de deudas; pero sin embar-

(35) De Gasperi, Luis, Ob. Cit., Vol. II, pág. 737 y sigs.

go, y siguiendo a los tratadistas franceses, la cesión de deudas podía operar en esos ordenamientos civiles, desde el momento que el principio de la autonomía de la voluntad lo está permitiendo, al no prohibirlo expresamente la ley.

Nuestro Código Civil vigente, siguiendo al Código Civil Alemán y a la jurisprudencia de ese país, acepta la cesión de deudas como una forma de transmisión de las obligaciones, misma que se verifica por un cambio en el sujeto pasivo. Los artículos 2051 y 2052 de nuestra legislación dicen: "Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente"; y "Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo".

Los efectos útiles de la cesión de deudas se aprecian principalmente cuando una misma persona es deudora y acreedora de distintas personas a la vez.

Subrogación.—La subrogación es una forma de transmitir las obligaciones por cambio de acreedor, que opera por ministerio de ley en los casos en que un tercero paga al acreedor cuando tiene interés jurídico en el cumplimiento de una deuda, o bien, cuando por un convenio entre el acreedor y un tercero, aquel transmite a éste, por virtud del pago que recibe, todos los derechos que tiene contra su deudor.

El derecho francés al igual que el derecho mexicano, consagran dos especies de subrogación, a saber: a) la legal y b) la convencional

La subrogación legal opera por ministerio de ley cuando un tercero que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la deuda, paga al acreedor, substituyéndose de pleno derecho en sus acciones, facultades y privilegios. En esta operación jurídica basta con que se tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, para que al efectuar el pago se reemplace al acreedor, aún contra la voluntad de éste.

La subrogación convencional opera por un acuerdo celebrado entre el acreedor y un tercero, por virtud del cual éste adquiere de aquel, mediante pago que se le hace, las acciones y privilegios existentes contra el deudor. Aquí se implica un acto jurídico bilateral (en oposi-

ción a la subrogación legal, en que es un acto jurídico unilateral), un contrato entre acreedor y tercero para la transmisión de la obligación; a su vez, dentro de la subrogación convencional se distinguen dos formas: 1.—La consentida por el acreedor y 2.—La consentida por el deudor.

1.—En la subrogación convencional consentida por el acreedor, opera la transmisión del crédito por virtud del contrato entre acreedor y tercero.

2.—En la subrogación convencional consentida por el deudor, opera la transmisión del crédito debido a un acuerdo entre deudor y tercero, para que aquél pague con dinero que le entrega éste último, siempre y cuando se haga constar en forma auténtica, en el documento correspondiente, al efectuarse el pago, que éste se verificó con dinero del tercero entregado para este efecto.

En la subrogación convencional consentida por el acreedor, el derecho francés exige dos condiciones, a) debe ser expresa y b) debe ser consentida en el momento de hacerse el pago.

La subrogación convencional consentida por el deudor, el derecho francés, la condiciona a los siguientes requisitos: a) tanto el documento en que se haga constar el préstamo como el recibo de pago al acreedor, deben ser notariales; b) En el documento de mutuo deben indicarse que los fondos se prestan para que el deudor pague la antigua deuda; c) El recibo que entregue el acreedor debe especificar que el pago se efectuó con el dinero prestado. Estos requisitos del Código Civil francés se remontan al Edicto de Enrique IV en 1609, el que disminuye el tipo de rentas anteriormente fijado por el Edicto de Carlos IX de 1576, con objeto de que los deudores encontraran el dinero necesario para pagar y aprovechar el nuevo tipo. (36)

7.—EXTINCIÓN.—Se trata de casos en que el acreedor no puede pedir el cumplimiento en especie, ni el cumplimiento por equivalente: cesa de ser acreedor, y el deudor se libera al margen de todo cumplimiento: Desaparece esta sin haber logrado su fin normal: el cumplimiento. (37)

(36) Bonnacase, Julien.—Elementos de Derecho Civil.—Tomo IX, págs. 440 y sigs.
(37) Mazeaud, Henri, León y Jean.—Lecciones de Derecho Civil. Parte 2a., Vol. III, pág. 337.

El Código Civil francés en su art. 1234 dice: "Las obligaciones se extinguen por pago, novación, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa, nulidad o rescisión"; también se extinguen según el artículo 1233 por la condición resolutoria, así como por la prescripción. Algunas de las formas consideradas por los redactores del Código francés, no constituyen causas de extinción; así tenemos por ejemplo, que la nulidad no extingue la obligación, puesto que nunca nació, igualmente la pérdida de la cosa debida, tampoco la extingue, ya que si se trata de bienes fungibles, deberá el deudor de cumplir con la obligación.

Por su parte el Código Civil mexicano, señala como formas de extinción de las obligaciones, las siguientes: a) novación; b) dación en pago; c) compensación; d) confusión; e) remisión y f) delegación. Iremos analizando cada una de las formas propuestas por nuestro derecho, y haciendo una pequeña referencia al respecto, al derecho francés.

a) **NOVACION.**—Según el derecho francés, es una operación jurídica, por virtud de la cual se extingue una obligación, sustituyéndola por otra; siendo las condiciones de existencia de la novación: 1.—capacidad del acreedor y del deudor. 2.—Intención de novar; 3.—La nueva obligación debe distinguirse de la antigua. Nuestro derecho, de acuerdo con el artículo 3312 del Código Civil vigente sigue los lineamientos del derecho francés, y en el artículo de referencia establece: "hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente, sustituyendo una obligación nueva a la antigua".

Los efectos de la novación son extinguir la obligación primitiva para crear una nueva. Como consecuencia de este efecto las obligaciones accesorias también se extinguen.

b) **DACION EN PAGO.**—Esta se presenta cuando el deudor, con el consentimiento del acreedor, le entrega a éste una cosa distinta de la debida, quien la acepta con todos los efectos legales del pago. En rigor esta forma de extinción de las obligaciones se presenta como una excepción al principio de la exactitud en la substancia de los pagos; en efecto, según dicho principio el deudor solo puede entregar exactamente la cosa o prestación debida, y para el caso de que no se hubiera determinado con precisión, deberá entregar una de mediana calidad.

c) **COMPENSACION**.—Es un modo de extinción de las obligaciones —hasta el monto de la menor— existente entre personas que recíprocamente son acreedores y deudores una de otra. Nuestro artículo 2185 establece: “Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho”. Esta forma de extinción de las obligaciones es un medio para evitar el desplazamiento inútil de dinero o bienes fungibles, ya que sería contrario a la rapidez de las transacciones que el deudor pagara a su acreedor, para que éste a su vez, siendo deudor del primero, le hiciera pago. El derecho francés considera tres variedades de la compensación, a saber: a) legal; b) convencional; c) judicial. La doctrina mexicana agrega una clase mas de compensación, esta es la compensación facultativa. Haremos un breve análisis de cada una de ellas:

a' **COMPENSACION LEGAL**.—Esta es la más importante y a la que nuestro Código Civil consagra la reglamentación principal. Existe cuando dos sujetos reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, respecto de deudas líquidas, exigibles y homogéneas.

b' **COMPENSACION JUDICIAL**.—Esta aparece cuando faltando alguno de los requisitos que la produciría de pleno derecho, la pronuncia el juez acogiendo la excepción o reconvencción que contra la demanda del actor opone el demandado. Lo que puede ocurrir si dentro del curso del procedimiento se hace líquido el crédito que no lo era al contestarse la demanda, o bien, se convierte en exigible la obligación que estaba sujeta a plazo y que al iniciarse el juicio no era compensable.

c' **COMPENSACION CONVENCIONAL**.—Esta compensación convencional opera cuando las partes, de común acuerdo, declaran compensables dos créditos que no lo eran por no llenar los requisitos necesarios. Luego pues, por convenio de las partes se pueden hacer compensables dos créditos que no sean líquidos ni exigibles, o bien, prestaciones que no sean fungibles entre sí, acogiéndose para ello en el principio de la autonomía de la voluntad.

d' **COMPENSACION FACULTATIVA**.—Esta tiene lugar cuando por declaración unilateral de alguna de las partes a quien no se puede oponer la compensación por la otra, acepta que opere, bien sea para que reconozca como exigible un crédito que no lo es, o lo estime

como líquido a pesar de su indeterminación. La compensación facultativa se distingue de la convencional, en que ésta última requiere acuerdo de ambas partes, para que sin cumplirse los requisitos legales pueda operarse la extinción recíproca de los créditos hasta la concurrencia de la deuda menor; en cambio en la facultativa, basta la declaración unilateral de aquel a quien no se puede oponer la compensación, para que sin el consentimiento de la otra parte, ésta se produzca.

Los efectos de la compensación, según el art. 2186 del Código Civil son que extingue por ministerio de ley dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor; luego pues, es un medio de extinción doble, por cuanto que termina al mismo tiempo dos relaciones jurídicas.

d) CONFUSION.—El art. 1300 del Código Francés establece: "Cuando las cualidades de acreedor y deudor se reúnen en la misma persona, se produce, de derecho, una confusión que extingue los dos créditos", asimismo el Código Francés señala que cuando se realiza la confusión en la persona del deudor principal, aprovecha a sus fiadores; la que opera en la persona del fiador, no implica la extinción de la obligación principal; la que tiene lugar en la persona del acreedor, no aprovecha a sus codeudores solidarios mas que en la porción en la cual era deudor. El Código Civil Mexicano en su art. 2206 establece que existe confusión cuando las cualidades de deudor y acreedor se reúnen en una misma persona; renaciendo la obligación si la confusión cesa.

Se ha tratado de explicar la confusión equiparándola a una compensación en la que el mismo sujeto en el que se reúnen las calidades de acreedor y deudor compensa el crédito con la deuda, y de esta manera se opera la extinción de la relación jurídica. Propiamente no existe una compensación, ya que ésta supone la existencia de dos créditos distintos, así como la concurrencia de dos personas desempeñando los papeles de sujeto activo y pasivo respectivamente.

Las causas que pueden motivar la confusión pueden ser de dos órdenes principalmente: a) por sucesión a título universal, en los casos de herencia, cuando el acreedor hereda al deudor o viceversa, después de haber hecho la partición hereditaria y b) por sucesión a título particular, cuando el deudor adquiere en forma onerosa o gratuita el crédito que existe en su contra.

e) **REMISION.**—La remisión de la deuda es el medio liberatorio por excelencia, ya que implica un acto jurídico unilateral o bilateral por virtud del cual el acreedor libera al deudor de su obligación. Al referirse a esta forma de extinción de las obligaciones, nuestro Código Civil establece en su artículo 2209: "Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíba". La remisión extingue la obligación principal y todas sus accesorias; pero en cambio, la remisión de las obligaciones accesorias no implica la extinción de la principal.

f) **DELEGACION.**—El derecho francés define a la delegación como la operación jurídica en virtud de la cual una persona llamada delegante, ordena a otra, llamada delegado, que se obligue en favor de un tercero a quien se da el nombre de delegatorio. Al mismo tiempo el derecho francés distingue dos categorías de delegación: La perfecta y la Imperfecta.—Si el delegatorio acepta liberar al delegante, por el solo hecho de que el delegado se obligue en su favor, estamos frente a la delegación perfecta. La ley presume que toda delegación es imperfecta.

La doctrina mexicana distingue diversas clases de delegación, a saber:

1.—**Delegación titulada.**—Es aquella en la que el delegado conviene con el delegante en que pagará lo que éste adeuda al delegatorio; es decir, se trata de una delegación convencional.

2.—**Delegación pura o abstracta.**—Esta tiene lugar cuando sin mediar las dos obligaciones previas el delegado paga al delegatorio cumpliendo una orden del delegante.

3.—**Delegación novatoria o perfecta.**—Tiene lugar cuando por un convenio al cual concurren las tres partes, expresamente se estipula que la relación jurídica existente entre el delegatorio y el delegante, y la que existe entre éste y el delegado, quedarán extinguidas para dar nacimiento a una nueva relación que directamente se establece entre el delegatorio como acreedor y el delegado como deudor, quedando eliminado el delegante.

4.—**Delegación simple o imperfecta.**—Es aquella en que falta la novación. Si un nuevo deudor es delegado para pagar la deuda del

delegante y el acreedor acepta, pero no libera al primero, el efecto es que un segundo deudor se añade al primitivo.

La utilidad de la delagación consiste en evitar inútilmente pagos sucesivos con el desplazamiento correspondiente de moneda o bienes fungibles, toda vez que en un solo pago pueden quedar extinguidas las dos relaciones jurídicas de que se trata.

CAPITULO II

DE LOS EFECTOS DE LA OBLIGACION EN PARTICULAR

- 1.—Entre las partes:
 - a) Pago o cumplimiento.
 - b) Incumplimiento.
- 2.—Con relación a terceros:
 - a) Acción obicua,
 - b) Acción Pauliana,
 - c) Acción de simulación
 - d) El derecho de retención.

CAPITULO II

DE LOS EFECTOS DE LA OBLIGACION EN PARTICULAR

1.—Entre las partes:

a) Pago o Cumplimiento.—El efecto normal de la obligación consiste en constreñir al deudor a efectuar la prestación prometida; es el pago o cumplimiento.

