

sino que toma en consideración la diligencia que tal persona determinada suele emplear en sus propias cosas (*diligentiam quam in suis rebus adhibere solet*) (1) y genera la responsabilidad siempre que la persona no haya, en su relación con las otras, usado de aquel cuidado y diligencia que se suele emplear en los asuntos propios. En abstracto, no es susceptible de gradación, pero intrínsecamente es variable y su intensidad resulta determinada en cada caso por la persona obligada, que puede ser hombre de diligencia máxima, mínima o media. De donde se deduce que la *culpa in concreto* no significa una alienación de la culpa ordinaria y de la consiguiente responsabilidad como sostienen algunos autores; la *culpa in concreto* puede dar lugar a una responsabilidad mayor que la derivada de la *culpa levis* si la diligencia del obligado es en los asuntos propios mayor que la diligencia del *bonus pater familias* (2).

No es tampoco una agravación de la responsabilidad por negligencia ni un grado especial de la responsabilidad que deriva de la *custodia* que en determinadas relaciones (por ejemplo: Comodato, arts. 1.809, 1.810; depósito confiado a los posaderos, etcétera, arts. 1.866, 1.629), incumbe a la persona obligada; la custodia no es sino una forma de diligencia que se mide por las normas positivas dictadas en cada caso en relación con la culpa en abstracto o con la culpa en concreto (3).

(1) En este sentido debe interpretarse el art. 1.224, en el que la excepción establecida en el caso de depósito (art. 1.843) no significa atenuación de la responsabilidad del depositario, sino determinación de la misma por un criterio diverso del que rige en la culpa abstracta. Véase Polacco, *Obbli.*, § 105; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 462. Lo tratado en el texto es objeto de discusión, incluso en el Derecho romano, pero aquí hay que decir también que la *c. in concreto* se presenta más bien como una minoración de la culpa ordinaria. Véase Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 265, n. 13; Ferrini, *Pand.*, pág. 578, n. 7; Scialoja, *Obbli.*, páginas 396, 397.

(2) Sobre la doctrina de la custodia: Engelmann, *Die custodiae praestatio nach. röm. Recht*, Nördlingen, 1887; Lusignani, *La responsabilità per custodia*, Módena, 1902; Simoncelli, *Contributo alla teoria della custodia nel dir. civ. (Riv. it. p. le. Sc. giur.)*, XIV, 1892, pág. 3), y además las obras citadas sobre la *c. in concreto*.

(3) No faltan, sin embargo, autores que lo discuten afirmando que

γ) Por la *relación* con la persona a la cual se debe prestar la diligencia, se distingue, finalmente, la culpa *contractual* de la *extra contractual*, llamada también *aquiliana* por la *lex aquilia* romana que reguló los perjuicios causados a cosas ajenas. Tal distinción importantísima (1) se funda en la existencia o inexistencia de una relación obligatoria entre la persona que causó el daño y aquella que lo sufrió. Ya que si preexiste un vínculo obligatorio y si la conducta ilícita y culpable consiste en la violación de tal vínculo, la culpa se llama *contractual*, impropriamente, porque parece excluir el incumplimiento de la obligación que no derive del contrato, siendo así que comprende todo caso de incumplimiento, cualquiera que sea el origen de la obligación (y, por tanto, también el caso en que esta obligación derive de cuasi-contrato de delito, de cuasi-delito, de la ley); cuando no hay obligación y la conducta ilícita constituye una violación de la norma general que prohíbe la lesión de la esfera jurídica ajena, la culpa se llama *extra contractual* (2). Una y otra obligan al *id quod interest* entre el autor y la víctima del daño; pero mientras el supuesto de la contractual es una relación obligatoria en la que el *id quod interest* se sustituye o se añade, en la aquiliana falta tal supuesto y el resarcimiento aparece como objeto primario y originario de la obligación. También hay diferencias profundas en cuanto a la medida del daño resarcible y a la forma y graduación de la culpa. En la culpa aquiliana no se puede hablar de culpa *in on faciendo*, porque entre personas no ligadas por un

la preexistencia de un contrato modifica la conducta que en general debe observar el contrayente, pero no crea una figura de culpa distinta de la que se origina fuera del contrato. Cogliolo, en *Scritti vari*, II; páginas 127 y siguientes; Cfr. Leone, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale* (*Riv. dir. civ.*, VII, páginas 84 y siguientes).

(1) Otra distinción es la de culpa civil y penal. Sobre su fundamento y en defensa de la diferenciación teórica y positiva, ved Meloni, *La colpa civile e la colpa penale*, Torino, 1920. Contra ella, Cogliolo, en *Scritti di dir. priv.*, II, pág. 127. Véase también Paladini, *Fattori della responsabilità civile e penale*, Milán, 1917.

(2) *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, IV, 1861, páginas 1 y siguientes).

vínculo, no puede existir una obligación de hacer, por lo que toda lesión consistirá siempre en un acto positivo que constituirá precisamente una violación del *neminem laedere*. A ella no es aplicable la distinción de grados (grave, leve, levísima), ni tampoco la distinción de culpa en abstracto y en concreto: estas categorías tienen solamente importancia en orden a la culpa contractual, no a la aquiliana, en donde el mayor rigor establecido por la ley para declarar la responsabilidad plena e íntegra por todo acto culposo (arts. 1.751 y siguientes), incluso el más leve (*in lege aquilia et levisima culpa venit*), excluye la posibilidad de graduar la responsabilidad y más aún el tener en cuenta de la particular negligencia que el causante del daño suele tener en las cosas propias (*culpa in concreto*).

Una particular especie de culpa cuya construcción dogmática es debida a Ihering (1), es la de la *culpa in contrahendo*, que da lugar a vivas controversias sobre si es concebible como contractual o como aquiliana. Tal culpa se origina en el período de formación de los contratos, porque quien está ligado a otro por relaciones contractuales, despierta en la otra parte, y por este sólo hecho, la confianza en que la relación obligatoria no sea inválida por imposibilidad del objeto o por incapacidad del contratante o por otro motivo imputable a éste. Si ocurre que posteriormente por una de estas causas la relación obligatoria es anulada, la otra parte que confiaba fundadamente en la validez de aquella, puede hacer responsable del perjuicio a quien lo causó, por ser a éste imputable la culpa de no haber puesto mayor cuidado y diligencia en averiguar si por su capacidad personal, por la naturaleza de la prestación, etc., la obligación podía contraerse válidamente. La responsabilidad que en tal caso genera la culpa en el obligado, no es aquella normal que deriva del incumplimiento de la obligación; se limita solamente al interés que la otra parte hubiera tenido en no contraer una obligación que posteriormente había de resultar ineficaz; por tanto, al llamado *interés negativo* (*negatives vertrauensinteresse*), que se concreta a los perjuicios determinados por los dispendios y pérdidas que

(1) De esto hablamos ya.

causa el haber perdido la ocasión de celebrar otro contrato válido, etc.

Esta culpa que el mismo Ihering y muchos de sus partidarios consideran como contractual, puede ofrecerse y se ofrece en efecto frecuentemente como aquiliana, porque si bien se incurre en ella en el período de formación del contrato, constituye, en cambio, una violación del principio *neminem laedere* (1).

Dejando a un lado cuanto se refiere a la responsabilidad que deriva de culpa aquiliana, la contractual está regida en nuestro derecho por los siguientes principios que se deducen de una serie de normas positivas (arts. 1.224, 1.227, 1.228; 449, 970; 2.020; 1.843, 1.844; 1.144, 1.588, 1.630, 1.631, 1.676, 1.746, 1.810), de las cuales la fundamental es la del art. 1.224: «La diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de la obligación, ya tenga ésta por objeto la utilidad de una de las partes o de ambas, es siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito previsto en el art. 1.843. Esta norma se deberá aplicar con más o menos rigor, según los preceptos contenidos para ciertos casos de este Código»:

1) Queda desechada la antigua tripartición de la culpa en lata leve y levísima; el Código admite dos grados tan sólo: la culpa leve y la grave correspondientes a las dos figuras tradicionales de la *culpa levis* y de la *culpa lata* que se refieren al tipo abstracto. No autoriza a resucitar el grado de la llamada *levissima culpa* el precepto que impone al Juez la más rigurosa aplicación del artículo 1.224 en casos determinados, ya que la culpa se mide siempre por la diligencia media del hombre normal y sólo puede agravarse la responsabilidad cuando la ley lo consienta u ordene.

