

CAPÍTULO II

DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA OBLIGACIÓN

253 De la naturaleza de la obligación —254 De la solidaridad —255 Del beneficio de la división entre los co-deudores —256 Medios de que puede disponer el acreedor para obligar al deudor al cumplimiento de su obligación —257 De los efectos jurídicos que se derivan de la obligación —258 De los efectos inmediatos —259 De los efectos que dependen del modo de la ejecución —260. —De los efectos incidentales —261 De los intereses —262 De la tasa del interés —263 De la tasa del cambio. —264 Del límite máximo del interés permitido —265 De la deuda o interés con hipoteca —266 De los daños y perjuicios —267 Del interés moratorio —268 De las dificultades que pueden surgir para determinar el lugar en donde puede decidirse que ha tenido lugar la demora —269 De la cláusula penal —270 Del arresto personal

253 Con arreglo a la ley del lugar en donde se contrae es como debe decidirse si la obligación es civil ó natural, si es pura y simple o condicional, si consiste en dar o en hacer, y si es una obligación *in certis* ó una obligación *generis* (1)

254 En cuanto a la solidaridad de los deudores comprometidos, ya se derive inmediatamente de la ley, ya proceda de un convenio en donde se haya estipulado expresamente, debe ser regida por la ley del lugar en donde se

[1] Véase Colmar, 25 de Abril de 1821 [Muller], Sney, 31, 2, 264

ha realizado el contrato. La solidaridad constituye, en efecto, la fuerza de la obligación y la seguridad del acreedor, debe, pues, depender de la ley bajo la cual se han obligado las partes (1). Si, por ejemplo, muchos mandantes extranjeros confieren un mandato a un italiano para un asunto común, están obligados solidariamente con el mandatario para todos los efectos del mandato, con arreglo a la disposición del art. 1756 del Código Civil italiano. La razón de esto es que el contrato de mandato se hace perfecto en Italia tan pronto como el mandatario lo acepta y ejecuta (2), y la fuerza de la obligación entre los mandantes extranjeros y el mandatario italiano debe regirse por nuestra ley, bajo la cual se han obligado las partes. Lo mismo debe decirse en la hipótesis de que muchos fideyusos extranjeros hubiesen dado caución por el mismo deudor y por la misma deuda. Todos y cada uno estarían obligados por toda la deuda con arreglo a nuestra ley (art. 1911). Por la misma razón, el extranjero que contrae matrimonio con una viuda italiana, sin que haya obtenido previamente del consejo de familia la autorización para administrar el patrimonio de los hijos del primer matrimonio, se hace responsable solidariamente de la administración ejercida en el pasado é indebidamente conservada.

Supongamos que el administrador de una sociedad en comandita simple, que tiene su residencia en Italia, da orden a su coresponsal de comprar mercancías en país extranjero y que no satisface el importe. Es indudable que el vendedor tendrá la acción *ex empto* contra la sociedad,

[1] Henry, *on foreign law*, 39

[2] Véase el num. 261

pero puede surgir la dificultad de si ésta acción y la obligación solidaria de los asociados deben ser regidas por la ley del lugar en donde se ha verificado la venta, ó por la de aquel en donde la sociedad tiene su principal domicilio. El Código italiano y el francés (1) reconocen la sociedad formada entre uno ó muchos asociados responsables, sujetos solidariamente bajo un nombre social, y de los asociados capitalistas sujetos sólo hasta donde alcance el capital que han aportado ó debían aportar á la sociedad. Otros Estados no reconocen esas sociedades que limitan la responsabilidad de algunos asociados, y los consideran, por el contrario, á todos, como obligados solidariamente respecto de los terceros, con todas sus propiedades.