La palabra pagar viene del latin PAGARE, apaciguar, es decir, dar satisfacción. (1)

Payer significa pagar, se deriva de pacare, aplacar, y antiguamente la palabra "payer" se empleaba frecuentemente en el sentido general del apaiser (aplacar, apaciguar). En latin las palabras solvere y solutio tenían un sentido más amplio, puesto que se aplicaban a todo hecho que libera al deudor, hubiera o no recibido satisfacción el acreedor. (2)

En el lenguaje corriente el término pagar consiste en cumplir una obligación consistente en entregar una suma de dinero. El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho debido. Pagar, en el lenguaje jurídico, no es solamente entregar una suma; sino también cumplir las obligaciones cualquiera que sea su

(1) Mazeaud, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, 2a. parte. T. III págs. 3 y 4.

(2) Planiol, citado por Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, pág. 330.

objeto. El pago es el modo normal de extinguir obligaciones; éstas fueron creadas para extinguirse mediante el pago.

El pago pues, significa la extinción de la obligación; pero es conveniente distinguir, como lo ha hecho el Código Suizo, entre el pago que es el cumplimiento, y la extinción de la obligación que es consecuencia del mismo. Esta distinción es necesaria por cuanto la obligación puede extinguirse sin haber sido cumplida; se está entonces ante un modo de extinción propiamente dicho de la obligación.

Dos son las acepciones del término pago: a) una amplia, o sea la extinción del *vinculum iuris*, no solo por el cumplimiento, sino por cualquier otro modo y b) una especial o *extracta*, que consiste en el cumplimiento efectivo de la prestación prometida, a saber: *dare, facere o non facere*. (3)

El deudor está sujeto, obligado a cumplir con la prestación debida. Estaría desprovista de toda trascendencia una obligación a cuyo cumplimiento pudiera sustraerse el deudor.

Se ha discutido extensamente en la doctrina si el pago es un contrato, un acto jurídico unilateral, o bien, si se pueden presentar ambos caracteres, según las condiciones en que se haga. Normalmente el pago implica un acuerdo entre quien lo hace y quien lo recibe, caso en el cual presenta las características de un acto jurídico bilateral por virtud del concurso de voluntades, que en nuestro derecho, constituye un convenio.

El pago supone dos actores: el que cumple o paga, llamado "solvens"; y el que recibe el pago, llamado "accipiens". Siendo necesario que el accipiens sea capaz, además de acreedor, para que el pago sea válido. El pago no es válido sino con la condición de que sea hecho al acreedor o, luego de su fallecimiento, a sus causahabientes universales, al convertirse ellos mismos en acreedores por continuar la persona de su causante.

Pueden darse casos excepcionales en los que el pago puede no ser hecho al acreedor o a su representante: 1.—Cuando el acreedor ra-

(3) Gasperi, Luis de.—Tratado de las obligaciones, en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino., T. III, pág. 3.

tifica el pago hecho a un accipiens sin título; puesto que la ratificación atribuye retroactivamente al accipiens el carácter de mandatario. 2.— Cuando el acreedor se ha aprovechado del pago hecho por su deudor al acreedor del mismo acreedor; se estaría ante un enriquecimiento sin causa y su propia deuda se extinguiría sin contrapartida. 3.—El pago hecho de buena fe a quien esté en posesión del crédito, el cual es válido.

Existe un caso en el que el pago al acreedor no libera al deudor, tal es el del embargo crediticio, el que opera al notificársele al deudor del deudor que no deberá pagar a éste, so pena de pagar al acreedor embargante.

El "Solvens" debe ser deudor, sin embargo el acreedor está obligado a aceptar el pago de alguien que no sea el propio deudor; sin importar de donde venga la prestación que recibe; tal situación no opera tratándose de obligaciones contraídas "intuitu personae". El deudor solo se libera cumpliendo con la prestación debida, el acreedor tiene el derecho de rechazar cualquier otro pago que no sea el debido, aunque este sea hecho con un valor superior; pero tiene el derecho el acreedor de recibirla, constituyéndose con ello una dación en pago.

Requisitos del pago.—En el pago deben distinguirse: a) sus elementos esenciales, b) sus elementos de validez y c) sus elementos específicos.

a) Son elementos esenciales del pago: la manifestación de voluntad de quien lo hace y el objeto física y jurídicamente posible de la prestación que se paga, la que puede constituir en un dar, un hacer o un no hacer.

b) Son elementos de validez del pago: la capacidad de las partes, la ausencia de vicios en la voluntad de las mismas y la licitud de la prestación o de la abstención que se realice.

c) Son elementos específicos del pago los siguientes: a') la existencia de una deuda, b') el animus solvendi, c') la intervención de un solvens y d') la existencia de un accipiens.

a') Existencia de una deuda.—Para que haya pago debe haber una cosa, cantidad o servicio adeudados y, en consecuencia "todo pago supone una deuda"; y aún cuando nuestro Código Civil no reproduce textualmente este principio consagrado por el Código Napoleón, de la

lectura que se haga del artículo 2062 de nuestro Código Civil, que a la letra dice: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido" se deduce que implícitamente lo considera.

b') *Animus solvendi*.—Es la intención o propósito que se tiene de hacer un pago con el fin de extinguir la deuda que se tiene.

c') Intervención de un solvens.—O sea del sujeto que jurídicamente puede hacer un pago.

d') Existencia de un accipiens.—O sea aquella persona que jurídicamente está capacitada para recibir el pago. (4)

Son tres los principios que rigen el pago: 1.—El solvens debe pagar lo debido; 2.—Debe pagar todo lo debido; 3.—Debe pagar solo lo debido; si paga lo indebido, dispone de una acción de repetición. (5)

Principios de exactitud en el pago.—El pago presenta algunos principios de exactitud, tales son: a) principio de exactitud en el tiempo; b) principio de exactitud en el lugar; c) principio de exactitud en el modo y d) principio de exactitud en la substancia. Estos principios los estudiaremos en una forma sencilla, procurando darle la mayor claridad posible, a saber:

a) Principio de exactitud en el tiempo.—En principio la obligación debe ser cumplida inmediatamente. No sucede de otra manera más que cuando va acompañada de un término; igualmente cuando el juez concede un plazo de gracia al deudor (6) o cuando el legislador dicta alguna moratoria. Estas medidas fueron conocidas en Francia aplicándose por circunstancias especiales, a saber: Los redactores del Código Civil Francés autorizaron a los tribunales para conceder plazos a los deudores desafortunados y de buena fe, pero les recomendaron que no usaran de ese poder sino con gran circunspección. En el derecho romano la ley de las XII tables proveía ya un plazo de 30 días durante el cual no podía darse muerte al deudor. En el antiguo Derecho Francés se otorgaba al rey la facultad de conceder algunos plazos a los deudores por medio de "cartas de espera".

(4) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, pág. 330 y sigs.

(5) Mazeaud, Jean, Henri y León, ob. cit., pág. 124 y sigs.

(6) Mazeaud, Jean, Henri y León, ob. cit., pág. 124 y sigs.

Al redactarse el Código Civil Francés, ese poder del juez apareció como un atentado contra el principio de la autonomía de la voluntad y de los efectos de los contratos; no obstante que los redactores del Código Civil recomendaron a los jueces no utilizarlo sino con extrema prudencia. Esa reserva pareció excesiva a los legisladores de 1936, que impulsados por razones de orden social, modificaron el texto anterior. En su redacción actual, se necesita que los jueces tengan presentes las circunstancias económicas generales, y limita el plazo a un año.

Por otra parte la ley del 9 de julio de 1956 permite al juez conceder a los deudores llamados a filas o mantenidos en ellas en razón de la operación de Argelia "Plazos de gracia" durante todo el tiempo de permanencia en filas o de su llamamiento a ellas; y un periodo de 6 meses a partir de su licenciamiento.

La moratoria es una medida legislativa de orden general, que concede plazos a todos los deudores o a toda una categoría de deudores.

Nuestra legislación ordena cumplir la obligación en el plazo convenido, o a falta de plazo, el artículo 2080 del Código Civil estatuye: "Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que haga ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notorio o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación".

b) Principio de exactitud en el lugar.—Este principio significa cumplir la obligación en el sitio fijado, o a falta de estipulación, en la forma estipulada por la ley. En este sentido, el Código Civil establece diferentes reglas, según se trate de prestaciones referentes a inmuebles o a muebles. Tratándose de inmuebles, si las partes no indican el lugar en que la obligación deba pagarse, ésta se realizará en el de la ubicación de la cosa; tratándose de cosas muebles, existen tres fueros, el domicilio del deudor, la ubicación de la cosa y el lugar de la celebración del contrato. Se fija como regla general la del domicilio del deudor para efectuar el pago, la que sufre una excepción: cuando las partes expresamente determinan en que lugar se hará el cumplimiento de la obligación.

La Corte de Casación ha decidido que en caso de pago con giros postales, el lugar del pago es el de la emisión de estos y los gastos de entrega y recibo son a cargo del deudor. (7)

c) Principio de exactitud en la substancia.—Estatuye el Código Civil que el deudor debe pagar entregando exactamente la cosa prometida, o realizando el hecho materia de la obligación. Cuando la cosa se determina individualmente, no existe problema; pero cuando se designa en forma genérica, fijando simplemente una cantidad y la especie a que pertenezca, el derecho en forma equitativa resuelve ésta situación considerando que debe entregarse una cosa de mediana calidad.

d) Principio de exactitud en el modo.—Este principio está reconocido por el artículo 2078 del Código Civil, según el cual: “El pago deberá hacerse del modo que se hubiera pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente, sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley. Sin embargo cuando la deuda tuviere parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda”. La exactitud en cuanto al modo significa que aún cuando la prestación sea divisible por su naturaleza, el acreedor no estará obligado a recibir pagos parciales.

Personas que pueden pagar.—El pago puede ser hecho por las siguientes personas: a) por el mismo deudor o sus representantes, b) por cualquiera que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, c) por un tercero no interesado en el pago mismo, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor, d) por un tercero ignorándolo el deudor y e) por un tercero contra la voluntad del deudor. Las consecuencias jurídicas son distintas en cada uno de estos casos, en efecto:

a) Si el pago se hace por un representante del deudor, se aplican las normas del mandato.

b) Si el pago se ejecutara por un tercero interesado en el cumplimiento de la deuda, se operará una subrogación legal.

c) Si el pago se ejecutare por un tercero no interesado, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor, estaremos frente a un caso de mandato.

(7) Bonnacase, Julien.—Elementos de Derecho Civil, T. II, Vol. XIV., pág. 453.

d) Si el pago se ejecutare por un tercero ignorándolo el deudor, el que lo hizo solo tendrá derecho a reclamarlo al deudor, únicamente lo que hubiere pagado al acreedor.

e) Si el pago se efectuara por un tercero en contra de la voluntad del deudor, el que lo hizo tendrá derecho a cobrarle al deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago. En consecuencia, si se pagase una deuda prescrita o inexistente, nada tendrá derecho a reclamar.

Personas a las que se puede pagar.—El pago debe hacerse al mismo acreedor o a su representante legítimo. En consecuencia, para que el pago pueda hacerse con efectos liberatorios a un tercero, será necesario que así se hubiera estipulado, o bien, consintiere en ello el acreedor. Existen casos en que la ley expresamente acepta la validez de un pago hecho a un tercero, tal es el caso del pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito. Igualmente la ley requiere que el pago sea hecho a un acreedor capaz para administrar sus bienes. También la ley establece la excepción expresa al principio general de que el pago se hará al acreedor, al estuir: También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor.

En la cesión de crédito, cuando no se notifica el acto al deudor, se origina el problema de la validez del pago hecho al antiguo acreedor. Al respecto el art. 2040 del Código Civil establece: "Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo".

PAGO POR CONSIGNACION.—Si por circunstancias de hecho el deudor se encuentra en la imposibilidad de hacer un pago válido con la consecuencia de incurrir en mora, la ley le concede el recurso de consignarlo o depositarlo judicialmente, con el efecto extintivo de pago. Para que el ofrecimiento sea eficaz, debe hacerse en la forma en que la prestación es debida; si no concurren los requisitos de personas, objeto, modo y tiempo, señala el Código Civil Argentino que el acreedor no está obligado a recibir el ofrecimiento de pago. Para que tenga lugar la consignación, es necesario que el acreedor haya rehusado el pago. (8) Otras causas para que el deudor utilice esta forma consignada por la ley, son las siguientes: a) Cuando el acreedor se niegue a

(8) Gasperi, Luis de, Ob. cit., pág. 59.

dar el documento justificativo del pago, b) Cuando el acreedor es desconocido, c) Cuando el acreedor está ausente o es incapaz, d) Cuando conocido el acreedor, sean dudosos sus derechos. (9)

Toda consignación debe ser precedida de un ofrecimiento, debiendo ser este privado, con el objeto de saber si existe o no negativa por parte del acreedor de recibir lo que se le paga, o bien, cuando el acreedor sea persona incierta o incapaz, esté ausente o sea dudoso su derecho, el deudor ocurrirá en diligencias prejudiciales haciendo el ofrecimiento y consignación.