(1) Sobre la doctrina de Drexler, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, 1873; Marcusen, *Das negative vertragsinteresse im Obligationen recht* (*Zeitschr. d. bern. Juristenver.*, 1890; Melinger, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtige Verträgen*, Zürich, 1898; Coviello, *Della c. d. culpa in contrah.* (*Filang*, XXV, 1890, páginas 721 y siguientes); Polacco, *Obbligaz.*, páginas 503 y siguientes, Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, n. 362, Venzi en Pacifici, *Ist*, IV, páginas

2) Resulta también rechazado al graduar la culpa el antiguo principio inspirado en el concepto de la utilidad que una, otra o ambas partes obtengan de la obligación.

3) La medida normal de la diligencia exigida para el cumplimiento es la de un buen padre de familia; por regla general se responde, no sólo de la *culpa lata*, sino también de la *culpa levis*. Esta responsabilidad puede ser atenuada o agravada por el Juez en los casos en que expresamente resulte autorizado a ello por la ley. La atenuación o agravación no significa, sin embargo, que el Juez pueda arbitrariamente pasar del grado de la *culpa levis* al de la *culpa lata* o crear un grado de *culpa levissima*, tomando como tipo la máxima o mínima diligencia en abstracto; sólo puede partir del tipo medio de la diligencia ordinaria, y con relación a éste, valuar, estimar, la responsabilidad del obligado. Hay agravación en los casos de depósito confiado a posaderos u hoteleros (arts. 1.866-1.867) (1) y a los porteadores terrestres y marítimos o fluviales (art. 1.631), y según algunos, en los casos del comodatorio y arrendatario previstos en los artículos 1.809, 1.810, 1.587-1.589; atenuación para el *negotiorum gestor* en determinadas circunstancias (art. 1.143) para el mandatario no retribuido (art. 1.746).

4) La dicha medida normal de la *culpa levis* no se aplica a algunas relaciones, en las cuales la responsabilidad es limitada por la ley a los casos de *culpa lata*. Esto ocurre en el caso del propietario del suelo que hubiere hecho construcciones, plantaciones con materiales ajenos, que está obligado al resarcimiento de perjuicios si incurrió en culpa grave (art. 449); en el del heredero, con beneficio de inventario que sólo viene obligado por la culpa grave cometida en la administración de los bienes hereditarios (art. 970); en el del tercer poseedor del inmueble hipotecado, que responde solamente de los perjuicios causados al inmueble por su grave culpa (art. 2.020).

(1) Pero esto no se da ya por la derogación de los artículos 1866-1868 del Código civil contenida en el Decreto-ley de 12 de Octubre de 1919, n. 2.099, que substituyó en sus artículos 11-15 por nuevas normas las del Código, introduciendo una notable atenuación en la responsabilidad de los hoteleros. Ved más adelante el § sobre el depósito.

5) Excepcionalmente se prescinde del tipo abstracto de diligencia y se recurre a la *in concreto* en la relación de depósito voluntario. «El depositario debe usar en la custodia de la cosa depositada la misma diligencia que emplea en custodiar las cosas propias» (art. 1.843); responderá, por consiguiente, de la culpa *in concreto* y en una medida que podrá ser en cada caso superior o inferior a la medida de la *culpa levis*, según que él sea en los asuntos propios hombre de diligencia superior o inferior a la normal. El precepto del art. 1.844 no autoriza a considerar la *culpa in concreto* como una atenuación de la *culpa levis*; por virtud de dicho artículo, y en casos especiales, se agrava la responsabilidad del depositario, y por ello (dicen algunos), se volvería a la normal y superior medida de la responsabilidad que implica la *culpa levis*. El art. 1.844 significa en sus cuatro hipótesis un mayor rigor en la estimación de la responsabilidad que se mide siempre por la *diligentia quam suis*, y este mayor rigor resulta plenamente justificado por las causas y modalidades que provocan o acompañan al depósito en dichas hipótesis (1).

6) Modificaciones de estas varias clases y grados de responsabilidad pueden acordar las partes mediante la estipulación de cláusulas que agraven o atenúen la fijada supletoriamente por la ley. Y así como puede intensificarse o ampliarse la responsabilidad por *culpa lata* pactándose que deba responderse de la *leve* y hasta del caso fortuito; también puede la responsabilidad por *culpa leve* disminuir hasta limitarla a la responsabilidad por *culpa lata*.

7) En la carga de la prueba se acusa una de las más notables diferencias entre la *culpa contractual* y la *aquiliانا*. Mientras en orden a esta última quien acciona para exigir la responsabilidad por daños, debe probar la culpa del demandado en cuanto funda sobre ella la propia acción; en la *culpa contractual* no está obligado el acreedor a probar nada; es el deudor quien

(1) Sobre la viva discusión suscitada entre los autores y especialmente entre Simoncelli (*Contrib. alla teoria della custodia*) y Polacco (*La culpa in concreto*), se puede ver un amplio resumen de los argumentos en pro y en contra en el mismo Polacco, *Obblig.*, páginas 435 y siguientes).

demandado para que resarza, si quiere evitar la condena, debe demostrar que el incumplimiento no deriva de culpa suya o (según los casos), que no incurrió en culpa o en el grado de culpa que se le imputa por haber usado de la diligencia en la medida exigida para aquella relación por el correspondiente precepto (artículos I.312, I.225, I.226).

La responsabilidad consiguiente al incumplimiento culposo es la del resarcimiento de los perjuicios que fueron previstos o que se pudieron prever al tiempo en que la obligación se contrajo (art. I.228). Preceptos especiales del Código, referentes a los perjuicios que derivan de deudas de dinero, a su valoración preventiva, fueron ya recordados al hablar del *id quod interest* (§ 71) y del cumplimiento (§ 74).

c) *Caso fortuito*.—Cuando la imputabilidad no surge porque el hecho dañoso no depende de la voluntad del agente, se perfila la figura del llamado caso fortuito y, consiguientemente, la exoneración de todo género de responsabilidad. Es, pues, caso, todo hecho no imputable, todo hecho que sea independiente de la humana voluntad y más precisamente—cuando el caso fortuito se relaciona con el incumplimiento de la obligación—todo hecho que haga este imposible, sin culpa del obligado (1).

(1) Bibliografía: Exner, *Der Begriff der höheren gewalt im röm u mod. Recht*, Wien, 1883; Bruckner, *Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach. röm., Recht.*, München, 1889; Gert., *Der Begriff der vis maior in röm und Reichsrecht*, Berlín, 1890; Beiermann, *Custodia und vis maior (Sav. Stift., XII, 1891, páginas 33 y siguientes)*; Hollander, *Vis maior als Schwanke der Haftung noch röm Recht.*, Sena, 1892; Barón, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt (Arch f. civ. Pr., LXXVIII, 1892, páginas 203 y siguientes)*; Fischer, *Vis maior in Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung (Jahrb. f. d. Dogm., XXXVII), 1897, páginas 199 y siguientes*; De Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in dir. rom. (Bull. ist. dir. rom., XX, páginas 157 y siguientes)*; Longo, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obblig.*, Nápoles, 1894; Coviello N., *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obblig.*, Lanciano, 1895; sobre estos últimos, Formiggini en *Riv. it. p. le. sc. Giur.*, XIX, 1895, páginas 211 y siguientes; Burgoin, *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*, Lyon, 1902; Loncao, *Culpa e casus nella storia del dir. it.*, Palermo, 1917; véase también Osti, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione (Riv. dir. civ., X, 1918, páginas 345 y siguientes)*.