La ley inglesa, por ejemplo, es diferente de la nuestra, aún después de las modificaciones introducidas en ella por la Cámara de los Comunes en 1855 y 1856 (2)

A primera vista, podría decirse que la ley del país en donde se ha realizado la venta es la que debe regir la acción del vendedor, y si según esta ley, tiene el derecho de obrar contra todos los asociados que estén obligados solidariamente, sin distinción entre administradores y comanditarios, deberá el vendedor poder obrar con arreglo á la ley bajo la cual se haya ultimado la venta, pero no es ésta, á nuestro parecer, la solución más justa. En efecto, la capacidad de la sociedad para obligarse, y por consiguiente la responsabilidad de cada uno de los asociados respecto de un tercero, debe determinarse con arreglo a la ley ba-

1 Código comercial italiano, art 118 y sig, Código francés, arts 32 al 37

2 Véase Leon Levy, *International commercial law*, sección 14, Partnership, Liability, p 76, [2ª edic]

jo la cual se haya constituido civil y jurídicamente la sociedad. Un Estado extranjero podrá ó no reconocer una sociedad, pero no puede sujetar al imperio de sus leyes la constitución de la misma.

Cuando una sociedad es admitida a realizar operaciones comerciales, no puede comprometerse válidamente sino dentro de los límites de sus estatutos. Si se admitiese como principio que los socios podían quedar sujetos a las acciones, con arreglo a las leyes de las diversas plazas en que la sociedad puede hacer operaciones, se seguiría que podrían ser declarados solidarios aquellos que no lo serían con arreglo al acta social y ningún asociado podría conocer la naturaleza de su obligación y de su responsabilidad para un tercero.

255 Puede también surgir una duda relativamente a la ley por la cual ha de decidirse si los deudores deben gozar del beneficio de división (1). Boullenois considera el beneficio de la división entre los codeudores como una excepción personal contra la acción, y opina que debía ser regido por la ley del domicilio de la persona. Añade, sin embargo, que si la *lex loci contractus* admite semejante beneficio, debía éste valer aun cuando no fuese reconocido por la ley del domicilio del deudor, por la razón de que debe siempre preferirse la ley mas favorable a éste. De aquí concluye que se debe aplicar la ley del contrato o la del

1 Según nuestra ley, tiene lugar el beneficio de la división cuando varias personas garantizan a un deudor y por la misma deuda, en cuyo caso pueden aquellos exigir que el acreedor distribuya previamente su acción y la reduzca a la parte de cada uno [Arts 1911 y 12, correspondientes al 2026 del Código de Napoleón]. Según el Derecho romano, podía haber en esto obligaciones co-reales impropiaemente, y los confideyusos podían ser obligados a pagar *insolidum* y a gozar el *beneficium divisionis* [Vease Savigny, *De las obligaciones*, par 20, 25].

domicilio de la persona según la que sea más favorable al deudor (1)

Nosotros opinamos, por el contrario, que debe tenerse en cuenta la *lex loci contractus*, porque el beneficio de la división pertenece a la esencia de la obligación. En efecto, los codeudores están más ó menos estrechamente obligados, según que se admita ó no entre ellos el beneficio de la división. No es una razón suficiente la de considerar tal beneficio como una excepción personal, porque cada uno puede renunciar un derecho que le corresponde, y cuando tiene origen la obligación bajo una ley extranjera, debe juzgarse de su naturaleza, de su extensión y de la excepción de inadmisibilidad, con arreglo a la ley bajo la cual nace la obligación misma (2)

256 Acerca de la naturaleza de la obligación, considerada desde el punto de vista de los medios de que puede disponer el acreedor para obtener su cumplimiento, debe juzgarse con arreglo a la ley del lugar en que debe cumplirse aquella. De este modo deberá decirse también si la obligación es ó no privilegiada, si es hipotecaria ó quirografaria, si es o no ejecutoria, si es una obligación ordinaria civil, ó una obligación con arresto personal. Notemos, empero, que, cuando tal obligación quiera hacerse eficaz, deben observarse las reglas que establecemos más adelante (3)

257 En lo que concierne a los efectos jurídicos de las obligaciones, es necesario distinguir las que se derivan in-

1 Boullenois, t II, p 463, 475 y sig

2 Fœlix, num 109, Voet, *De Stat*, sec 9, cap 2, num 10, Story párrafo 322, Buijge, *Coment*, parte 2ª, cap 20

3 Vease el cap IV sig

mediatamente de la naturaleza del contrato, ó de una disposición de la ley ó de la costumbre vigente en el lugar en que se obligaron las partes, los efectos accidentales que resultan de acontecimientos posteriores, y de los que nacen de circunstancias que se verifican al cumplirse la obligación