Una vez que el deudor ha hecho el ofrecimiento en forma extrajudicial, si el acreedor se niega a recibir, ocurrirá ante el Juez ofreciendo pagar y pidiéndole que cite al acreedor para que día y hora señalados por el propio juez, comparezca a recibir la cosa o cantidad debida, o a verla depositar, si se niega a recibirla. Es necesario para que el juez de entrada a esta solicitud que desde el momento en que se haga la consignación se haga la exhibición de la cosa o cantidad debida. En la diligencia si el acreedor recibe, el ofrecimiento seguido de la consignación hace las veces de pago; si se rehusa a recibir, el juez deberá levantar una constancia de que el día y hora señalados, o no compareció el acreedor, o bien habiendo comparecido se negó a recibir. Con esta constancia el deudor iniciará un juicio sumario en el que se habrá de discutir si el acreedor injustificadamente rehusó el pago, o si tuvo razón para no recibir, porque se haya violado el principio de exactitud en el tiempo, lugar, forma o substancia.

b) INCUMPLIMIENTO.—Cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien porque se cumplan los requisitos legales para ello, se incurre en mora, que tiene en el derecho las siguientes consecuencias: primera.—Exigir el cumplimiento de la prestación no cumplida, así como el de la indemnización moratoria, que comprende los daños y perjuicios que sufre el acreedor por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación; segunda.—Originar la indemnización llamada compensatoria, es decir, el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento absoluto de la obligación (10). A reserva de hacer un estudio más

(9) Gutiérrez y González, Ernesto.—Derecho de las Obligaciones, pág. 629 y sigs
(10) Planiol, citado por Rojina Villegas, ob. cit., pág. 351.

completo de las consecuencias del incumplimiento a las obligaciones, en el capítulo Cuarto de éste trabajo, debemos dejar asentado que este incumplimiento trae consigo consecuencias que el derecho trata de aliviar imponiendo al deudor diversas prestaciones.

2.—EFECTOS DE LA OBLIGACION EN PARTICULAR CON RELACION A TERCEROS. Los efectos de la obligación en particular no solamente se da entre las partes, acreedor y deudor, sino que también puede darse con respecto a terceros, originándose con ello diversas acciones, a saber: a) acción oblicua, b) acción pauliana y c) acción de simulación. Haremos un pequeño estudio de cada una de otras formas consagradas por el derecho.

a) Acción oblicua.—El origen de la acción oblicua es obscuro. En Roma existía un procedimiento colectivo de quiebra civil, llamado **VENDITIO BONORUM**. El representante de los acreedores demandaba por cuenta de la masa y ejercitaba las acciones del concursado o **DECOCTOR**.

El adquirente del patrimonio era considerado como el causahabiente universal del **DECOCTOR**, y disponía de todos sus derechos y acciones.

Al desaparecer el concurso de acreedores o “quiebra civil” del antiguo derecho francés, fue necesario, para reemplazar la protección que resultaba el procedimiento colectivo, permitir a los acreedores defender individualmente el patrimonio de su deudor, considerado como su prenda o garantía genérica. Con esa finalidad se autorizó a los acreedores para intentar, en nombre de su deudor, las acciones que éste descuidaba entabrar.

El artículo 1166 del Código Civil francés dice: “No obstante, los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor con excepción de las que estén unidas exclusivamente a su persona”. No procede pues el acreedor en nombre propio, sino de modo indirecto, oblicuamente en nombre del deudor. Los autores Mazeaud consideran que el término de acción oblicua es impropio, “resultaría más exacto decir que el acreedor ejercita por la vía oblicua una acción del deudor”. (11) Idea a la que nos adherimos por parecernos correcta.

(11) Mazeaud, Jean, Henri y León, ob. cit., pág. 240 y sigs.

La acción oblicua pues, según lo anteriormente tratado, es la acción o medio por el cual el acreedor sustituyéndose a su deudor y obrando en nombre de éste, hace entrar en su patrimonio bienes que están por perderse debido a que el deudor no los reclama. (12)

Según nuestro Derecho Civil, cuando el deudor descuide ejercitar las acciones que le competen, en perjuicio de sus acreedores, no obstante lo dispuesto por el artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que a la letra dice: "Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete, o por su representante legítimo", el acreedor puede ejercitar las acciones que competen al deudor cuando conste el crédito de aquel en título ejecutivo, y excitado éste para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo. Se excluyen las acciones inherentes a la persona del deudor, o sean los derechos personalísimos del deudor, los cuales no traerían ningún interés jurídico para el acreedor, pues no le reportarían beneficios económicos.

Por lo tanto, para que el acreedor pueda intentar las acciones que competen a su deudor, se requieren los siguientes elementos: a) que el crédito conste en título ejecutivo; b) que el deudor sea excitado por el acreedor para que deduzca la acción de que se trate; c) que el deudor descuide o rehuse ejercitar dicha acción y d) que se trate de acciones que no deriven de derechos inherentes a la persona del deudor. (13)

Los hechos materiales en que se basa la institución de la acción oblicua y su organización técnica son dos: 1.—Existencia de derechos que el deudor no ejercita y que en consecuencia, corra el riesgo de perderse. 2.—Inactividad o negligencia del deudor. La jurisprudencia francesa exige para el ejercicio de esta acción, que no basta que estén por perderse algunos bienes del deudor y que este no haga nada para evitar tal resultado, sino que es necesario: a) que el acreedor tenga interés en ejercitar la acción; b) que el crédito del acreedor sea exigible y, naturalmente cierto, lo que priva de este beneficio a los créditos a plazo o bajo condición. (14)

Explica Lafaille que la acción, oblicua se caracteriza por ser individual, indirecta, facultativa, limitada, no subsidiaria, acreedora

(12) Bonnecase, Julien.—Ob. Cit., pág. 172.

(13) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., pág. 433.

(14) Bonnecase, Julien, ob. cit., pág. 172 y sigs.

y benéfica al deudor mismo: es **INDIVIDUAL**, porque compete directamente a cada acreedor ejercitarla; es **INDIRECTA**, pues el acreedor se substituye al deudor haciendo valer en su nombre la acción intentada; es **FACULTATIVA**, al no ser obligatorio para el acreedor deducir esta acción; es **LIMITADA**, pues el deudor puede en cualquier momento paralizar esta acción intentada por el acreedor, cubriéndole el monto de lo que le adeuda; es **NO SUBSIDIARIA**, por no ser necesario que primeramente el acreedor intente acción correspondiente contra el deudor, pudiéndolo hacer en forma indirecta contra el deudor de su deudor; es **ACREDITORIA**, ya que el carácter personal de la acción oblicua se pone de manifiesto por el hecho de que el resultado del litigio seguido por el acreedor en nombre de su deudor, no le otorga una situación privilegiada o preferente respecto de quienes tengan derechos reales; y, por último, es **BENEFICA AL DEUDOR MISMO**, por cuanto que el exceso obtenido por su acreedor le será entregado. (15)

b) Acción Pauliana.—Esta acción se desprende de un acto de fraude de acreedores; diciéndose que un deudor ejecuta un acto en fraude de acreedores cuando lleva a cabo una enajenación o renuncia de derechos que provoca o aumenta su insolvencia, y que por consiguiente perjudica al acreedor. En tales condiciones este tiene el derecho de pedir la nulidad del acto ejecutado por el deudor, que originó su insolvencia y lo perjudica.

En el derecho romano se concedía a una especie de síndico, en representación de los acreedores, la acción pauliana, para revocar los actos que fraudulentamente hubiera ejecutado el deudor originando su insolvencia.

A diferencia de la acción oblicua, esta acción pauliana se ejercita por el acreedor en su nombre personal. Todos los actos jurídicos son susceptibles de ser impugnados por la acción pauliana; sin embargo, excepcionalmente los actos relativos a los derechos unidos exclusivamente a la persona, o a los derechos inembargables quedan fuera de la acción pauliana. (16)

El art. 1167 del Código Civil Francés estatuye: "Pueden también

(15) Lafaille, citado por Rojina Villegas, ob. cit., pág. 435 y 436.

(16) Mazeaud, Jean, Henri y León, ob. cit., pág. 255.

impugnar los acreedores en su propio nombre, los actos realizados por su deudor en fraude de sus derechos". El Código Civil Francés se limita a señalar su existencia sin entrar en detalle. Esa brevedad con que se trata ésta acción supone que ha entendido remitir a los principios tradicionales para la solución de las dificultades surgidas en la práctica. (17)

Bonnecase refiriéndose a la acción Pauliana, le define de la manera siguiente: "La acción pauliana, llamada revocatoria, es una acción de nulidad de carácter especial, en virtud de la cual un acreedor por su propia cuenta y en la medida de sus intereses, hace que se destruya, bajo ciertas condiciones, una operación jurídica de su deudor, que al disminuir su patrimonio produjo o agravó la insolvencia de este último". (18)

Nuestro Derecho Civil en el artículo 2163 del Código Sustantivo estatuye: "Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos". Asimismo, son requisitos de la acción pauliana los siguientes: 1.—Que el deudor lleve a cabo una enajenación o renuncia de derechos, 2.—Que al ejecutar ese acto dispositivo provoque o agrave su insolvencia, 3.—Que el acto dispositivo perjudique al acreedor; 4.—Que sea posterior al crédito, 5.—Que si el acto dispositivo es oneroso, haya mala fe en el deudor y en el tercero que contrató con él.

La naturaleza jurídica de la acción pauliana ha cambiado, según los diferentes derechos y épocas; así tenemos: El derecho romano la consideró revocatoria o rescisoria; los CC. de 1870 y 1884, la consideran rescisoria; el Código Civil vigente la considera de nulidad, según se determina con toda claridad por lo dispuesto en el artículo 2163, tal carácter se desprende al considerar que hay un vicio de constitución del acto dispositivo. Este es de carácter ilícito, supuesto que se ejercita en fraude de acreedores, y siendo ilícito debe estar afectado de nulidad y aplicarse las consecuencias de la misma, o sea el efecto resolutivo una vez declarada. Este carácter ilícito desaparece al tratar-

(17) Bonnecase, ob. cit., pág. 147 y sigs.

(18) Bonnecase, ob. cit., pág. 147 y sigs.

se de enajenaciones a título gratuito y al ejecutarse el acto de buena fe. Al respecto opina García Rojas (19) "Que cuando la enajenación es a título gratuito, no debe haber nulidad, sino rescisión, y también se considera que si prescribe la nulidad, para que prospere ésta, debe restituirse al tercero el precio que pagó por la cosa y entre tanto no se le restituya, no puede obligársele a que se le devuelva". Esto hace, en concepto de García Rojas, completamente ineficaz a la acción pauliana, porque justamente el deudor insolvente no podrá restituir el precio. Por su parte Rojina Villegas considera: "El Código Civil vi- la nulidad en cuanto a su alcance restitutorio, afectan solo a las par- tes; que este efecto procede únicamente cuando la nulidad es invocada en cualquier contrato por alguna de ellas, pero cuando es invocada por el acreedor, es decir, por un tercero, para combatir un acto frau- dulento, no está obligado ya que no ha sido parte, a restituir, y el ter- cero adquirente debe perder el precio como consecuencia de su acto ilícito, de su complicidad en el fraude". (20)

La ley admite dos presunciones de fraudulencia, a saber: art. 2179 del Código Civil, que a la letra dice: "Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cual- quiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes cuan- do estas enajenaciones perjudican derechos de sus acreedores"; asi- mismo el artículo 2173 del Código Civil estatuye: "Es anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declara- ción judicial de la quiebra o el concurso, y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene".

c) Acción de Simulación.—Es otro medio al cual puede recurrir el deudor para perjudicar a sus acreedores.

"Hay simulación cuando se celebra una convención aparente, cu- yos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto" (21) Esta definición su-

(19) García Rojas.—Citado por Rojina Villegas, ob. cit., pág. 419.

(20) Rojina Villegas, ob. cit., pág. 419.

(21) Planiol, citado por Rojina Villegas, ob. cit., pág. 437.

pone que hay identidad de partes y de objeto, en el acto ostentible y en el secreto.

“Mientras que en la simulación se hace aparecer lo que no es, en el disimulo se oculta lo que es. La una provoca la creencia falsa de un estado no real, el otro oculta al conocimiento de los demás una situación existente. Aquella tiende a una ilusión externa; éste, a una ocultación interna”. (22)

En toda simulación existen dos actos: uno ostensible y otro secreto. El ostensible es el acto falso, que se ejecuta para que sea conocido por los terceros, siendo su principal pretención el que sea conocido por los acreedores, cuando se pretende perjudicarlos. El acto secreto, es el acto verdadero, en el que las partes declaran que realmente no es verdad lo que se consigna en el acto ostensible; de tal manera que el convenio o acto jurídico es inexistente, que no producirá ningún efecto. De aquí se deduce que los requisitos del negocio simulado son tres, a saber: a) una declaración deliberadamente disconforme con la intención; b) concertada de acuerdo entre las partes y c) para engañar a terceras personas.

Entre la simulación y el error se encuentra la diferencia siguiente: en ambos hay una disconformidad entre lo declarado y lo querido; pero a diferencia de la simulación, el error produce una disconformidad de manera inconsiente, siendo consiente en la simulación.