Es este, como se ve, un concepto meramente negativo porque implica solamente una negación de la culpa; se afirma que el campo propio del caso fortuito comienza allí donde la culpa termina. Pero con ser negativo es el más adecuado y en definitiva el único posible, porque una determinación positiva del caso fortuito (como suelen hacerla algunos autores), supone que el hecho ofrece características intrínsecas y objetivas, reconocibles y absolutas cuando un mismo hecho puede considerarse como fortuito respecto a una determinada relación jurídica y no respecto a otra. Cuando, en efecto, se recurre en la determinación positiva del concepto, a la idea de *imprevisibilidad* y a la de *inevitabilidad* del hecho, no se expresa una cualidad intrínseca y objetiva de éste; la imprevisibilidad y la inevitabilidad son en sí y por sí esencialmente relativas y sólo pueden valorarse cuando se consideran frente a una relación dada, al deber de previsión del obligado, a la posibilidad que éste tenía de evitar el hecho. Hay que afirmar, pues, que se da el caso fortuito cuando no se da en la relación concreta la necesidad de la previsión y la obligación de un especial cuidado en evitarlo; por esto, su determinación ha de tener forzosamente un carácter negativo (1).

Según la fórmula del Código, el caso implica una «causa ajena no imputable» al deudor, y por «causa ajena», a pesar de las discusiones surgidas sobre el particular (2), debe entenderse todo hecho que se produzca fuera de la conciencia y voluntad del obligado. Queda fuera del concepto de caso todo hecho provocado o determinado por la voluntad del deudor (el llamado *casus dolo seu culpa determinatus*) porque aquí no puede hablarse de inimputabilidad. Queda también fuera la idea de *extraordinariedad* del hecho, aun cuando ésta pueda aparecer como un elemento natural y constante del caso fortuito. Hechos ordinarios de la vida, como el granizo, la caída de una teja, pueden en una

(1) Pero esto no autoriza la conclusión extrema a que llega, Crome *Obblig.*, pág. 111, de que el concepto de caso es inútil, porque concebido como antítesis de la culpa «dice lo mismo de modo más limitado sin indicarnos cuándo tiene lugar la responsabilidad en concreto.»

(2) Venri, en *Pacifici Ist.*, IV, páginas 465 y siguientes.

relación jurídica concreta asumir el carácter de caso fortuito. Es más, en el mismo caso fortuito se distinguen casos ordinarios y extraordinarios, casos frecuentes y raros y el mismo caso los tiene en cuenta en ciertas relaciones, como la del arrendamiento de predios (1.621), en que se incluyen entre los primeros el granizo, el rayo, la helada; entre los segundos, la devastación por guerra, la inundación de un país no sujeto a ella.

No son otra cosa que especies del caso fortuito con características especiales que las distinguen del caso fortuito simple, los casos de fuerza mayor (*vis maior damnum fatale*). Difícil es distinguir con precisión el *casus* y la *vis maior* (1), y varios son los criterios diferenciales sugeridos por los autores. Si se recurre a las expresiones usadas en las fuentes romanas (donde la doctrina ha sido ampliamente desarrollada), se verá que se adoptan para designar los casos de fuerza mayor las frases: *vis cui resisti non potest* (2), *casus quibus resisti non potest* (3), *casus cui humana infermitas resisti non potest* (4), de donde se deduce que el criterio distintivo parece ser el de la *irresistibilidad*.

Son hechos naturales (por ejemplo, incendio, naufragio, terremoto) o hechos de un tercero (por ejemplo, guerra, movimientos revolucionarios (5), actos del Soberano) (6) que no sólo no son previsibles, sino que además son inevitables porque no hay fuerza humana que pueda oponerse a ellos para impedir sus consecuencias dañosas.

(1) Y hasta inútil según algunos (Crome, l. c.) habida cuenta de que la ley, admitiendo la fuerza mayor al lado del caso ordinario (art. 1.226), parece haberlos equiparado desde el punto de vista de su eficacia práctica.

(2) Fr. 15, § 2, D. 19. 2.

(3) Fr., 18 pr., D. 13, 6; l. 28 c. 4. 65.

(4) Fr. 1, § 4, D. 447.

(5) Brugi, *Mobi rivoluzionari e forza maggiore nel adempimento dei contratti* (*Riv. dir. comm.*, 1918, II, páginas 547 y siguientes).

(6) Coviello. *Il factum principis e il caso fortuito* (*Foro it.*, 1895, I, páginas 67 y siguientes). Sobre si la huelga constituye un caso de fuerza mayor es una cuestión muy discutida y sobre la que hay una abundante literatura monográfica. Véase, De Angelis, *Lo sciopero nel dir. civ.* (*Filang.* 1919, páginas 113 y siguientes).

Ahora bien; como en el caso fortuito (lo mismo que en la fuerza mayor) no hay imputabilidad (1), el deudor que no cumple su obligación cuando el incumplimiento resulta determinado por el caso fortuito, queda liberado de su obligación (*casus a nullo praestantur*). El art. 1.226 preceptúa en efecto: «El deudor no está obligado a resarcir daño alguno cuando a consecuencia de fuerza mayor o de caso fortuito resultó impedido para dar o hacer aquello a que se hubo obligado o hizo lo que le estaba prohibido». La obligación se extingue y el deudor queda liberado siempre que una causa ajena a su voluntad le impida realizar la prestación cuando la cosa debida quedase destruída, o fuese inencomerciable, o cuando el deudor no pudiese desplegar la actividad necesaria para producir el resultado esperado, o cuando no dependa de su voluntad ya aquél no hacer que constituía un interés del acreedor, etc. Debe ser un impedimento absoluto que determine una imposibilidad objetiva de prestar; una imposibilidad meramente relativa y subjetiva; una simple dificultad de prestar personal del deudor, no serviría a liberarlo ni a exonerarlo de responsabilidad por daños (2) en virtud del fundamen-

(1) Ulpiano, fr. 23, D. 50, 17, *Animalium vero casus mortisque, qua sine culpa accidunt fagæ servorum qui custodiri non solent rapinae, tumultus incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*.

(2) Véase sobre la *difficultas*, en oposición a la imposibilidad objetiva, Venuleyo fr. 137, § 4. D. 45, 1: *Illud inspiciendum est an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cessat obligatio, donec pecuniam conferre possit, quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recodum ab impedimento naturali et respicium ad facultatem dandi, est autem facultas personae commodum incommodumque non rerum quae promittuntur... et generalis causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*, fr. 137, § 5: *Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit cum alio possibile sit iure factum obligationem Sabinus scribit;* Paulo, fr. 2. § 2. D. 45. 1... *sed non facit inutilem stipulationem difficultas stipulationis*.

Lo sostenido en el texto de que para que haya exoneración del deudor debe haber imposibilidad absoluta y no grave onerosidad de la prestación simplemente; es la opinión de la mayoría de los autores. Véase Ascoli, en *Riv. dir. civ.*, 1916, páginas 240, 792 y siguientes; 1917, páginas 317 y siguientes; 1920, páginas 190 y siguientes, en sentido contrario Cogliolo, *La guerra e i contratti commerciali*, en *Scritti vari*, II, páginas

tal principio que exige el cumplimiento de la obligación y la satisfacción del interés del acreedor (1).

361 y siguientes; según éste se da la fuerza mayor no sólo cuando se produce un hecho irresistible, si no también cuando para remediarlo precisaría una diligencia superior a la aludida por el art. 1.224.