Les jurisconsultos llaman a los primeros *naturalia contractuum* (1), estos son muy distintos de los efectos esenciales, sin los cuales no existiría el contrato, ó por lo ménos, cambiaría de especie, como es, por ejemplo, la traslación de la propiedad en el contrato de venta *Nemo potest videri cum eam vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* (2) Los efectos inmediatos ó naturales se derivan de la naturaleza del contrato sin la necesidad del convenio expreso, pero pueden ser excluidos por la voluntad de las partes sin que falte la esencia o la especie del contrato Así pues, en el contrato de compra y venta garantiza el vendedor al comprador la cosa vendida, pero, modificando el contrato, puede estipularse que la pérdida de la cosa vendida sea por cuenta del adquirente, sin quedar por ésto dispensado del pago del precio, y el comodatario puede ser responsable de la más pequeña falta de la cosa que recibe en *commodato*

258 Cuando las partes no han declarado nada expresamente, la *lex loci contractus* es la que debe determinar todos los efectos jurídicos inmediatos, que del contrato se derivan, ya sea por disposición de la ley, ya por la costumbre En efecto, cuando los contratantes no son ciudadanos de la misma patria ni están domiciliados en el mismo país,

1 Pothier, *Oblig*, art 1º, parr 3, Boullenois, *Observ* 33, p 446, Burge *Comment*, parte 2ª, cap 9

2 L 80 parr 3, Dig, *De contr empt*

no puede hacerse prevalecer la intención que uno de ellos pudo tener de referirse á la ley de su patria ó de su domicilio, sino que debe admitirse mas bien, que la ley á que ambos se han sometido, por un acuerdo tacito, es la del lugar en que se obligaron. Esta ley es, por consiguiente, el complemento del contrato y debe valer siempre para determinar los derechos recíprocos de las partes, *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in quæ actum est, frequentatur* (1)

Y Lauterbach dice «Ea enim quæ autoritate legis vel «consuetudinis contractuum comitantur, eidem adherent naturalia a doctoribus apelantur. Lex enim altera est quasi «natura et in naturam transit. Atque quod naturalia contractum etiam forenses, statuta loci contractus observare «debent (2)»

Aplicando este principio, aceptado por la mayor parte de los jurisconsultos (3), deducimos que segun la *lex loci contractus* es como debe decidirse si la cosa perece para el deudor ó para el acreedor, si aquél está obligado por la falta grave o leve, o solamente por el dolo, si es responsable, no obstante la fuerza mayor ó el caso fortuito, en qué plazo puede exigir el acreedor el cumplimiento, cuando no haya sido consignado explicitamente, pero resulta de la naturaleza del hecho objeto de la obligación, que derecho puede tener el acreedor para pedir la ejecución del

1 L. 55, Dig. *De regulis juris*

2 Lauterbach, *Disert* 104, parte 3ª, num 58, citado por Boullenois, *Ob* 46, p 460

3 Fœlix, num 109, Story, parr 321, Voet, *De statut*, sec 9, cap 2; Recco, parte 3ª, cap 8

contrato ó el resarcimiento del *damnum emergens* y del *lucrum cessans*, que obligacion tiene el deudor de entregar la cosa, de verificar la prestación, o de reparar el daño, qué garantía debe tener el vendedor, a quién y en qué casos corresponde el derecho de pedir la resolución del contrato por causa de lesion ó la *restitutio in integrum*, por causa inherente al contrato mismo

259 Todos estos efectos deben ser regidos por la ley del lugar indicado para la prestación, puesto que se derivan de la ley de la ejecución «*Ea quae ad complementum vel executionem contractus spectant vel absolute eo superveniunt, solent a statuto loci duci in quo peragenda est solutio (1)*»