Existen dos clases de simulación siendo estas a) la absoluta y b) la relativa.—La primera ocurre cuando el acto simulado nada tiene de real y la relativa, cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter; o sea, a través de la simulación absoluta, el deudor generalmente logra evitar la ejecución sobre sus bienes, aparentando ante los terceros que su activo patrimonial es distinto del que realmente posee. En la simulación relativa no puede haber una declaración totalmente falsa de lo que en realidad no se llegó a estipular entre las partes, pues bajo la apariencia falsa de un acto jurídico que se simula, existe de manera oculta un acto jurídico verdadero, en relación con el cual se ha convenido por los interesados para producir determinadas consecuencias. De lo expuesto llegamos a

(22) Francisco Ferrara, citado por Rojina Villegas, ob. cit., págs. 437 y 438.

la siguiente conclusión: En la simulación relativa, la declaración de las partes respecto de lo que no han convenido, no es totalmente falsa; en cambio para la simulación absoluta, dicha declaración si lo es en toda su integridad, pues en ella el acto nada tiene de real.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la simulación, diremos que la absoluta es un acto jurídico inexistente; lo es, por la falta de dos elementos esenciales: el consentimiento y el objeto. Por lo que hace a la simulación relativa, no hay ni inexistencia, ni siquiera nulidad en todos los casos; tal aseveración se desprende de lo establecido por el artículo 2182 del Código Civil que a la letra dice: "Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare".

d) El Derecho de Retención.—El derecho de retención es una de las instituciones protectoras del acreedor, al igual que las acciones pauliana, de simulación y oblicua; sólo que en el derecho de retención no se trata de impugnar un acto ejecutado por el deudor, generalmente con mala fe para defraudar a sus acreedores. Se trata simplemente de un recurso creado por la ley para garantizar al acreedor de un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de su deudor, conservando determinadas cosas que obran en su poder y que están relacionadas con dichas obligaciones.

Tradicionalmente se ha definido el derecho de retención como "un derecho por virtud del cual una persona que posee o detenta una cosa perteneciente a otra, está autorizada para conservarla o retenerla en su posesión o detentación hasta que su propietario pague lo que le debe con motivo de ella". (23)

El legislador francés, en cuanto al derecho de retención, ha optado por considerarla caracterizándola en forma indirecta a través de aplicaciones concretas; en oposición al sistema de definirla directamente; esto es, conforme a estos dos sistemas procede comúnmente el legislador a propósito de una determinada institución jurídica: definiéndola directamente, o caracterizándola en forma indirecta a través de aplicaciones concretas.

Para Colín y Capitant, "el derecho de retención es el derecho en

(23) Boudry-Lacantinerie, citado por Bonnecasse, ob. cit., pág. 116.

virtud del cual el detentador de una cosa perteneciente a otro está autorizado para retenerla hasta que se le haga pago de una deuda que le es debida por el propietario de dicha cosa". (24)

Por lo que respecta a la naturaleza del derecho de retención, Bonnecase considera que éste no es un derecho real, sino que implica un caso particular de un crédito quirografario con prenda especializada. (25)

Nuestro Derecho Civil reconoce como casos principales en los que existe el derecho de retención legal, entre otros, a) En favor del vendedor cuando el comprador no le ha satisfecho el pago. b) en favor del mismo vendedor, cuando ha concedido plazo al comprador para efectuar el pago, si éste se halla en estado de insolvencia. c) en favor del comprador para retener el precio, cuando fuere perturbado en su posesión o derecho. d) en favor del arrendador para depositar judicialmente el saldo habido en favor del arrendatario al terminar el arrendamiento, en el caso de que tuviere que ejercer algún derecho en contra de éste último. e) en favor del dueño del hotel o casa de huéspedes, para retener el equipaje de los pasajeros, a efecto de que responda preferentemente por el importe del hospedaje, etc.

Asimismo nuestro Código Civil niega el derecho de retención en los casos siguientes: a) el depositario, al no poder retener la cosa, aún cuando al pedírsela el depositante no haya pagado el importe de los gastos hechos en la conservación del depósito y el de los perjuicios que por él haya sufrido; aunque si podrá, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito. b) Asimismo el comodatario carece de este derecho.

(24) Colín y Capitant, citados por Rojina Villegas, ob. cit., pág. 425.

(25) Bonnecase, ob. cit., págs. 144 y 145.

CAPITULO III

INCUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES

- 1.—Responsabilidad Civil: La contractual y las extracontractual.**
- 2.—Discusión acerca de la autonomía de ambas.**

CAPITULO III

1.—RESPONSABILIDAD CIVIL: LA CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.—El término “responsabilidad” tiene un doble significado: En su sentido primitivo y etimológico, “respondere” significa soportar un peso; en el segundo y como nos dice Planiol (1), ser civilmente responsable es estar obligado a reparar, mediante una indemnización pecuniaria, un daño sufrido por otra persona.

Desde los tiempos primitivos se planteó el problema de la responsabilidad, el que es no solamente un principio moral, sino también una norma necesaria para la convivencia social.

Desde hace tiempo se ha discutido a propósito de las bases de la responsabilidad civil de carácter extracontractual; la que en épocas remotas tuvo por base exclusivamente el daño, fundamento de carácter material. La persecución del responsable estaba abandonada a la víctima, siéndole permitida a ésta tomar venganza, haciéndole al autor del daño otro daño igual. Dicha situación no podía continuar indefinidamente. Más tarde aparece la “Ley Aquilia”, la que trata a partir de entonces a la responsabilidad de manera diferente, pues al elemento material le es agregado un elemento psicológico, el de la culpabilidad.

A fines del siglo XIX, la evolución económica puso de moda la noción del riesgo, apenas conocida en el Derecho; introducida al apa-

(1) Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, primera parte, pág. 664.

recer el maquinismo. Dicha situación dio lugar a considerar que el sujeto no es responsable en razón de su culpa, sino en la consideración de haber sido el autor de un riesgo anormal.

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO.—El hombre primitivo al sufrir un daño, como ya lo hemos señalado, reaccionaba de tal manera que desde luego en él nacía el sentimiento de venganza, cobrándose de ésta manera el daño ocasionado.

La evolución del hombre en todos los aspectos, le hizo cambiar su parecer acerca de la responsabilidad, y si en su principio atendió únicamente al aspecto objetivo, mas tarde consideró que no era este el elemento que debía tomarse en cuenta, pensando, y justamente, que el elemento que debía analizar lo era precisamente el aspecto subjetivo.

Los cambios ocurridos durante los siglos V y IV A. C., dieron lugar a la expansión de Roma, lo que influyó a la redacción de las Doce Tablas, Código que no ha llegado completo hasta nuestros días, pero en el cual se cree se encuentra la complicación de las leyes privadas que se dictaron para una comunidad de pequeños propietarios rurales, de comercio escaso. En materia de responsabilidad civil tenían pocas situaciones previstas, pues casi todas se referían a los distintos problemas que originaba la agricultura.

LA LEY AQUILIA.—La ley aquilia (2) según lo dicho por Ulpiano es un plebiscito que fue adoptado a propuesta del Tribuno Aquilio, y que derogó todas las leyes que trataban del daño causado sin razón (de damno injuria). El origen de esta ley lo fijan algunos historiadores en la tercera retirada de los plebeyos al monte Janiculo, el año 468. La ley Aquilia tiene por objeto reprimir como delitos, bajo el nombre de *damnum injuria datum*, daño causado injustamente, ciertos hechos determinados limitativamente, y que atentaban contra derechos ajenos. El primer capítulo de la ley de referencia establecía que el que ha matado al esclavo ajeno o a un animal vivo en rebaño y perteneciente a otro, debe pagar el valor más elevado que haya alcanzado el año anterior; el segundo capítulo estudia el caso del *adstipulator* que perdonaba la deuda al deudor en fraude de los derechos del estipulante principal. Al hacerlo cometía un delito y podría ser acusado

(2) Pettit, Eugene.—Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 460.

se refiere a cualquier daño causado a otro por lesión o destrucción de un bien suyo: esclavo, animal o cosa inanimada; quedando el agente por el estipulante, gracias a la *actio legis aquiliae*; el tercer capítulo, del daño obligado a pagar el valor más elevado que dicho bien hubiere tenido en los treinta días anteriores al delito.

Los elementos que integraban esencialmente esta Ley, eran tres: a) un daño; b) una injuria y c) un acto cometido por el hombre. El daño debía ser la destrucción o degradación material de una cosa causada por el contacto corporal del autor del delito. La injuria o daño deberá haber sido causada sin derecho, obrando con dolo o culpa, aunque fuese ligera y apartándose de la conducta de un hombre honrado y prudente. Era preciso que el daño proviniera de un hecho del hombre (culpa in comittendo) o por una negligencia que hubiera seguido a un hecho (culpa in omittendo).

La Ley Aquilia, en la forma en que se encontraba elaborada, no satisfacía todos los intereses y por esto el pretor se halló en la necesidad de aplicar extensivamente sus disposiciones. Así nos encontramos que en un principio sólo tenían derecho a la indemnización (*actio legis aquiliae*) aquellos que en forma directa, "*corpore et corpori*", habían sufrido un daño. Cuando no se presentaba esta situación, quedaban sin defensa alguna y es así como surge la "*actio utilis aquiliae*", protegiendo además aquellos, que sin ser dueños del objeto dañado, tenían interés directo, como en el caso de los usufructuarios, usuarios y poseedores de buena fe. Más adelante el principio fue extendiéndose para cubrir otras hipótesis, hasta llegar a la "*actio in factum*", que protegía todos aquellos casos en que no existía una acción particular y denominada. De este modo, con la ampliación de la noción del "*damnum*" cualquier atentado material contra una cosa o una persona, se hallaba prohibido.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.—En el Derecho Mexicano son elementos de la responsabilidad civil los siguientes: a) Comisión de un daño, b) La culpa y c) Relación de causa a efecto entre el hecho y el daño. El Derecho Francés agrega un elemento más o los anteriores que es la imputabilidad. Haremos un breve análisis de estos elementos, a saber:

EL DAÑO—Para la escuela clásica el daño constituye el elemento material de la responsabilidad. Este elemento fue y es considerado justamente como esencial, pues no cabe duda de que es necesario que se haya causado un daño para que tenga lugar la responsabilidad civil.

Cuando primitivamente estuvo la responsabilidad sujeta a una condición objetiva, el solo hecho de haber causado un daño era suficiente para condenar responsable al que lo hubiera hecho. Más tarde, al adoptarse la idea de una responsabilidad subjetiva, además del hecho perjudicial, se requirió la presencia de la culpa en el agente.

LA CULPA.—La noción de culpa nació al tomarse en consideración que la actuación del hombre está regido siempre por sus facultades internas. Sobre el concepto de culpa se han esbozado algunas opiniones, a saber: Los romanos se sirvieron de esta palabra como expresión de falta de diligencia, de manera que, para ellos, negligencia y culpa fueron vocablos sinónimos.

De acuerdo con Planiol (3) la culpa consiste, vista hacia fuera, en el quebrantamiento de un principio de orden moral conforme al cual nadie debe dañar a otro; y, visto hacia adentro, en la falta de la obligación de conducirse diligentemente.

Colín y Capitant (4) nos dicen que cuando un hombre ha incurrido en culpa, todos saben lo que con esto se quiere decir. Quiere decir que se hombre "no se ha conducido como debiera haberse conducido, que no ha hecho lo que hubiera debido hacer". En términos corrientes, obrar con culpa es comportarse sin tener cuidado con lo que se hace; no usar, al obrar, de la diligencia y cuidado necesarios para actuar como lo exige una razón de convivencia social; pero en sentido contrario, ese mismo sujeto no es culpable si ha obrado con propiedad, así sean las que fueren las consecuencia de su acto.

CAUSALIDAD.—Para determinar la responsabilidad civil a cargo de una persona, es necesario que no sólo sea culpable del daño, sino además causante del mismo; es decir, la noción de culpabilidad entraña necesariamente la de causalidad entre el hecho y el daño.

(3) Planiol y Ripert, ob. cit., pág. 707.

(4) Colín y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo III, pág. 839.

En principio la relación de causalidad ha de apreciarse en forma objetiva por el juez; es decir, debe ser necesaria. Desde el Código Penal de 1871 se requería que los daños se hubieran ya causado o que necesariamente se tuviera que causar por virtud del hecho ilícito.

LA IMPUTABILIDAD.—Esta noción constituye el último de los elementos de la responsabilidad. La imputabilidad es la capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto, de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente.

Este elemento no ha sido considerado por nuestro derecho, a diferencia del francés, que como ya dijimos si lo admite. Tal aseveración se desprende de la lectura que se haga del artículo 1911 del Código Civil vigente, el cual establece: “El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas...”.

Nuestro Código Civil vigente al suprimir la imputabilidad como elemento de la responsabilidad, lo hizo tomando en cuenta razones de equidad, pues hace responsables a los incapaces, a pesar de que por su falta de conciencia no se les pueda imputar el acto dañoso. Nuestro sistema jurídico toma también en cuenta la exposición de motivos del Código Penal de 1871, la cual reza: “Al tratar de las personas civilmente responsables, se examinó si lo son o no los que causan algún daño hallándose en estado de enajenación mental, y los menores que obran sin discernimiento. Los que sostienen que son irresponsables, se fundan en que aquellos obran sin dolo y sin culpa, pues no tienen voluntad ni conocimiento de lo que hacen. Sin embargo de esto, la comisión ha seguido la opinión contraria, como se hizo en el Código Penal español y en la ley mexicana de 5 de enero de 1857; porque le pareció injusto que se quede reducido a la miseria el que sin culpa sufrió un grave daño tan sólo porque el que se lo causó no supo lo que hacía, cuando éste pueda repararlo fácilmente”. (5)

RESPONSABILIDAD CIVIL: LA CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL.—El hecho ilícito en sus dos categorías de actos culposos y no culposos, causan un perjuicio que puede ser público o privado. El derecho civil regula la reparación de los derechos privados; el derecho penal, los daños públicos.

(5) Rojina Villegas, Rafael.—Compendio de Derecho Civil, pág. 306.