(1) Una nueva norma (Decreto-ley de 27 de Mayo de 1915, n. 739), dictada con ocasión de la guerra europea y durante ésta, introdujo excepcionalmente el principio, según el cual la excesiva onerosidad de la prestación, debía considerarse como caso de imposibilidad y servir para exonerar al deudor del resarcimiento de los daños. El art. 1.º del Decreto citado dispuso: «A los efectos todos del art. 1.226 del Código civil, la guerra es considerada como caso de fuerza mayor, no sólo cuando haga imposible la prestación, sino también cuando la haga excesivamente onerosa con tal que la obligación se hubiere asumido con anterioridad a la fecha del Decreto de movilización general». La disposición citada suscitó las más vivas discusiones doctrinales en cuanto a los límites de su aplicación y a su alcance para determinar con precisión la derogación que del Derecho común implica o lo que del mismo ratifica. Hay que tener en cuenta que el Decreto contiene dos preceptos distintos: por un lado declara que la guerra 1915-19 se considera sin más como fuerza mayor y como justo impedimento del deudor que no cumplió su obligación: lo cual significa que, sin género alguno, de duda dicha guerra es un caso de fuerza mayor consideración que confirma el concepto que la doctrina tenía de la guerra (art. 1.621 del Código civil y 434 del Código de Comercio); el otro, la equiparación a impedimento absoluto de la excesiva onerosidad de la prestación, provocada por las variadas condiciones del mercado, durante y por causa del conflicto bélico, pues en circunstancias normales una agravación de la prestación se consideraría simplemente como una dificultad, como una suerte contraria que el deudor debía soportar. La referencia expresa al art. 1.226 y la cláusula limitativa final, hacen que el Decreto implique no una liberación del deudor del vínculo obligatorio y la extinción de la relación, sino simplemente una exoneración de la responsabilidad por los perjuicios, quedando subsistente el derecho en la otra parte, a exigir la resolución por incumplimiento (aunque éste sea inimputable) del deudor y salvo el caso en que la imposibilidad de realizar la prestación sea una imposibilidad definitiva, se aplica únicamente a las obligaciones contraídas antes de la guerra o más precisamente antes de la fecha del Decreto de movilización general, no a las obligaciones asumidas después de tal fecha, porque una vez estalle la guerra cesa la imprevisibilidad del hecho y de sus consecuencias; afecta a las obligaciones contractuales, refiriéndose a ellas la previsibilidad o imprevisibilidad de la guerra. El Decreto no significa innovación al dere-

Ya antes se indicó que del acaecimiento de este hecho liberatorio debe el deudor suministrar la prueba y que al acreedor incumbe solamente el probar la existencia de la obligación (artículo 1,312).

El perecimiento de la cosa deducida como objeto de la prestación por caso fortuito lo soporta el acreedor; pero nada obsta a que las partes, con cláusula especial, atribuyan el riesgo al deudor, quien, asumiéndolo, responderá convencional e ilimitadamente del *interitus rei*.

II. *Mora*.—A las hipótesis hasta aquí previstas se contraponen la del incumplimiento de la obligación siendo la prestación posible, cuando hay solamente un retardo en su ejecución, no una imposibilidad; tal retardo, cuando ofrezca ciertas características, produce notables consecuencias jurídicas. *Mora*, en sentido técnico (I), es todo retraso culpable, ya incurra en él el deudor

anterior, por una parte, y por otra (con la equiparación de la excesiva onerosidad al impedimento absoluto) implica innovación y constituye verdadero *ius singulare*, limitado en su materia, en sus efectos y en el tiempo. Por Decreto-ley de 2 de Mayo de 1920, n. 663, fué abrogado.

Para impedir, en cambio que se interrumpiesen importantes servicios públicos en otro Decreto (Decreto-ley de 20 de Junio de 1915, n. 890) el legislador declaró que no fuese admisible la demanda de resolución de los contratos, fundada en circunstancias provocadas por el estado de guerra, cuando los tales contratos afectasen a servicios públicos u obras públicas, y se ordenaba que estos contratos fuesen cumplidos según la ley y en las condiciones estipuladas. Pero como por una u otra parte hubieran podido no ser exigibles materialmente, el mismo Decreto (violando los principios de la contratación) confirió a la Administración pública la facultad de determinar unilateralmente, no sólo el modo de ejecución, sino incluso su contenido obligacional, substituyendo con apreciación inapelable por otras las cláusulas que no fueran ya exigibles,

La Bibliografía es abundantísima. Segré, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pág. 887, 1917, II, páginas 628 y siguientes; 1919, II, pág. 766; 1920, II, páginas 215 y siguientes; 1921, II, páginas 1 y siguientes. Ricco Barberis, *Sulla guerra come caso di forza maggiore* (*Riv. dir. civ.*, IX, 1917, páginas 249 y siguientes); Pestalozza *Onerosità eccessiva della prestazione sopravveniente per fortuito* (*Foro it.*, 1916, páginas 1.127 y siguientes); Maroi, *Guerra* (en *Dir. prat. di dir. priv.*, III, páginas 374 y siguientes).

(1) A veces, la palabra se usa en el sentido de «término» artículos 1.832 y 2.090.

dor, ya el acreedor, aunque usualmente en el lenguaje legislativo sólo se habla de mora del deudor para designar su retardo en el *solvere*; es también posible y no posee menor trascendencia en orden a la doctrina del incumplimiento, el retardo del acreedor o la oposición inmotivada de éste a la ejecución por parte del deudor.

Distínguense, por tanto, dos clases de mora, una imputable al deudor (*mora solvendi* o *debendi*) y la otra imputable al acreedor (*mora accipiendi* o *credendi*) (1).

a) *Mora solvendi*.—Supuesto de la mora del deudor es la culpa; es más, la mora en su acepción técnica no es otra cosa que una forma de manifestarse la culpa del obligado en el momento en que se le exige el cumplimiento de la prestación. Precisa para que se pueda incurrir en ella un retraso imputable al deudor tal que no pueda ser justificado por éste en virtud de una causa ajena a su voluntad. Que éste sea el criterio acogido por el Código lo prueba el art. 1.225, en el cual figura como supuesto de la responsabilidad del resarcimiento un retraso que no pueda el deudor fundar en una causa ajena a su voluntad; no tendrían, por tanto, justificación en nuestro derecho las antiguas discusiones sobre si la culpa es o no elemento esencial de la mora, sobre si puede existir una *mora inculpada*. No se deduce, en cambio, del citado artículo que se admita aquí una presunción de culpa. La norma es que el deudor responde de todo retardo cuando no pueda probar la existencia de un impedimento legítimo.

Para que se produzca la mora, precisa, pues, un doble requisito:

α) La deuda debe, en primer lugar, ser *cierta, líquida y exigible*. No es cierta la que deriva de una condena genérica al

(1) Sobre estas teorías, véase Madai, *Die Lehre von der mora*, Halle-1837; Wolff, *Zur Lehre von der mora* (en *Beiträge z. obl.*, III, Braunschweig, 1855); Windscheid, *Die Lehre des franz. Rechts von der mora* (Rhein Mus, XLIV, 2, páginas 17 y siguientes); Kniep, *Die mora des Schuldners nach röm u. heut. Recht*, 1871-2; Messa Mora (en *Enc. Giur.*). Para la mora del acreedor, véase más adelante.

id quod interest, puesto que hay que averiguar primero si hubieron daños que obliguen al resarcimiento. No exigible es la deuda sujeta a un término o condición antes que ésta se verifique o aquél venza. Ilíquida es aquella que, siendo cierta en su existencia, es incierta en su importe, de modo que exige una previa determinación, antes de la cual no es la mora posible (*in illiquidis non fit mora*).