“Se es responsable civilmente cuando al causar un daño a otro, se halla obligado a repararlo. La responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable quien queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro”. (6).

Para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio. “Una persona es responsable siempre que tenga que reparar un daño”. (7)

Por su parte, la responsabilidad penal surge cuando se trata de un perjuicio público, de un perjuicio a la sociedad. (8)

En síntesis: Si existe daño privado, estamos frente a la responsabilidad civil; si existe daño público, nos encontramos frente a la responsabilidad penal.

Ahora bien, después de haber hecho una pequeña diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, diremos que dentro de la primera encontramos dos clases de responsabilidades, a saber a) responsabilidad civil contractual y b) responsabilidad civil extracontractual, a ellos nos avocaremos:

“Habrá una responsabilidad emergente de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales y otra emanada de la culpa en el incumplimiento de las de origen puramente legal”. (9). SALEILLES las llama respectivamente “responsabilidad de delito contractual y responsabilidad del delito no contractual”. (10)

Ambas culpas, según Henoch D. Aguiar (11), se caracterizan por el incumplimiento de un deber jurídico, el de no violar el derecho ajeno; el Código Civil Argentino considera a ambas culpas, contractual y extracontractual, como una sola, al llamarlas **CULPA IN CONCRETO**.

(6) Valencia zea.—Derecho Civil, Tomo III, pág. 171 y sigs.

(7) Mameaud y Tunc, Andre.—Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Vol. I, pág. 1.

(8) Mazeaud, Henri y León.—Responsabilidad Civil, Vol. II, Parte 2a. pág. 8 y sigs.

(9) D. Aguiar, Henoch. Hechos y Actos Jurídicos T. II, pág. 367 y sigs.

(10) Saleilles.—Citado por Henoch D. Aguiar, ob. cit., pág. 367.

(11) D. Aguiar, Henoch, ob. cit., pág. 367 y sigs.

Según este mismo autor, ambas culpas generan la obligación de resarcir, funcionando ambas de idéntica manera y produciendo las mismas consecuencias jurídicas, o sean las de indemnizar; pero no obstante ello la culpa contractual, es considerada como una relación a una obligación preexistente; en tanto que la extracontractual, es creadora de la propia obligación. De donde éste autor deduce que la única diferencia que existe entre ambas culpabilidades es que en la obligación preexistente existe un acreedor y un deudor determinados; en tanto que en la segunda, el acreedor y el deudor se individualizan al nacer la obligación.

La naturaleza del derecho violado en la culpa contractual y en la extracontractual es diferente, a saber: En la culpa extracontractual el derecho violado es el que gozan todos los individuos que ocupan la misma posición dentro del cuerpo social; es la violación a un derecho absoluto, cuya existencia no depende de voluntad individual alguna, y cuyos elementos son siempre los mismos para todos. En tanto que la naturaleza del derecho violado en la culpa contractual, se deriva de la celebración del contrato hecho por la voluntad de las partes.

En la culpa contractual las partes pueden fijar de antemano el monto del resarcimiento y las bases de su fijación; en tanto que en la extracontractual no está permitido, ni es posible la determinación de la medida ni el monto del resarcimiento, pues tal situación está controlada por la ley.

Además de las diferencias señaladas anteriormente, no es suficiente la culpa para que se esté obligado a indemnizar, es además necesario que se incurra en mora para tal obligación, esto es por lo que hace a la culpa contractual. Referente a la culpa extracontractual, es lógico que no es necesario éste elemento, pues la responsabilidad surgida de ésta culpa se contrae de pleno derecho en razón del mismo hecho que produjo el daño.

MODOS Y EXTENSION DE LA REPARACION.—“La reparación se llama en especie cuando consiste en volver a poner las cosas en el estado en que se encontraban”. (12). Cuando la reparación resulta

(12) Mazeaud et Mazeaud. Obra citada. pág. 388.

imposible, la víctima debe contentarse con un equivalente, que no borraré el perjuicio, pero al menos lo compensará. La extensión de la reparación debe medirse por la importancia del perjuicio ocasionado, mas no por la gravedad de la culpa.

2.-- DISCUSION ACERCA DE LA AUTONOMIA DE AMBAS.—
Se ha discutido ampliamente este problema, acerca de la autonomía de las culpas contractual y extracontractual, pero sin que se llegue no obstante los estudios que se han hecho al respecto, a la unificación de un criterio.

Ya he dejado anotado anteriormente de donde deriva cada una de las culpas, la contractual y la extracontractual. Es importante la discusión acerca de su autonomía, unidad o pluralidad de ellas, pues de un resultado concreto, estaremos en posibilidad de comprender sus alcances y utilizarlas debidamente.

Los hermanos Mazeaud y André Tunc (13), sostienen que no existe diferencia fundamental entre las dos responsabilidades, aunque existen diferencias accesorias. La diferencia principal, afirman, consiste en que en los casos de responsabilidad extracontractual un hecho jurídico produce esa responsabilidad; sin que antes de ese hecho haya un acreedor y un deudor, mientras que en la responsabilidad contractual hay una obligación preexistente que se convierte en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

Estos mismos autores sostienen (14) que es exacto decir que la responsabilidad delictual y contractual son dos instituciones en cierto modo paralelas, situadas en el mismo plano; no cabría hacer de la responsabilidad delictual una fuente de obligaciones por no ver en la responsabilidad contractual sino un efecto de la obligación. En ambos casos nace una obligación productora de efectos.

Colín y Capitant (15) nos enseñan que los jurisconsultos que ven en la culpa constitutiva del delito civil la violación de una obligación preexistente, dan una definición que se aplica igualmente a la culpa del deudor contractual. Pero agregan estos autores: Esta nueva teo-

(13) Mazeaud, León y Henri, Tunc, André.—Ob. cit., T. I, pág. 115.

(14) Mazeaud, León y Henri, TUNE, André, ob. cit. pág. 119.

(15) Colín y Capitant, ob. cit., pág. 842 y sigs.

ría no ha destruido la tesis clásica de la dualidad de culpas. He aquí las diferencias que señalan entre ambas culpas, a saber:

a) La culpa contractual deriva del incumplimiento de las obligaciones inherentes al mismo contrato. La extracontractual consiste en causar un perjuicio a otro, ya por maldad e intención de dañar; ya por la simple falta de precaución que la prudencia debe inspirar a un hombre diligente. Lo que a estas diferencias se oponen los jurisconsultos considerando que en la culpa contractual estamos frente a un deudor; y en la culpa extracontractual nos encontramos frente a un delincuente.

b) El deudor responde de su culpa leve; en tanto que el delincuente de su culpa levísima.

Agregan estos mismos autores que la consecuencia más importante de la distinción entre ambas culpas es la que se refiere a la "carga de la prueba". Y así nos dicen: En la culpa contractual el acreedor solo tiene que probar la falta de cumplimiento, correspondiéndole al deudor el demostrar lo contrario. En la culpa extracontractual el que reclama debe probar no solo que ha sufrido un daño, sino que este daño proviene de la culpa del demandado. Esta diferencia es la que concede mayor interés práctico. De tales diferencias nace la idea en materia laboral de no dejar al obrero la carga de la prueba, basándose precisamente en la existencia de un CONTRATO LABORAL mismo que obliga al patrón a tomar las medidas precautorias necesarias para defender a los obreros contra los peligros inherentes a la industria. Por lo tanto, corresponde al patrón, en este caso demostrar lo contrario; o sea, que el accidente provino de una causa extraña. Este mismo principio ha sido consagrado por nuestra Constitución Política, y así tenemos que en su fracción XIV, nuestro artículo 123 establece: "Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patrones deberán pagar la indemnización correspondiente...".

Por su parte Planiol y Ripert, (16), difieren en parte de las ideas expuestas por Colín y Capitant y señalan que aparte de la cuestión de

(16) Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Ob. cit., Pág. 680 y sigs.

la prueba se han querido establecer distinciones entre ambas responsabilidades, que por ser diferencias de principio no son exactas; entre esas diferencias tenemos:

a) **Apreciación de las culpas.**—La Corte de Casación ha establecido: "Solamente en materia de delitos y cuasidelitos toda culpa, de cualquier índole, obliga a su autor a la reparación del daño derivado de su acto, tal situación es inaplicable cuando se trate de una culpa cometida en el cumplimiento de una obligación resultante de un contrato; tal principio se deriva del precepto legal que establece que el deudor solamente responde de la culpa en que no incurriría un buen padre de familia". A lo que estos autores critican diciendo: "No se ve la razón por la cual la diligencia de los que contratan con nosotros pudiera ser menor que la que se tiene respecto a terceros. Es indudable que la diligencia exigida es variable en atención a la naturaleza de las relaciones, la condición de las personas, etc. pero esto es así tanto en materia extracontractual como en materia contractual".

b) **La mora.**—En materia contractual se exige la mora para que el daño sea reparado; en la extracontractual no es necesaria. Agregando estos mismos autores: "Es indiscutible que cuando el cumplimiento se ha hecho imposible o cuando el deudor se ha negado a efectuarlo de modo absoluto, no es necesario la mora ni aún en materia contractual, para obtener la reparación del daño cuando por el incumplimiento, independientemente del hecho del retraso".

c) **Extensión de la reparación.**—En caso de no haber dolo, el deudor solamente está obligado a reparar los daños y perjuicios que hubiesen sido previstos o que hubieran podido preverse al celebrarse el contrato; la responsabilidad está limitada a lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato. Estas disposiciones no se reproducen al tratarse de la reparación de los delitos y cuasidelitos. A lo que agregan los autores que venimos señalando: "Sería poco satisfactorio admitir que el acreedor contractual, aparte del caso en que lo hubiera consentido, tuviera derechos más limitados que un tercero, en cuanto a la extensión de la reparación".

Los autores a los que nos venimos refiriendo señalan que existen diferencias, de índole técnica, que son evidentes, señalando las siguientes:

1.—Los incapaces, si tienen el uso de la razón, quedan obligados por sus delitos y en principio no por sus contratos.

2.—La prescripción en ambas responsabilidades es diferente.

3.—El tribunal competente para conocer de ambas responsabilidades, también es diferente; ya sea en materia contractual el domicilio del deudor, o en materia extracontractual, el lugar de realización del hecho.

4.—La ley aplicable en Derecho Internacional Privado se aplica de modo diferente para ambas formas de responsabilidad.

Es importante la incumbencia de la prueba, pues en la responsabilidad extracontractual la prueba corresponde a la víctima; en tanto que la responsabilidad contractual tiene presunción de tal en contra del deudor. A veces estas dos formas de responsabilidad se confunden y es preciso delimitarlas; pues todo convenio impone a las partes no solo las obligaciones previstas por ellos de común acuerdo, sino también las que la ley, la equidad y los usos les atribuyen. Pero tal determinación no es posible hacerla de golpe, esto solo se llegará a un buen resultado por medio del análisis que se haga de cada contrato en particular.

Se presenta el problema de la acumulación de responsabilidades, esto es, existen casos en los que pueden darse ambas responsabilidades y podrá pensarse que sería muy cómodo acogerse a ambas de tal manera que el resarcimiento por los daños ocasionados se aplicara y recobrará por las dos vías, obteniéndose como es lógico, un beneficio mayor que el perjuicio sufrido; pero no se trata propiamente de obtener un pago superior respecto de los daños y perjuicios sufridos, sino que habrá que acogerse a la responsabilidad que más se amolde al daño ocasionado. De donde se debe rechazar cualquier acumulación de responsabilidades.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL.—SUS ELEMENTOS

- 1.—Inejecución de la obligación.
- 2.—Producción de daños y perjuicios.
- 3.—Imputabilidad (culpa, negligencia, dolo y mala fe). No imputabilidad (caso fortuito y fuerza mayor).
- 4.—Mora.

CAPITULO IV

1.—INEJECUCION DE LA OBLIGACION.—Ya en el capítulo anterior se ha hecho un pequeño estudio referente a la responsabilidad civil; tanto por lo que concierne a la responsabilidad civil contractual como lo referente a la responsabilidad civil extracontractual. Ha quedado también clara la idea de que la responsabilidad civil contractual se deriva de la falta de cumplimiento de un contrato.

Dicho lo anterior nos avocamos al estudio de la responsabilidad civil contractual en particular, de la misma manera al caso del incumplimiento de las obligaciones que tienen como fuente la declaración unilateral de la voluntad atendiendo a lo dispuesto por el art. 1859 del Código Civil vigente, el que establece el principio de que las disposiciones legales sobre los contratos son aplicables a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos. Luego pues, cuando el deudor no paga o no cumple con su obligación y esta se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien porque se cumplan los requisitos para ello, se incurre en mora. Tal incumplimiento trae consigo las consecuencias siguientes:

a) Exigir el cumplimiento de la obligación con el pago de la indemnización llamada moratoria, que comprende el pago de daños y perjuicios y

b) Originar la indemnización llamada compensatoria, o sea el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento absoluto de la obligación.

Sin embargo, hay ocasiones en que se produce una conducta objetivamente igual a la del hecho ilícito, causándose el daño, y sin embargo la ley exime al deudor de la obligación, siendo tales casos los señalados por nuestra legislación civil en sus arts. 1910, que a la letra dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". Y 1914, que señala: "Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc. a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las parts, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización". Igualmente son casos en que la ley exime al deudor del pago de su obligación el caso fortuito y la fuerza mayor, pudiendo entrar a formar parte de este grupo la prescripción.