β) En segundo lugar, mediante una interpelación legal debe hacerse constar que el acreedor tiene derecho a exigir y el deudor la obligación de realizar la prestación sin retardo. Es ésta la llamada *constitución en mora*, la cual se realiza mediante la *intimación* al pago o en virtud de otros actos equivalentes, judiciales o extrajudiciales, que manifiesten la voluntad del acreedor de obtener la prestación (art. 1.223, párr. 2.º). No se necesita intimación cuando la deuda es a término, porque por precepto de la ley (art. 1.223), en tal caso el vencimiento del término constituye en mora al deudor. Según la tradicional clasificación escolástica, se distinguen una *mora ex persona* que se aplica a las deudas que no son a término y que requieren la interpelación y una *mora ex re* que se aplica a las deudas a término, en las que éste funciona a su vencimiento como acto intimatorio (*dies interpellat pro homine*) (1). Esta segunda se da también en aquellas obligaciones en las cuales la causa de la deuda constituye inmediatamente al obligado en mala fe y le hace incurrir en mora si no cumple en seguida la prestación; así ocurre en las obligaciones que derivan de delito (hurto, apropiación indebida) en las que el obligado debe inmediatamente restituir la cosa

(1) El Derecho francés establece un régimen distinto en cuanto que no admite el principio *dies interpellat pro homine*; también en las deudas a término precisa la interpelación de la cual se puede prescindir únicamente cuando las partes lo hubieren convenido expresamente (art. 1.139). Su valor es muy discutido en el Derecho romano clásico, Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 278, n. 4, 5; Nani, *Sopra la regola dies interpellat pro homine in dir rom.*, (*Arch. Giur.*, XI, páginas 211 y siguientes); Fusinato, *Alcune nuove consid. sopra la regola ecc.* (*Arch. Giur.*, XXVII, 1881, páginas 145 y siguientes); Siber, *Interpellatio und mora* (*Zeitschr. der Sav. Stiff.*, XXIX, 1908, páginas 90 y siguientes).

sustraída (*fur semper moram facere videtur* (1); (art. 1.298) y en las que derivan de enriquecimiento indebido cuando quien recibió la cosa o el pago procediese de mala fe (artículos 1.147 y 1.148). En cambio, en las deudas a término es necesaria una interpelación cuando el término venza después de la muerte del deudor; el acreedor debe intimar al heredero que pueda ignorar la existencia misma de la obligación, a que la cumpla y no se incurre en mora sino cuando hubieren transcurrido ocho días desde la fecha de la intimación (art. 1.223, párr. (1)).

De la misma naturaleza de las cosas deriva que lo dicho es aplicable tan sólo a las obligaciones de dar o de hacer; en las obligaciones de no hacer no es ni siquiera concebible la mora, porque apenas se contravenga la prohibición convencional, el vínculo resulta violado y la obligación definitivamente incumplida.

Los efectos de la *mora solvendi* se resumen todos en dos: la *perpetuatio obligationis* y el deber del deudor de resarcir el daño (2). La prestación del *id quod interest*, que es la sanción general de todo incumplimiento no culpable, se aplica al deudor incluso en el caso de retardo culpable (art. 1.225), y consiste en las obligaciones que tengan por objeto una suma de dinero en el pago de los intereses legales, que serán debidos desde el día en que se incurrió en mora, sin que el acreedor deba probar haber sufrido pérdida alguna (1.231); en otros casos, funciona como reparación del perjuicio que el retraso causó en el patrimonio del acreedor, y que se fija y regula por las normas antes expuestas. La *perpetuatio obligationis* significa que desde el momento de la mora el acreedor está autorizado a exigir la prestación, aun cuando ésta resultare imposible sin culpa del deudor; el perecimiento del objeto deducido en la obligación o la imposibilidad

(1) Cfr., fr. 8, § 2, D. 13. 1; fr. 20, D. eod.

(2) Se puede decir también que en un cierto aspecto la facultad concedida en los contratos bilaterales a la otra parte de resolver el contrato exigiendo además la indemnización de daños en virtud de la condición resolutoria que se sobreentiende siempre en esta especie de contratos (art. 1.165). Esta consecuencia no es, sin embargo, particular de la mora.

sobrevenida de la prestación por caso fortuito no tienen ya efecto liberatorio con relación al obligado. El efecto de la mora es, pues, el de transferir al obligado todo riesgo o peligro de la cosa, los cuales antes de la mora eran soportados por el acreedor (artículo 1.219, párr. 1.º); responderá también el obligado de la pérdida y deterioros (artículos 1.247, 1.298, párr. 1.º) (1). Pero entre el perecimiento y la mora debe haber un nexo causal, porque la ley no quiere castigar al deudor imponiéndole la responsabilidad por caso fortuito a consecuencia del simple hecho de la mora; el supuesto legal es que la mora sea la causa indirecta del *interitus*, de modo que, sin ella, éste no se hubiera producido. Deriva de esto la norma (ya acogida en el Derecho justinianeo), según la que, cuando la cosa hubiere igualmente perecido estando en poder del acreedor si el deudor la hubiere entregado a su debido tiempo, éste queda exonerado del riesgo (art. 1.298, párr. 1.º). La prueba de esta circunstancia corresponde al deudor; como le corresponde en general la prueba del caso fortuito (art. 1.298, párr. 2.º); y la carga, que de por sí es ya una desventajosa consecuencia de la mora, puede agravarse si el acreedor excepciona que el caso fortuito no habría perjudicado su patrimonio, si por haber realizado oportunamente la cosa, ésta no se hubiere hallado en su poder al sobrevenir el caso; el deudor deberá probar, además, que el acreedor no la habría enajenado antes de ocurrir el caso fortuito (2). Por la antijuridicidad del hurto, el ladrón no puede efectuar esta prueba con efecto liberatorio (art. 1.298, párr. 3.º).

Cesan los efectos de la mora, o, como se suele decir, *se purga la mora*, cuando el deudor realice la prestación íntegramente y resarza el daño producido por la mora o el acreedor renuncie a sus consecuencias o conceda una prórroga para efectuar la *solutio* o verifique una novación.

(1) Gradenwitz, *Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem* (*Zeitsr. der Sav. Stift.*, XXXIV, 1913, páginas 255 y siguientes).

(2) Sobre esto léase Windscheid, *Pand*, II, 1, § 280, n. 14; Polacco, *Obblig.*, páginas 533 y siguientes; Crome, *Obblig.*, pág. 154, n. 45.

b) *Mora accipiendi* (1).—Contra la teoría tradicional que deriva las consecuencias de la mora del acreedor como las de la del deudor de la culpa, se han hecho objeciones en la literatura reciente. Crome (2) ha impugnado enérgicamente dicha doctrina; no puede haber culpa, dice, si no cuando hubiere un obligado que injustamente retrasare y frente a él haya un derecho del deudor a realizar la prestación y a liberarse del vínculo obligatorio; pero el acreedor no está obligado a nada, y un derecho del deudor a ser liberado no existe tampoco, de lo que se deduce que no puede concebirse un retraso culpable en quien sólo tiene derecho a recibir. Pero esta crítica parece exagerada. Si el acreedor no tiene obligación de recibir, tiene, en cambio, la de no impedir que el deudor se libere de su sujeción; y si el acreedor se opone a ello, los perjuicios del retraso debe sufrirlos él, nunca el obligado, que estaba dispuesto a efectuar la prestación. Hay que tener en cuenta que existen obligaciones en las que su cumplimiento exige una cooperación del acreedor, y el negarse a esta cooperación equivale a oponer obstáculos al cumplimiento, en cambio, existen otras en las cuales la idea de la *mora accipiendi* no es ni siquiera concebible.

Es, pues, mora del acreedor todo retardo injustificado en recibir la prestación; la ley previó el caso, poniendo el perjuicio a cargo del acreedor y asegurando la liberación del deudor contra o sin la voluntad de aquél. El sistema seguido por el Código es imperfecto; sin embargo, no se ocupa expresamente de la *mora credendi* (3), y todas sus normas se refieren a la oferta real y al depósito, que son modos especiales de liberación en las obligaciones de dar, inaplicables a las de hacer.

(1) Kohler, *Annahme und Annahmeverzug* (*Fahrbb. f. d. Dogm.*, XVII, 1879, páginas 261 y siguientes); Schey, *Begriff u. Wesen der mora creditoris im öst. u. im gem. Recht*, Wien, 1884; Rosenberg, *Der Verzug des Gläubigers* (*Fhering's Fahrbb.* XLIII, 1901, páginas 141 y siguientes); Scuto, *La mora del creditore*, Catania, 1905; Crome, *Obblig.*, § 17.