Antes de hacer un análisis de las dos situaciones comprendidas anteriormente, cuando existe imputabilidad de parte del deudor y cuando no la hay, es necesario tomar en cuenta que el hecho ilícito reposa sobre la idea de culpa, haciendo nacer la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios, daremos pues una idea sobre este particular.

2.—PRODUCCION DE DANOS Y PERJUICIOS.—Tal y como lo establece nuestro artículo 2110 del Código Civil, los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se haya causado o que necesariamente deba causarse, de donde deducimos que la indemnización que deba cubrirse ha de ser aquella ocasionada por los daños y perjuicios sufridos directamente y no los de una consecuencia lejana o indirecta: y no podría ser de otra manera, "pues ello daría lugar a quedar a voluntad del acreedor las consecuencias originadas". (1)

Al hablar de los daños y los perjuicios, es necesario tener un concepto de ellos, diferenciarlos, a saber:

El artículo 2108 de nuestro Código Civil establece: "Se entienden por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" y el art. 2109 nos dice: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera ha-

(1) Planiol.—Tatado Elemental de Derecho Civil., T. II, No. 249.

berse obtenido con el cumplimiento de la obligación". A estos preceptos mencionados el maestro Ernesto Gutiérrez y González (2) critica diciendo que el Código Civil al referirse a los daños y los perjuicios se refiere a los derivados del incumplimiento de una obligación previa, contractual o no; pero una obligación en su sentido técnico jurídico, y resulta por lo mismo estrecho. De donde considera el referido maestro que es necesario dar un concepto tanto de daños como de perjuicios, ya sea que tengan su origen en un hecho ilícito de cualquier tipo, o bien en otros hechos que no lo sean, pero los considera la ley para responsabilizar a quienes lo producen, proponiendo el mencionado maestro los siguientes conceptos: "Daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por hechos ilícitos o no, que la ley considera para responsabilizar a su autor" y "Perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido de no haberse realizado el hecho ilícito o no, que la ley estima como generador de responsabilidad para su autor".

Para los hermanos Mazeaud (3) perjuicio es sinónimo de daño. Agregan que en su origen fueron dos expresiones diferentes el DAMNUM de la Ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa, ataque que estaba sancionada aunque no se hubiera sufrido perjuicio. Señalan estos autores los requisitos del perjuicio que son: a) debe ser cierto, b) no debe haber sido indemnizado ya, c) debe infligir un ataque a un interés legítimo, jurídicamente protegido, d) debe ser directo, y e) debe ser previsible cuando la responsabilidad sea contractual.

3.—IMPUTABILIDAD.—El que no ejecuta la obligación que ha asumido, comete una falta consistente en su inejecución; de tal manera que las expresiones: "Hecho de inejecución del deudor y falta del deudor son sinónimos" (4) Como dice Josserand (5), el acreedor no tiene sino que probar la existencia de la obligación y su inejecución; en seguida, al deudor corresponde establecer una causa extraña liberatoria, si la hay.

(2) Gutiérrez y González, Ernesto.—Derecho de las Obligaciones, pág. 384.

(3) Mazeaud, Henri y León.—Lecciones de Derecho Civil, Parte 2a. Tomo II, pág. 58.

(4) Mazeaud, Henri y León.—Ob. cit., Tomo I, Nos. 669-2, 669-3 y 670.

(5) Josserand, citado por Borja Soriano—Pág. 93, Teoría General de las Obligaciones T. II.

De estas ideas se deduce que es imputable aquel deudor que además de no cumplir con su obligación, tiene culpa y además no existe a su favor una causa de inimputabilidad. Las causas de imputabilidad son: a) culpa, b) negligencia, c) dolo y d) mala fe. Estudiaremos cada una de ellas.

A.—Culpa.—Debemos entender por culpa “la conducta humana antijurídica, consciente e intencional, o inconsciente por negligencia que causa un daño, y que el derecho considere para los efectos de responsabilizar a quien los produjo”. (6)

Planiol (7) entiende por culpa: “culpa es una infracción de una obligación preexistente”. Pensamos que esta definición es exacta cuando se trata de una obligación determinada, pero no lo es, cuando la obligación violada es una obligación general de prudencia y diligencia.

Los hermanos Mazeaud (8) consideran a la culpa diciendo: “La culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias externas que el demandado”. Esta definición abarca la culpa intencional, porque una persona cuidadosa no obra con la finalidad de causar un daño. Igualmente abarca a la culpa en caso de obligación determinada; y considera también a ésta, si la obligación es de prudencia y diligencia.

En el Derecho Romano se conocieron dos clases de culpa:

a) Grave o Lata y b) Leve o Levis, que a su vez se divide en: 1.—Leve in abstracto y 2.—Leve in concreto.

CULPA GRAVE O LATA.—“Culpa lata es la demasiada ignorancia —decía Ulpiano— esto es, no entender lo que todos entienden”. (9)

LEVE IN ABSTRACTO.—Es en la que incurre un buen padre de familia (un hombre de diligencia común).

LEVE IN CONCRETO.—Es la culpa en que incurre el “bonus pater familias” al no poner mayor diligencia que la que pone normalmente.

(6) Guitérrez y González, Ernesto.—Ob. cit., pág. 370.

(7) Planiol.—Ob. cit., pág. 109.

(8) Mazeaud, Henri y León.—ob. cit., pág. 123.

(9) Colombo A. Leonardo.—Culpa Aquiliana, pág. 62.

Mas tarde los glosadores hacen una clasificación tripartita:

CULPA LATA O GRAVE.—Es aquella en la que el deudor carece de todo interés en la convención en que se pudiera producir.

CULPA LEVIS O LEVE.—Se responde de ella en los actos que eran celebrados en interés de las dos partes que intervienen.

CULPA LEVISIMA.—Responde de ella el deudor, en los contratos que eran celebrados en su exclusivo interés.

Hace notar Sánchez Román (10) las ideas contrarias que representan esas culpas literalmente, pues la grave es la de menos responsabilidad y la levísima, es la de mas graves consecuencias.

Actualmente y siguiendo la idea romana de la clasificación de las culpas, se responde: a) el deudor por culpa lata o grave en los actos convencionales que se celebran en beneficio del acreedor. b) tanto el deudor como el acreedor responden por la culpa leve solamente, cuando se celebran contratos en interés recíproco al no poner estos la atención que en forma normal ponen en sus asuntos, y c) el deudor por culpa levísima, en aquellos contratos que se celebran en beneficio exclusivo de él, al no poner atención mayor que la que pone normalmente en la atención de sus asuntos o cosas.

B.—NEGLIGENCIA.—Al analizar el concepto que de culpa nos da el maestro Gutiérrez y González, se desprenden los siguientes elementos: a) conducta antijurídica, b) Consciente o intencional, o inconsciente por negligencia, c) que cause un daño, y d) que el derecho la considere para los efectos de responsabilizar a quien la produjo: Pues bien, la culpa por negligencia la podemos anteponer a la culpa dolosa; en ésta última existe la intención, el conocimiento pleno de causar un daño (ánimo de causarlo); en tanto que en la culpa por negligencia no existe ése ánimo de dañar; pero sin embargo se es responsable por la imprevisión, falta de reflexión o de cuidado que produce el daño. En otros términos: "La culpa no dolosa, consiste en una negligencia cometida sin la intención de perjudicar". (11)

(10) Sánchez Román, citado por Leonardo Colombo, ob. cit., pág. 64.

(11) Mazeaud, Henri y León, Ob. cit., T. I., No. 674.

Nuestro Código Civil en su artículo 2025 confunde los términos culpa y negligencia al señalar: "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella".

C.—DOLO Y MALA FE.—Tanto el dolo como la mala fé, al igual que la culpa y la negligencia son elementos de la imputabilidad; esto es, utilizando una de estas causas o algunas de ellas, se será siempre responsable, y por ende imputable de los daños y perjuicios que con ésa conducta pudieran ocasionarse.

Tanto el dolo como la mala fe se desprenden del error; debiendo entender por error "la falsa concepción que se tiene de la realidad".

Nuestro artículo 1815 del Código Civil establece: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". El maestro Gutiérrez y González (12) crítica este precepto, pues piensa que al emplearse maquinaciones para inducir al error se está en presencia de un dolo; pero si se emplean artificios para mantenerse en él, se halla frente a la mala fe, pues agrega, etimológicamente artificio es igual a "disimulación" que es en lo que consiste la mala fe. Luego pues, el art. 1815 está equivocado al considerar como caso de dolo las maquinaciones o artificios que se empleen para mantener en error. El error por dolo se reduce exclusivamente a la posición de que se induzca al error, no al caso de que se le mantenga en él. Por lo tanto, el hecho de emplear maquinaciones para mantener en el error, implica una actividad.

Por lo anterior considera Gutiérrez y González que el artículo 1815 debería quedar en los siguientes términos: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión que se emplee para inducir a error; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido, o los artificios que se empleen para mantenerlo en él". Nos parece acertada la presente redacción y propugnamos al igual que Gutiérrez y González por un estudio legislativo mas amplio de ésta cuestión.

(12) Gutiérrez y González, Ernesto.—Ob. cit., pág. 223 y sigs.

NO IMPUTABILIDAD.—Hemos señalado anteriormente que no obstante existir incumplimiento por parte del deudor, la ley considera inimputable a éste cuando existen razones de tal naturaleza que el cumplimiento de la obligación se hace imposible; tales casos son: a) caso fortuito y b) fuerza mayor. Haremos un pequeño análisis de éstas situaciones.

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.—Hay un principio tradicional en el derecho, según el cual a lo imposible nadie está obligado. Principio que recibe una aplicación expresa en el Código Civil, al determinar que nadie está obligado al caso fortuito, porque implica una imposibilidad que puede ser absoluta desde el punto de vista físico, o de tal manera difícil para el deudor, que cumplir con la prestación a pesar del caso fortuito, sería imponerle una carga injustificada y una situación demasiado difícil o gravosa. Por ello dispone nuestro Código Civil en su artículo 2111: “Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”.

El caso fortuito o la fuerza mayor “deben constituir un obstáculo insuperable, general (salvo cuando se trata de la ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo”. (13)

El maestro Gutiérrez y González considera que caso fortuito y fuerza mayor “Es un acontecimiento que está fuera del dominio de la voluntad, pues no se le puede prever o aún previéndolo no se le puede evitar, que impide a una persona cumplir con la conducta debida, conforme a la ley o a una obligación, originándose con ello un daño”. (14)

Planiol (15) considera que se debe emplear la expresión caso fortuito cuando se requiere designar el origen externo del obstáculo que ha impedido la ejecución de la obligación; y fuerza mayor, para indicar la naturaleza insuperable del obstáculo, y que ambas expresiones corresponden a dos ideas diferentes a propósito del mismo hecho.

(13) Hemard, citado por Borja Soriano, ob. cit., T. II, pág. 108.

(14) Gutiérrez y González, Ernesto.—Ob. cit., pág. 413.

(15) Planiol, Ob. cit., T. II, No. 231.

Rojina Villegas (16) nos da un concepto de caso fortuito y de fuerza mayor, y señala: "Entendemos por caso fortuito el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisto, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación; y por fuerza mayor, la entendemos como el hecho del hombre previsible o imprevisto, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación".

Se ha suscitado el problema consistente en determinar si caso fortuito y fuerza mayor son sinónimos, o por el contrario se trata de dos situaciones diferentes. Tanto el maestro Borja Soriano, así como Gutiérrez y González están de acuerdo en que dentro de nuestro Derecho Civil tales términos son sinónimos, por provenir estos del proyecto del Código Español, que los considera como tales; independientemente de que el propio Código los emplea indistintamente. Agrega por su parte el maestro Rojina Villegas que independientemente de que el caso fortuito no se refiera exclusivamente a los acontecimientos de la naturaleza, y la fuerza mayor a los hechos del hombre, si es importante hacer notar que en ambos lo esencial radica en que se trata de acontecimientos inevitables.

4.—LA MORA.—La mora da lugar a que el acreedor exija el pago de una indemnización compensatoria, por el incumplimiento de la obligación; o que ésta se cumpla íntegramente y se le pague además, una indemnización moratoria por el retardo en el pago.

La mora la entendemos como el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación. También la entendemos "como el retardo en el cumplimiento de la obligación, debiendo ser ése retardo imputable al deudor". (17)

Existen en el derecho diversos sistemas para colocar en mora al deudor. Nuestro Derecho Civil, desde el Código de 1870 ha seguido el principio romano de que el día interpela por el hombre (DIES INTERPELLAT PRO HOMINE), esto es por lo que hace a la obligación a plazo; o sea, la llegada del término las hace exigibles.

(16) Rojina Villegas, Rafael Compendio de Derecho Civil, pág. 378.

(17) Alves Moreira, Vol. II, No. 39, citado por Borja Soriano, ob. cit., T. II, pág. 95.

Nuestra legislación civil actual sigue el mismo principio, estableciendo lo siguiente: Artículo 2104: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I.—Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II.—Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final de artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención". Artículo 2105: "En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior. Si no tuviere plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera". Artículo 2080: "Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación". Luego pues, para las obligaciones de dar que no tienen plazo determinado, se hacen exigibles treinta días después de la interpelación; si se trata de obligaciones de hacer, lo serán después de que transcurra el tiempo necesario, de acuerdo con la naturaleza del hecho. El tiempo necesario en caso de litigio, será calificado por el juez, previo informe de peritos.