(2) *Obblig.*, páginas 187, 190.

(3) La institución está regulada por normas especiales en el Código civil alemán (§§ 293-304) y en el Código suizo de las obligaciones (artículos 106-109)

Ahora bien, para que el acreedor sufra las consecuencias de la mora, no basta con que el deudor se halle dispuesto al cumplimiento; precisa que demuestre tal disposición ofreciendo la prestación en el lugar, tiempo y modo debidos. Del contenido y de la naturaleza particular de la prestación depende la forma de dar la prueba, y es difícil recoger en una fórmula general la infinita variedad de casos concretos. Su función es meramente comprobatoria para despejar cualquiera duda sobre la negativa del acreedor y sobre si se efectuó o no la oferta o la intimación que algunos autores consideran indispensable cuando los requisitos determinados por la ley para las obligaciones de dar (como se dirá en seguida), no son aplicables, como ocurre en las obligaciones de hacer (1).

Pero en las obligaciones de dar la ley exige condiciones más rigurosas; a éstas y sólo a éstas se refieren los artículos 1.259-1.266, y son la oferta real y el depósito de la cosa debida (artículo 1.259, pr.)

La oferta real es la oblación efectiva de la suma o cosa debida. Para que sea válida, precisa que se haga con intervención de Notario o de un funcionario público, autorizado para intervenir en esta clase de actos; en segundo término, requiere que se haga al acreedor capaz de exigir o a quien tenga facultad de recibir por él, que se verifique por persona capaz de pagar y por el importe íntegro de la deuda en el tiempo y lugar preestablecidos (artículos 1.260 del Código de Procedimiento civil, 902, 903).

Cuando el acreedor rehuse el ofrecimiento, el deudor, para liberarse, podrá proceder al *depósito*, que se constituye sin necesidad de autorización judicial, cuando la deuda es pecuniaria, en la Caja de Depósitos y Préstamos, y cuando la deuda se refiere a otras cosas, se constituye en poder de personas o en locales designados por el Juez (art. 1.261; art. 905 del Código de Procedimiento civil; art. 1.875, núm. 2, del Código civil). En tanto el depósito no haya sido aceptado por el acreedor, puede el deu-

(1) La intimidación es sólo necesaria en el caso del art. 1.266 y en las obligaciones de dar como condición para proceder al depósito después de hecha la oferta real (art. 1.261, n. 1, Código pr. civ., art. 94)

dor retirarlo (art. 1.263); pero si una sentencia firme hubiera declarado válido el depósito y la precedente oferta real, no podrá el deudor retirarlo (art. 1.264) y quedará definitivamente liberado (1).

Efectos de la *mora accipiendi* son: la obligación de resarcir el daño que el deudor haya podido sufrir por los gastos ocasionados por la custodia de la cosa, por la indisponibilidad de los locales en que aquélla deba conservarse, etc.; el cesar el devengo de intereses si la deuda era fructífera; la transmisión del riesgo al acreedor, si antes era soportado por el deudor (art. 1.259, párrafo 1.º); el reembolso debido a éste por los gastos de la oferta real y del depósito (art. 1.262).

Se purga la mora del acreedor cuando éste deje de negar el concurso necesario para poder efectuar la prestación e indemnice al deudor del daño causado con su mora o también cuando retire el depósito el deudor o renuncie a los efectos de la *mora creditoris* (2).

(1) En cuanto al Derecho romano y al Comercial, en los que al lado de la *depositio* se admitía también la *derelictio* de la cosa, véase Ulrich, *Die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners*, Zürich, 1877; Zühne, *Ungewissheit des Gläubigers als Grund der Deposition* (*Fahr. bb f. d. Dogm.*, XVII, 1879, páginas 1 y siguientes, pág. 174); Jess (ib., páginas 158 y siguientes), Beer, *Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten*, 1900; de Ruggiero, *Note sul c. à. deposito publico o giudiziale in dir. rom.* (*St. ec.-giur. di Cagliari*, I, páginas 121 y siguientes) y bibliografía citada.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Si bien el término normal de toda obligación es su cumplimiento, suceden con gran frecuencia casos de incumplimiento que se deben unas veces a la voluntad de los obligados y otras a causas no imputables a éstos.

Prescindiendo de definiciones doctrinales y de disquisiciones científicas, haremos una breve referencia a los preceptos de nuestro Código civil relativos al incumplimiento.

Dolo.—Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. Definición que está contenida en el art. 1.269 de nuestro Código, pero que, a pesar de su aparente generalidad, no comprende el dolo en el incumplimiento de una obligación. El Código habla de dolo en el incumplimiento al decir que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo (art. 1.101). Expresión esta poco afortunada, pero cuya significación se adivina. En el art. 1.202 agregá

§ 76.—*Tutela y garantías del crédito*

Brugi, Ist. §§ 68-70, Pacifici, Ist. III, 2, pág. 379, IV, 438; Chironi, Ist. II, §§ 306-311; Crome, Obbl., § 23; Zachariae, Man. II, §§ 230-233, 289-293; Aubry y Rau, Cours. III, §§ 260-263, 289-290; IV, §§ 307, 309-313; Planiol, Traité, II, números 166, 278, 2.542 y siguientes; Windscheid, Pand. II, 1, §§ 266-272, a, §§ 283-286, 324; 325; II, 2, § 463.

Los medios con que el derecho del acreedor se asegura y realiza, son tantos y tan variados, cuantas son las especies y formas de las obligaciones. A cada una de estas corresponde una acción especial, que aun cuando carezca de especial *nomen juris* como lo tenía en Derecho romano, posee, no obstante, un contenido y un carácter propios, en atención al fin que persigue; cada una posee especiales medios para asegurar al acreedor el cumplimien-

que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

Erdel y Pfeiffenberger ponen de relieve que el dolo no consiste solamente en el resultado dañoso *inmediato* (dolo directo), sino que puede también consistir en la «posibilidad de causar un perjuicio mediante una acción o una omisión, sin que la representación de tal posibilidad impida tal acción o abstención» (*Das Bürgerliche Recht*, Leipzig, 1928, página 263).

Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, dice deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (art. 1.270).

Admite, pues, el artículo transcrito un dolo grave y otro incidental sin cuidarse de señalar las características o elementos integrantes de uno y otro, o de establecer el criterio en que el Juez debe inspirarse para calificar la gravedad del dolo.

Véanse, además, los artículos 673, 756, apartados 6.^o y 7.^o, 674.

En cuanto a la culpa, distingue el Código la aquiliana de la contractual. Los artículos 1.902 y 1.903 se refieren a la primera, el 1.104 define la segunda. En los problemas judiciales que con ocasión de la culpa se plantean, campea el libre arbitrio del Juez (véase el art. 1.103).

El art. 1.105, sin definir el caso fortuito, dice: Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido prevverse o que previstos fueran inevitables.

Una definición del caso más filosófica que jurídica puede hallarse en Koch; «Zufall ist alles, was ohne menschliches zuthum sich ereignet, also etwas Negatives» (*Das Recht der Forderungen*, Berlín, 1858) [Caso for-

to; su regulación sólo es posible estudiarla cuando al tratar de cada una de las instituciones en particular. Sin embargo, como algunos de tales medios son comunes a todas las obligaciones y los especiales pueden ser incluídos en categorías generales, es posible ahora hacer una consideración de conjunto en la cual —si bien algunos tengan su sede propia en el derecho procesal o en el mercantil y otros entren de lleno en el campo del Derecho civil—podrán comprenderse todos, deteniéndonos más en estos últimos.

En su conjunto estos medios pueden reducirse a tres categorías supremas: derechos de garantía encaminados a reforzar el vínculo obligatorio y a asegurar al acreedor del exacto cumplimiento de la obligación mediante la constitución de una garantía real o personal u otorgando a un crédito una preferencia con respecto a los demás; medidas conservativas merced a las cuales el acreedor tiende a impedir que el patrimonio del deudor mengüe con peligro para el acreedor y procura conservar íntegros los derechos y bienes de tal patrimonio; finalmente medidas ejecutivas para realizar el crédito cuando siendo insolvente el deudor deba desenvolver su eficacia, practica aquella *necessitas* que constituye la íntima esencia del vínculo obligatorio.

tuito es todo aquello que se produce sin intervención del hombre, por tanto, algo negativo].

Respecto de la mora, incurren en ella, según nuestro Código, «los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

El art. 1.101 dice: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren .. en morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas. La mora produce un efecto: la responsabilidad por el caso fortuito (art. 1.096).

La mora no produce el efecto de rescindir la obligación, y aun después de incurrir en mora el obligado tiene la facultad de cumplir su obligación, salvo lo dispuesto en el art. 1.124.

La diferencia fundamental entre las tres especies de medios consiste en que mientras el primer grupo toma en consideración el crédito directa y exclusivamente, el segundo se relaciona preferentemente con el patrimonio del deudor y el tercero opera sobre éste haciéndose valer sobre los bienes de éste o de los fiadores los derechos del acreedor.

I. *Medios de garantía.*—El concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación (1). Cumplen esta misión con eficacia e intensidad diversas medios de carácter muy diferente.

Algunos de éstos constituyen relaciones típicas de derecho real o personal encaminadas a prevenir el peligro de una violación de la obligación por parte del deudor y constituyen las formas más características del derecho de garantía en sentido estricto; tales son las garantías reales de la prenda y la hipoteca, las personales de la fianza y del aval cambiario. Mediante ellas, una determinada cosa mueble o inmueble es ofrecida por el deudor o por otros en su nombre en prenda o hipoteca al acreedor, o bien, un segundo deudor se adiciona con carácter subsidiario (2); al primero de forma que el acreedor en caso de insolven-

(1) No es de este lugar el estudio de otros medios de garantía, como son el secuestro conservativo y convencional, el acto de sellar, verificación de escrituras, etc., que constituyen el complejo sistema de la defensa preventiva de los derechos; de este sistema forman parte los medios de garantía de las obligaciones. Distinta es la prestación de garantía por evicción a que está obligado quien enajenó una cosa o un derecho a título oneroso (artículos 1.482, 1.543, 1.544) la garantía recíproca que se deben los codivisores (art. 1.035) la garantía por vicios ocultos de la cosa vendida (art. 1.498), etc.

(2) Adviértase que no siempre la obligación de garantía tiene carácter subsidiario, es decir, entra en funciones siempre que el deudor principal no paga y luego que es ejecutado; puede ser paralela y autónoma en el sentido que en las relaciones con el acreedor el fiador o garante asume de modo directo e independiente la obligación de pagar. Así ocurre con el aval cambiario (art. 274 y siguientes del Código de Comercio), cuya obligación es autónoma, ya que el avalista no garantiza tan sólo al aceptante, al librador o al endosante, sino que garantiza de modo objetivo el pago de la letra y viene a ser solidariamente responsable con res

cia del obligado pueda realizar su crédito con el valor de la cosa o dirigir su acción contra el fiador. También existen otras garantías reales que no generan en su titular un derecho de carácter real; tales, por ejemplo, los depósitos constituídos como caución de determinadas obligaciones, las arras, el derecho de retención, el contrato anticrético. La ley reconoce además a ciertos créditos determinadas cualidades que les hacen preferentes a los demás y sustrayéndoles al concurso y al consiguiente peligro de reducción, son satisfechos de modo preferente con el valor de un inmueble o de una cosa mueble: tales son los privilegios. Otras, como la pena convencional, constituyen una liquidación preventiva de los daños que pueden derivar del incumplimiento que asume una función de garantía también en cuanto refuerza el vínculo obligatorio.

Estas diversas formas de garantía pueden derivarse directamente de la ley en cuanto ésta las atribuye al acreedor en determinados casos (*garantías legales*), o del negocio jurídico si es la libre voluntad de las partes la que las constituye (*garantías convencionales*). Algunas sólo pueden dimanar de la ley como ocurre con los privilegios o el derecho de retención; otras pueden proceder de ambas fuentes (hipotecas legales, hipotecas convencionales); otras son siempre convencionales (arra, cláusula penal anticresis).

Remitiendo al lector en lo referente a la prenda y a la hipoteca a cuanto se dijo ya en el vol. I, §§ 62-64 y en lo referente a la fianza y anticresis, a cuanto se dirá al hablar de los contratos especiales (vol. II, § 97), nos detendremos ahora en las otras formas más notables de garantía: privilegios, derecho de retención, arra y cláusula penal.

a) *Privilegios*.—El principio general, por el que quien se obliga personalmente debe responder de sus obligaciones con todos sus bienes muebles e inmuebles presentes y futuros (artículo 1.948), y el de que todo acreedor halla en el patrimonio

pecto al acreedor; así también en la fianza que puede ser prestada con carácter de solidaridad de modo que el acreedor pueda dirigirse directa y primeramente contra el fiador.

de su deudor su propia y natural garantía, lleva como consecuencia necesaria la de que si son varios los acreedores, tienen todos ellos un derecho igual (art. 1.949). Se abre entre ellos un concurso (1), en cuya virtud, cuando los bienes del deudor no basten a satisfacer íntegramente a todos los acreedores, los distintos créditos son proporcionalmente reducidos en forma que la insolvencia parcial del deudor repercute en todos ellos. A los peligros que implica el concurso, se sustraen los créditos que tengan una causa legítima de preferencia, y causas legítimas de preferencia son (como expresa el art. 1.950): los privilegios y las hipotecas. El Código cita la prenda entre los privilegios (art. 1.958, n. 6), y ya se indicó la diferencia existente entre los derechos reales de garantía de prenda y de hipoteca y los privilegios propiamente dichos (2). Son éstos, derechos de preferencia que la ley otorga en consideración a la causa de crédito (art. 1.952) y que atribuyen al acreedor una prelación sobre los demás, incluso sobre los hipotecarios (art. 1.953). Representan, por tanto, una importante garantía del crédito, porque aseguran la satisfacción del mismo, no sólo con preferencia a los acreedores quirografarios, sino también a los hipotecarios.

Dejando aparte el indagar los orígenes históricos de los distintos privilegios reconocidos por el Código, del absurdo sistema seguido por éste al agrupar figuras tan diversas (3), y limitándonos al estudio de los enumerados en el Código civil (4), di-

(1) Pero el concurso, como se dirá más adelante, no es civilmente necesario y obligatorio; en efecto, ninguna norma impone que todos los acreedores del deudor insolvente, deban ser convocados por aquél que proceda *in executivis* para que se distribuya entre todos el patrimonio insuficiente; el acreedor que procede ejecutivamente puede absorber él sólo todo el valor de los bienes. Necesario y obligatorio es el concurso cuando los deudores son mercantiles y se opera mediante la institución de la quiebra.

(2) Vol. I, pág. 674.

(3) Planiol, *Traité*, II, n. 2.545; Zachariae, *Man.*, II, § 226, 227.