Las consecuencias de la mora, según lo estudiado, son principalmente las siguientes:

- a) Constituye al deudor en responsable de los daños y perjuicios ocasionados.
- b) Arroja el riesgo de la cosa sobre el deudor.
- c) Obliga al deudor a pagar los gastos y las costas judiciales.

CAPITULO V

CONVENIOS DE RESPONSABILIDAD,

CLAUSULA PENAL

- 1.—Antecedentes romanos; Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928.**
- 2.—Concepto.**
- 3.—Su diferencia con la pena convencional.**
- 4.—Características.**
- 5.—Límites.**
- 6.—Carácter accesorio.**
- 7.—Su relación de equivalencia con la obligación.**
- 8.—La cláusula de no responsabilidad.**

CAPITULO V

CLAUSULA PENAL

1.—ANTECEDENTES ROMANOS.—En lugar del resarcimiento de daños por incumplimiento de una obligación y muchas veces junto a él, se podía establecer por acuerdo de las partes una pena a pagar por el deudor en caso de incumplimiento. Esta estipulación tenía para el acreedor la ventaja de que lo exoneraba de la carga de probar los daños que el incumplimiento le hubiere ocasionado; pruebas que, la mayoría de las veces, eran bastante difíciles. Por esta estipulación podía exigir el acreedor lo pactado en concepto de pena, sin ningún requisito.

Para pactar la pena se acudía en el Derecho Romano a la *Stipulatio Poenae*, la que podía tener finalidades diferentes; algunas veces era accesoria de una obligación ya existente o constituida simultáneamente, y en tal caso la pena convencional era accesoria de la obligación principal (pena convencional en sentido propio). Otras veces la obligación principal nacía por la misma estipulación de la pena; en tal caso, jurídicamente, sólo era debida la pena; pero como la efectividad de ésta se hallaba condicionada por el incumplimiento de la prestación realmente querida, el deudor en verdad, se hallaba constreñido a realizar ésta para evitar el tener que cumplir la pena (pena convencional impropia).

Cuando la pena convencional tenía por objeto conseguir del deudor una abstención, era exigible aquélla tan pronto como se cometía el

acto prohibido. Por el contrario, si se perseguía obligar al deudor a la realización de un acto, se podía pedir su cumplimiento desde que la obligación principal fuere exigible. Para la exigencia de la pena convencional, era indiferente que el deudor fuera o no responsable del incumplimiento de la obligación principal.

Contra la exigencia simultánea del cumplimiento de la obligación y del pago de la pena, los juristas clásicos estuvieron de acuerdo en que procedía una **EXCEPTIO DOLI**.

En general, debida la pena, el deudor debía ésta o la prestación, a elección del acreedor; sin embargo, por convención especial, puede obligarse a una y otra. Si la convención tiene por objeto que el deudor pueda liberarse de la obligación principal pagando la pena, toma entonces el nombre de pena de retractación (**MULTA POENITENTIALIS**). Se autorizaba al juez para que modificara equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida. En el derecho Justiniano se concedía al acreedor que hubiera utilizado cualquiera de las dos acciones, la principal o la pena convencional, el utilizar la otra para reclamar la diferencia de lo que obtuvo con una y pudo haber obtenido con la otra.

La obligación pues, se garantizaba cuando la voluntad de las partes aumentaba las seguridades de su cumplimiento, las que podían ser reales o personales; proporcionadas por el propio deudor o por un tercero. De las proporcionadas por el propio deudor, tenemos, entre otras, la cláusula penal, que era una convención que debía estipularse expresamente.

El Digesto del Emperador Justiniano nos ilustra con algunos ejemplos referentes a la pena convencional; así tenemos:

a) La pena no siempre se estipula en dinero, pudiendo ser cualquier otro objeto: "Si estipulé en esta forma: Que te habías de presentar; y si no te presentaste, que habías de dar alguna cosa..." (D. 45. 1. 126. 3)

b) En relación con el vencimiento de la pena convenida, el Digesto nos muestra en D. 45. 1. 115. 2 una controversia entre Pegaso y Sabino. "Si alguien estipula lo siguiente: "si no me entregas el esclavo Páulilo, me darás entonces 100 sestercies?" Pegaso opina que sólo ven-

ce el deber de entregar la pena en el momento en el cual ya resulte imposible entregar a Pánfilo; Sabino, empero, opina que es la intención de los contratantes que la pena vence inmediatamente en el momento en el cual se hubiera podido entregar Pánfilo, sin que tal entrega se haya efectuado, y que sólo quedaba suspendido el derecho de pedir la pena mientras que no fuese culpa del deudor del objeto, que no podía entregarlo”.

c) El Corpus Iuris nos presenta otra contradicción: Si el deudor no cumple, sin que haya culpa al respecto, de todos modos debe la pena convencional, según D. 22.2.9. “Si se prometió la pena acostumbrada por no pagar a tiempo el dinero de un foenas nauticum (*), aunque hubiese muerto el deudor, el heredero incurre en la pena” (aunque no tenga ninguna culpa; es lógico que no puede continuar sin pequeños trastornos la administración del difunto). Por otra parte, el mismo Corpus Iuris parece exonerar al deudor incumplido sin culpa, al decir: “Si pereciere la cosa que me debías de dar, en caso de haber culpa tuya en no habérmela entregado cuando debías, consta que todas las consecuencias van a cargo tuyo; pero cuando se duda si el incumplimiento era realmente por culpa tuya, se deberá mirar no solamente si la cosa estuvo o no en tu potestad, o dejó de estar en tu poder por dolo, sino también si hubo alguna causa justa, por la cual hubieras debido entender que tu debías entregarla”. (D. 12.1.5).

De acuerdo con la primera cita, la pena convencional se debe aún en aquellos casos en los que no hubiese ninguna culpa en el incumplimiento; de acuerdo con la segunda cita, las desventajosas consecuencias del incumplimiento (como la pena convencional) no se presentan si el deudor, fuera de culpa, no pudo cumplir o no comprendía que ya era tiempo de cumplir.

d) La liquidación de la mora del deudor, no elimina la pena convencional ya incurrida, como resulta de D. 4.8.23, pr.: “Si el árbitro ha ordenado, bajo pena convencional que se pague antes del 1o. de septiembre, y no se paga, dice Celso, que aunque después se ofrezca el dinero, cuando ya se había incurrido en la pena convencional, de

(*) Combinación de préstamo con seguro: El deudor, invirtiendo el préstamo en mercancía que se transportarían a otro puerto, sólo debía devolver el dinero si la mercancía llegaba en buen estado.

todos modos esta pena no se remite, porque siempre es cierto que no se dió antes de la fecha convenida; pero si el acreedor aceptó el pago sin exigir la pena, luego ya no puede pedir la pena, y ha de ser removido con la excepción de dolo”.

CODIGOS CIVILES DE 1870, 1884 y 1928.—El Código Civil de 1870 regula la cláusula penal en su Libro Tercero, Título Primero, Capítulo V, que se refiere al Contrato en General, en su parte relativa. “De las renunciaciones y cláusulas que pueden contener los contratos”. Tal regulación la hace en sus artículos del 1428 al 1438 inclusive; y es claro, y salvo pequeñas modificaciones, los Códigos Civiles de 1884 y el vigente de 1928 han seguido en sus lineamientos los preceptos señalados por aquel.

Ya desde el Código Civil de 1870 se nota claramente la intención del legislador de evitar la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, al permitir la estipulación en los contratos de la cláusula penal, señalando claramente la accesoriedad de ésta; igualmente pretende no ser demasiado severo con el deudor al no permitir que la cláusula penal exceda en valor o en cuantía a la obligación principal; y como resultado de esta defensa señala que la cláusula penal deberá modificarse en la proporción en que la obligación hubiera sido cumplida, dejando al juez la facultad de hacer esta modificación cuando la cláusula penal no pudiera ser exactamente proporcional; estatuye que el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación o el de la pena, pero no ambos, salvo convenio en contrario (este término “salvo convenio en contrario” es explicado por el artículo 1846 del Código Civil vigente al señalar que se podrán exigir ambos si se estipuló la pena convencional, por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o por no haberse cumplido esta de la manera convenida); libera igualmente el Código de 1870 al deudor de responsabilidad cuando éste no cumple el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable.

El Código Civil de 1884 reproduce íntegramente las disposiciones del Código Civil anterior, en su Libro Tercero, Título Primero, Capítulo V, dentro del articulado que va del 1310 al 1321 inclusive.

El Código Civil de 1928, sigue, como ya hemos señalado, los lineamientos de los Códigos Civiles anteriores, y encontramos regulada a

la cláusula penal en el Libro cuarto, Primera Parte, Título I, Capítulo I "Cláusulas que pueden contener los contratos", dentro de los artículos del 1839 al 1850 inclusive. No obstante seguir los lineamientos de los dos Códigos Civiles anteriores, encontramos en éste de 1928 pequeños agregados.

Es importante hacer notar los agregados que contiene el Código Civil que estamos tratando al referirse a la nulidad que de la cláusula penal trae consigo la del contrato, al señalar en el artículo 1841, segunda parte, que no obstante la nulidad del contrato, valdrá la pena cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona; y agrega en la tercera parte del mismo artículo 1841: "lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero, y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido".

A fin de evitar controversias y exigir el cumplimiento de la pena convencional, el artículo 1842 establece: "al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".

Ha quedado ya explicado el término "salvo convenio en contrario" que empleaban los Códigos anteriores, al habernos referido al artículo 1846, parte segunda.

2.—CONCEPTO.

Diversos autores han esgrimido su concepto acerca de la pena convencional, casi todos ellos, palabras más, palabras menos, están de acuerdo en que la pena convencional es aquella que se establece en favor del acreedor y en perjuicio del deudor para el caso de que éste no cumpla o retarde el cumplimiento de una obligación, a saber:

Gatica Pacheco (1) señala que el artículo 1535 del Código Chi-

(1) Gatica Pacheco, Sergio.—Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, pág. 303.

leno establece: "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 ejecutar o de retardar la obligación principal".

Luis de Gasperi (2) considera a la pena convencional como una modalidad, después de la condición y el plazo, pues ésta consiste, dice: "en un pacto accesorio por el que las partes estipulan una prestación a cargo de aquel que retarda o deja de cumplir el acto o el hecho a que se obliga".

Valencia Zea (3) señala que el artículo 1592 del Código Civil Colombiano establece: "Es cláusula penal aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena consistente en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Castán (4) nos dice: "En su sentido estricto, la cláusula penal (también llamada pena convencional), tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal y puede ser así definida como aquella obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de asegurar el cumplimiento de ésta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial (consistente, por lo general, en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado".

3.—SU DIFERENCIA CON LA PENA CONVENCIONAL.

Los autores alemanes sostienen que la cláusula penal conserva todavía un carácter primitivo, la que se mantiene como una institución totalmente diferente a la liquidación convencional de los perjuicios; con lo que afirman que la cláusula penal no presenta relación alguna con la indemnización de perjuicios, que solo persigue sancionar al autor de un hecho antijurídico, que es la inejecución del

-
- (2) Gasperi, Luis de.—Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino. Vol. I, pág. 441.
(3) Valencia Zea, Arturo.—Tomo III, pág. 386. Derecho Civil.
(4) Castán, citado por José Puig Brutau, Fundamento de Derecho Civil, Tomo I, Vol. II, pág. 470.

contrato; "y que en consecuencia, no estando limitado su alcance por otra medida que la de su carácter penal, no constituye sino una variante debilitada de la pena pública". (5). Pero debemos señalar que la pena, en términos generales, es la sanción establecida por la ley en contra del que culpablemente ha transgredido la ley, o una situación jurídica protegida por el derecho. Por lo tanto, la pena convencional tiene un carácter eminentemente afflictivo y en ello reside su diferencia con la indemnización de daños y perjuicios que persigue el restablecimiento de la situación preexistente a la infracción. No es pues, el caso de que el derecho civil rechace la pena, sino la introducción de penas "penales"; tan es así, "que si bien el legislador autoriza la imposición de una pena, su especie y monto lo fijan las partes y no la ley". (6)

4.—CARACTERISTICAS.

Tomando en consideración los diversos conceptos que se han dado acerca de la pena convencional, consideramos que las características fundamentales de ésta son: a) Es accesoria; b) Se establece de antemano, sin importar si real y efectivamente se causarían los daños y perjuicios; c) No puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal; d) Se regula en razón del incumplimiento o inexacto cumplimiento de la obligación; e) Se puede exigir el pago de la pena, pero no este pago y el de la obligación, "salvo convenio en contrario"; y f) No se deberá ésta cuando el obligado no haya cumplido con la obligación por causa imputable al propio acreedor, caso fortuito o fuerza mayor.

5.—LIMITES.

El problema de los límites de la cláusula penal es muy discutido; mientras algunas legislaciones permiten la libertad de las partes en cuanto a su monto, otras más imponen restricciones a ésta libertad. Al permitirse a las partes que libremente determinen el monto de la pena, éste excede generalmente o cubre el monto presumible de los

(5) Gatica Pacheco, Sergio.—Ob. cit., pág. 312.

(6) Demogue, citado por Gatica Pacheco, ob. cit., pág. 317.

daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación. Pero no es raro que debido a la presión del acreedor o por una falsa apreciación de las partes se fijen penas desproporcionadas imponiendo al deudor un sacrificio excesivo en comparación con la gravedad de su responsabilidad.