(4) Otros muchos privilegios son concedidos por leyes particulares, así, por ejemplo, por el Código de Comercio, artículos 362, 412, 666-682, 773-779, 795, 914; por la ley de 23 de Junio de 1897 sobre recaudación de impuestos directos, artículos 43-65; por la ley de 24 de Agosto de 1877,

vidiremos éstos en tres categorías, valiéndonos como base, de la distinción entre patrimonio mobiliario e inmobiliario del deudor y de sus efectos sobre todos o algunos de los bienes. La razón de este doble criterio es única y radica en la causa del crédito que es la causa misma del privilegio. Como hay créditos que obedecen a una causa especial y afectan a una determinada cosa mueble o inmueble, a ésta, y sólo a ésta se refieren, y si se separan de ésta, es decir, relativamente a otras cosas, no se consideran dignos de ostentar una condición privilegiada, respectivamente, a los demás acreedores; así hay créditos en los que falta aquella causa especial, y no se refieren a cosa alguna determinada, y, sin embargo, son preferentes y afectan al patrimonio todo del deudor. Aplicando rigurosamente tal criterio, debiera dar lugar a privilegios especiales sobre inmuebles y sobre muebles a privilegios generales sobre éstos y aquéllos. La cuarta categoría no existe sin embargo; los privilegios sobre cosas muebles son generales o especiales, según comprendan todos los bienes muebles del deudor o afecten solamente a algunos determinados (artículo 1.955); los privilegios sobre inmuebles son sólo especiales. De la existencia de privilegios generales sobre inmuebles se puede hallar a lo sumo como privilegios subsidiariamente concedidos a algunos créditos garantizados por un privilegio general sobre muebles; cuando los enumerados (créditos) en el art. 1.956, no sean satisfechos con el patrimonio mobiliario, la ley autoriza que sean satisfechos subsidiariamente con el precio de los inmuebles del deudor; pero a virtud de la preferencia reconocida a los privilegios especiales sobre inmuebles, sólo son preferidos a los créditos quirografarios (art. 1.962).

α) *Privilegios generales sobre muebles.*—Se dan según el artículo 1.956 y el 1.957 en los créditos que se refieren:

1) a gastos de justicia ocasionados por los actos conservativos o ejecutivos sobre bienes muebles en interés de todos los acreedores por razón del beneficio que con los mismos obtuvieron.

sobre impuesto sobre riqueza mobiliaria, art. 62; ley de 23 de Enero de 1887, sobre crédito agrícola, artículos 1.17, 22.

2) a los gastos fúnebres según los usos.

3) a los gastos ocasionados por la enfermedad del deudor en los últimos seis meses de su vida, es decir, a los gastos de la última enfermedad.

4) a los suministros de alimentos hechos al deudor y a su familia en los últimos seis meses (pero no de su vida).

5) a los salarios de criados por el mismo período de tiempo.

6) a las contribuciones directas debidas al Estado y a los impuestos municipales y provinciales del año corriente y del anterior, entendiéndose por año corriente el que se halla en curso al iniciarse la ejecución, y de las contribuciones se exceptúa la inmobiliaria, puesto que ésta se halla garantizada por un privilegio especial sobre inmuebles (art. 1.962).

β) *Privilegios especiales sobre muebles.*—Corresponden a los créditos siguientes, según la enumeración contenida en el artículo 1.958, el cual determina respecto a cada uno de ellos la cosa mueble a que afectan:

1) a los créditos del Estado por derechos de Aduana y registro y por las demás contribuciones indirectas, sobre las cosas muebles que eran objeto de las mismas.

2) a los créditos del censalista por los cánones enfiteúuticos del año corriente y del año anterior sobre los frutos del fundo enfiteúutico cosechados durante el año y sobre los productos de aquel provenientes.

3) al crédito del arrendador de un inmueble por las pensiones y alquileres del año corriente, del anterior y sucesivos, si el arrendamiento tiene fecha cierta, del año en curso y del siguiente si no tiene fecha cierta, y al crédito por daños causados a los edificios y fundos o por reparaciones, sobre los frutos cosechados en el fundo durante el año, sobre los productos de aquel provenientes, sobre los objetos que constituyen la dotación del fundo y sobre aquellos que sirven para cultivarlo, así como sobre los muebles que se hallan en la casa alquilada. Este privilegio que es de origen antiguo (1) tiene tanta importancia, que

(1) Reproduce, si bien muy modificado, el antiguo *pignus tacite con-*

afecta a los muebles que se hallan en la casa alquilada, a las cosas introducidas en el fundo para su cultivo, aun cuando aquéllas y éstas no sean propiedad del arrendatario, con tal que se hallen en el fundo arrendado, a no ser que se trate de cosas perdidas o robadas, y siempre que el arrendador ignore cuándo fueren introducidas, su condición de ajenas. Es más, la ley concede al arrendador incluso el *droit de suite* cuando se hallen en poder de tercero, procediendo al secuestro cuando las cosas hubieren sido transportadas de la casa o del fundo sin su consentimiento con la sola limitación consistente en que la acción se promueva en término breve a partir de la fecha de su transporte (quince días para los muebles que ocupaban la cosa, cuarenta para las cosas que constituían la dotación del fundo rústico).

4) a los créditos de los aparceros de inmuebles y ganados sobre la parte respectiva de los frutos y sobre las cosas muebles que ocupan el predio o la casa.

5) a los créditos por simientes, labores de cultivo y de recolección del año, sobre los frutos de la cosecha.

6) se hace excepción de crédito garantizado con prenda que substancialmente se diferencia de los demás privilegios otorgados en atención a la causa del crédito.

7) a los gastos hechos para la conservación y mejora de las cosas muebles sobre estas mismas.

8) a los suministros y servicios de los posaderos* sobre los efectos de los huéspedes.

9) a los gastos de transporte, aduana y consumo sobre las cosas a que aquéllos afectaban.

10) a las indemnizaciones por abusos y prevaricaciones cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, sobre sus fianzas.

11) a los créditos del Estado y demás corporaciones públicas contra sus contables sobre los valores dados en garantía.

tractum, concedido en el Derecho romano al arrendador de predios urbanos, sobre los *invecta et illata* y sobre los frutos al arrendador de predios rústicos.

γ) Finalmente, tienen *privilegio especial sobre determinados inmuebles*:

1) Los créditos por gastos judiciales de expropiación inmobiliaria hechos en provecho de todos los acreedores, sobre los inmuebles ejecutados (art. 1.961).

2) Los créditos del Estado por la contribución territorial correspondiente al año en curso y al anterior, comprendidos los impuestos municipales y provinciales, sobre los inmuebles todos del contribuyente sitios en el municipio en donde la contribución se percibe, y sobre los frutos de aquéllos, así como también los créditos fiscales por tasas y contribuciones indirectas sobre los inmuebles a que aquéllas se refieren (art. 1.962).

En cuanto al orden de los diferentes créditos privilegiados, véanse los artículos 1.953, 1.959, 1960; entre créditos igualmente privilegiados, se verifica el concurso haciéndose valer en proporción de su importe (art. 1.954) (1).

(1) También en este respecto la legislación de guerra introdujo innovaciones, admitiendo nuevas categorías de privilegios generales y especiales y complicando la materia de suyo intrincada. Justamente en la doctrina se puso de relieve la insidia que todo privilegio envuelve, dada su naturaleza oculta que lo hace limitadamente oponible a los terceros (Barassi, *Ist.*, pág. 276) y con prudente criterio prevaleció el principio que excluía en esta materia toda interpretación extensiva de los preceptos legales y toda aplicación analógica de los mismos; el propio legislador se atuvo a este riguroso criterio restrictivo al no crear nuevos privilegios ni extender los reconocidos a nuevas especies de créditos, sino con grandes precauciones y sólo en casos excepcionales (por ejemplo, ley de 7 de Julio de 1901, n. 334; 27 de Febrero de 1905, n. 70). En cambio, la guerra, con sus exigencias y con el fin, sobre todo, de desarrollar el crédito agrario, concedió enorme amplitud a la institución introduciendo nuevas causas y categorías de privilegios; de ello surgió confusión al graduar los nuevos privilegios con relación a los antiguos. Entre las disposiciones de la nueva legislación figuran la del Decreto-ley de 11 de Julio de 1915, n. 1.076, con la que se añade a los cuatro privilegios generales sobre muebles reconocidos por el art. 1.956 del Código civil una nueva especie en favor de los acreedores por suministros militares; las del Real decreto de 11 de Octubre de 1914, n. 1.089; de 17 de Junio de 1915, n. 966; de los Decretos-leyes de 26 de Septiembre de 1915, [n. 1.433; 8 de Octubre de 1916, n. 1.336; 26 de Julio de 1917, n. 1.269, y Real decreto de