Debido a la anterior, Gatica Pacheco (7) nos señala que existen tres sistemas para la cuantificación de la pena y sus consecuencias, siendo estos los siguientes:

a) SISTEMA DE INMUTABILIDAD DE LA PENA.—Sistema al que se acogen el Código francés, el italiano, el argentino, el uruguayo, el boliviano, el portugués y el japonés. Se argumenta en su favor la circunstancia de que solo dejando a las partes absoluta libertad para fijar el monto de la pena, se proporciona a la pena convencional su máxima eficacia, aprovechándose las ventajas que ella presenta como sanción.

b) SISTEMA DE MUTABILIDAD DE LA PENA.—Sistema seguido por los Códigos Alemán, Suiza y Peruano. Se argumenta a su favor que la intervención del juez en la reducción para evitar abusos de una apreciación exagerada es del todo atinada; pero a la vez se critica este sistema al señalarse que la intervención del juez desvirtúa la intención del legislador de evitar la cuantificación de los daños y perjuicios.

c) SISTEMA MIXTO.—Seguido por los Códigos Chileno, Colombiano, Ecuatoriano, Brasileño y Mexicano. Este sistema consagra el régimen de inmutabilidad de la pena cuando no pase esta del límite establecido por el legislador; si pasa ese límite, debe ser reducido por la ley o por el tribunal. Este sistema trata de aprovechar las ventajas de los dos sistemas anteriores y evitar sus inconvenientes; de este modo respeta la apreciación de las partes y por la otra prevé los inconvenientes o abusos de una libertad exagerada. Debemos agregar a las ideas de Gatica Pacheco que este sistema permite la reducción equitativa, en tanto y cuanto se hubiere cumplido con la obligación.

Nuestro Código Civil siguiendo a los Códigos Civiles Francés y Alemán, que propugnan respectivamente por los sistemas de inmuta-

(7) Gatica Pacheco, Sergio.—ob. cit., págs. 480 y sigs.

hilidad y mutabilidad de la pena, señala que únicamente podrá pactarse la pena convencional sin rebazar el límite de la obligación principal. Considero, según mi modesto modo de pensar, que al limitarse la pena convencional a la cuantía de la obligación principal se está llenando en contra de la autonomía de la voluntad consagrada por nuestro derecho; pues si bien es cierto que en algunos casos los daños y perjuicios causados no alcanzan siquiera el monto de la obligación principal, también es cierto que en algunas ocasiones estos daños y perjuicios rebazan en gran parte a la obligación principal. Podría pensarse que la solución de este problema sería dejar a un lado la pena convencional y procurar el cobro real y efectivo de los daños y perjuicios por la vía correspondiente; pero si la ley expresamente soluciona este problema, el de evitar la cuantificación de los daños y perjuicios, luego entonces no debe ponerse cortapisas a estos convenios entre las partes, pues de ser así, se llegaría al caso en que el deudor al incumplir su obligación y ver llegada su responsabilidad hasta el límite de la obligación principal, no pondría ya ningún empeño en cumplir con la obligación que tiene; situación que seguiría causando, lógicamente, daños y perjuicios al acreedor.

Independientemente de las ideas anteriores, y no obstante señalar nuestro artículo 17 del Código Civil lo siguiente: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser esta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año", me parece del todo acertada la posición de nuestro Código Civil en lo que se refiere a la pena convencional; pues es obvio que el acreedor siempre aprovechado de las circunstancias en que se haya el deudor pretenda obtener de éste los mayores provechos, el que ignorante de sus mas elementales derechos y obligaciones, de ninguna manera se acogerá a las prerrogativas que la ley le concede.

6.—CARACTER ACCESORIO.

La cláusula penal va siempre ligada a la existencia de una obligación, pues esta no podrá vivir por si sola, siendo necesario que exista la

obligación, cuyo incumplimiento traerá aparejado la indemnización por daños y perjuicios, situación que vendrá a hacer más cómoda la pena convencional.

La redacción del artículo 1841 del Código Civil vigente en sus dos últimos párrafos, parece señalar una excepción al principio de la accesoriad de la pena convencional, al estatuir: "...Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplir por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta de consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero, y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido". Siguiendo al maestro Gutiérrez y González (8), llegamos a la siguiente conclusión: No se trata de una excepción al principio de la accesoriad; mas bien ambos párrafos se refieren a contratos autónomos.

El párrafo segundo del artículo 1841 se refiere a la cláusula "POE-NAM IPSE PROMISERIT", o "PROMESA DE PORTE-FORT" (Es el convenio por el cual una persona se obliga para con otra, a abtener la voluntad de un tercero, para la celebración de un acto jurídico). Y el párrafo tercero del mismo artículo 1841 se refiere a una cláusula inserta en un contrato para beneficio de un tercero. Por lo que se concluye que es inexacto que estos párrafos se encuentren en este artículo, debiéndose formar un artículo especial para cada uno de ellos.

7.—SU RELACION DE EQUIVALENCIA CON LA OBLIGACION.

Ya hemos señalado que según nuestra ley la pena convencional no puede rebazar el límite de la obligación principal, y que cuando esta ha sido cubierta en parte debe modificarse en la misma proporción, dejándole al juez la facultad de reducirla de manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación. Pero esto es inexacto, pues siguiendo la definición dada por Aristóteles acerca de la equidad, o sea: "aplicar la justicia al caso concreto" ¿Qué acaso no se vería el juez en la necesidad de indagar si rea-

(8) Gutiérrez y González, Ernesto.—Derecho de las Obligaciones, págs. 403 y sigs.

mente el acreedor ha sufrido daños y perjuicios?; ¿Qué acaso también no se vería el juez obligado a indagar si el acreedor ha sufrido daños y perjuicios por el mediano cumplimiento?. Es lógico que el juez por mas justicia que quiera impartir, no logrará de ninguna manera hacer una reducción equitativa de la pena convencional. Pero es preferible dejar al prudente arbitrio del juez la reducción de la pena, y no dejar de ninguna manera que las partes, acreedor y deudor lo hagan cuando la modificación no pueda ser proporcional, pues a la sombra de la cláusula penal se puede legalizar la explotación de los débiles, la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, a título de indemnización; haciendo prometer al acreedor ventajas desproporcionadas con los daños y perjuicios ocasionados.

8.—LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD.

Las cláusulas que contienen una exención absoluta de responsabilidad representan una contradicción en si mismas; pues realmente no se exonera de responsabilidad el deudor, sino que no se ha obligado, "y repugna que en un contrato las partes no se obliguen". (9)

La cláusula de no responsabilidad es un convenio celebrado entre las partes con el fin de eliminar una posible responsabilidad; a saber:

a) Cláusula para eliminar la responsabilidad que provenga de un hecho ilícito por violar una obligación previa.—Es el caso en que las partes que intervienen en una obligación convienen que en caso de cometer una de ellas el hecho ilícito de no cumplir con las obligaciones provenientes de ella, no responderá de los daños y perjuicios que cause con su conducta. Es preciso hacer notar que tratándose de hechos ilícitos dolosos, deberá de responderse de la responsabilidad proveniente de la obligación, no obstante que se hubiera renunciado a ella, según se desprende del artículo 2106, que a la letra dice: "la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula".

b) Cláusula para eliminar la responsabilidad proveniente de un hecho ilícito por violar un deber jurídico.—La ley no prohíbe tal cláusula.

(9) Valencia Zea, Arturo.—Ob. cit., T. III, pág. 392.

sula, e inclusive se puede fundar en derecho diciendo: Si la ley autoriza estas cláusulas en tratándose de responsabilidad proveniente de violar una obligación previa, y si la responsabilidad tiene la misma esencia en ambos casos, por analogía y por remisión al artículo 1859 del Código Civil, que a la letra dice: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos", se pueden aplicar las disposiciones antes expuestas a la responsabilidad que provenga de violar un deber jurídico.

CAPITULO VI
CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

CAPITULO I

- 1.—La obligación nace en el Derecho Romano antiguo en ámbitos del delito. Quien cometía éste, estaba obligado a resarcir en la misma medida el daño ocasionado, establecido esto por la ley del talión.
- 2.—Nuestra doctrina en voz del maestro Ernesto Gutiérrez y González acertadamente define la obligación en los términos siguientes: "Derecho personal, derecho de crédito u obligación, es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor que puede exigir de otra llamada deudor, que debe cumplir, una prestación patrimonial de carácter pecuniario o moral".
- 3.—De la definición anterior podemos desprender los siguientes elementos esenciales: Sujetos activo y pasivo; relación jurídica, protegida por el derecho objetivo, y objeto, que puede consistir en una prestación o una abstención.
- 4.—Las obligaciones pueden nacer del hecho jurídico o de la ley.

CAPITULO II

- 1.—Las obligaciones son normalmente cumplidas por las partes, por medio del pago.
- 2.—Pago es el modo normal de cumplir las obligaciones.

- 3.—Todo incumplimiento de las obligaciones trae aparejada una sanción; excepción hecha de los casos señalados por la ley.
- 4.—La sanción por incumplimiento puede consistir en el pago de una indemnización compensatoria o moratoria.

CAPITULO III

- 1.—La imposición de la sanción derivada del incumplimiento de las obligaciones, tiene como fundamento la noción de la responsabilidad, pues como dijera Planiol, ser civilmente responsable es estar obligado a reparar, mediante una indemnización pecuniaria, un daño sufrido por otra persona.
- 2.—Para que exista responsabilidad es necesario que concurren los siguientes elementos: Daño, culpa y relación de causalidad entre el hecho y el daño ocasionado.
- 3.—La responsabilidad puede ser privada o pública; la primera engendra obligaciones de naturaleza civil, y la segunda pertenece al campo del derecho penal.
- 4.—Responsabilidad civil contractual es la que se deriva del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos; en tanto que la responsabilidad civil extracontractual es la que se deriva de las obligaciones nacidas en cualquiera de las otras fuentes, tales como el testamento, declaración unilateral de voluntad, actos lícitos, actos ilícitos, etc.

CAPITULO IV

- 1.—El monto de la reparación en la responsabilidad civil contractual puede derivar de la ley o estar estipulado por las partes.
- 2.—En el caso en que el monto deriva de la ley, deben demostrarse los daños y perjuicios causados con el incumplimiento de la obligación para que se decrete la reparación.
- 3.—En el caso en que el monto se estipula por las partes, se está frente a la cláusula penal.

- 4.—Nuestra ley no contiene un concepto expreso de la nación de cláusula penal, pero interpretando los artículos 1840 y 2117 del Código Civil podemos definirla de la manera siguiente: “Es la regulación hecha por las partes sobre los daños y perjuicios resultantes de la responsabilidad civil para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida”.

CAPITULO V

- 1.—La regulación actual de la pena convencional proviene de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.
- 2.—La pena convencional es de naturaleza accesoria, pues no podría existir por sí misma.
- 3.—El monto de la pena convencional es independiente de los daños y perjuicios que realmente se ocasionan.
- 4.—Nuestra legislación establece un límite al monto de la reparación derivada de la pena convencional, según lo dispuesto por el artículo 1843.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA (*)

- ARIAS RAMOS, J.—Derecho Romano, Vol. II, 7a. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- BONNECASE, JULIEN.—Elementos de Derecho Civil, Editorial Cajica, Puebla 1945.
- BORJA SORIANO, MANUEL.—Teoría General de las Obligaciones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, 1962.
- CODIGOS CIVILES DE 1870, 1884 y 1928.
- COLIN Y CAPITANT.—Curso Elemental de Derecho Civil, Editorial Reus, Madrid, 1951.
- COLOMBO A., LEONARDO.—Culpa Aquiliana (Cuasidelitos), Segunda Edición, Tipográfica Editora Argentina, 1947.
- D. AGUIAR, HENOCH.—Hechos y Actos Jurídicos, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.
- DE GASPERI, LUIS.—Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.
- DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, EL.—Madrid, 1872, Traducido y publicado por el Lic. Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca.
- F. MARGADANT S., GUILLERMO.—El Derecho Privado Romano, Primera Edición, Editorial Esfinge, S. A., 1960.
- GATICA PACHECO, SERGIO.—Aspectos de la indemnización de per-

- juicios por incumplimiento del contrato, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.—Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, Puebla, 1961.
- JORS, PAUL.—Derecho Privado Romano, Editorial Labor, S. A., 1937.
- MAZEAUD Y MAZEAUD TUNC, ANDRE.—Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN.—Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- PETTIT, EUGENE.—Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, 1959.
- PLANIOL Y RIPERT.—Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, De las Obligaciones, Cultural, S. A., Habana, 1940.
- PLANIOL, MARCEL.—Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Pue. 1945.
- PUIG BRUTAU, JOSE.—Fundamentos de Derecho Civil, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.—Compendio de Derecho Civil (Teoría General de las Obligaciones), Antigua Librería Robredo, Primera Edición, 1962.
- SANTA CRUZ TEJEIRO, JOSE.—Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- SERAFINI, FELIPE.—Instituciones de Derecho Romano, Novena Edición Italiana, Tomo II, Barcelona, Hijos de J. Espasa, Editores.
- SOHM, RODOLFO.—Instituciones de Derecho Privado Romano, Gráfica Panamericana, S. de R. L., México, 1951.
- VALENCIA ZEA, ARTURO.—Derecho Civil., De las Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 1960.

(*) Se citan autores por orden alfabético, y a continuación se señalan sus obras.