Así, por ejemplo, si no pudiendo restituir la cosa, es obligado el mutuario a pagar el precio correspondiente, la tasación de aquella debiera hacerse con arreglo a la ley del lugar designado para la restitución (2). «*Estimatio rei debita*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu deliberatio non obstante quod contractus alibi sit celebratus (3)* La misma ley debiera aplicarse para decidir si puede decirse que hay culpa, negligencia, caso fortuito ó morosidad, según la regla que sobre esto da Voet, «*Hincratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinato est solutio id quo ad modum, mensuram usuris, negligentiam etc, et moram post contractum initum accedentem, referendum est (4)*»

1 Burgundus, *Tract 4*, num 29

2 *Comp Código Civil Italiano*, art 1828

3 Everardo, *Consilia sive responsa juris*, 78, num 9

4 Voet *De Statut*, párr 9º, cap 2, p 270

260 Finalmente, los efectos que provienen de acontecimientos accidentales ocurridos antes ó después del contrato, o durante su ejecución, y que no dependen de una causa inherente á la obligación primitiva, sino de hechos nuevos, *ex post facta*, deben ser regidos por la ley del lugar en que nace la nueva causa de que dependen. Así, por ejemplo, si las garantías que presentaba el deudor en la época en que se obligó han disminuido, y si el acreedor pudiera obligarle judicialmente á garantizar su obligación, ya mediante seguridad ó fideyusión, ya mediante otra caución, debiera recurrirse a la ley del lugar en donde se ha obtenido el fallo, para decidir todos los efectos de la fideyusión judicial o el derecho que podía tener el fideyusor para pedir la discusión del deudor principal. Esto mismo debe decirse de los efectos que se derivan de la novación, de la ratificación ó de la confirmación de un contrato primitivamente nulo, de los efectos de la cesión de una acción, de los derechos que puede tener aquel á quien se ha cedido un derecho litigioso respecto al cesionario, y de las consecuencias que se derivan de la confusión de las cualidades de deudor y de acreedor.

En cuanto a la señal ó arras que pueden darse como prueba de un contrato que ha de celebrarse, y de los efectos jurídicos que de esto se derivan, debe juzgarse con arreglo a la ley del lugar en que aquellas se dieron, porque debe considerarse como incidente distinto del contrato. Si las arras se han dado como una señal de una obligación ya concluida, deben regirse por la *lex loci contractus*. Por último, si dichas arras se dieron en Italia, y no resulta ninguna voluntad contraria debe considerarse las como una seguridad para la reparación del perjuicio en caso de falta de cumplimiento de la obligación. La

parte que no ha faltado puede retener las arras que ha recibido, ó pedir el doble de las que ha dado, á no ser que prefiera obtener la ejecución del contrato (Código Civil Italiano, art 1817).

261 Uno de los efectos que se derivan de la obligación de pagar una suma de dinero, es la de abonar también los frutos civiles, es decir, los intereses. En general, el interés ó la usura es todo aquello que el deudor debe dar además del capital, como cosa correlativa al uso que de éste ha hecho y como recompensa de la privación del goce del mismo experimentada por aquel que ha hecho el préstamo.

Para determinar la ley que debe regir los intereses, es necesario examinar la causa por la que se deben, y para decidir cuáles son las obligaciones que de pleno derecho llevan consigo intereses, debe aplicarse la ley bajo la cual se han ultimado aquellas y han adquirido su eficacia, porque los intereses legales son un efecto inmediato de la obligación. El interés legal (art 308 del Código Civil italiano) que debe pagar el tutor por la suma á que asciende el residuo debido al menor en la definitiva liquidación de cuentas, sólo se debe en las tutelas regidas por nuestra ley, aun cuando la residencia principal de la gestión haya estado en territorio extranjero, porque los derechos y las obligaciones del tutor de un italiano se rigen por nuestra ley (1). Por esta misma razón, el interés legal á que se refiere el art 507 del Código Civil, se debe solo respecto de los usufructos regidos por nuestra ley, con arreglo á los principios establecidos (2). El artículo cita-

1 Véase el num. 174 y sig

2 Véase el num. 208 y sig

do, dice, en efecto, que «El propietario está obligado al pago de las cargas impuestas a la propiedad durante el usufructo, pero el usufructuario debe ponerle en cuenta el interés de la suma pagada. Si el usufructuario ha adelantado el pago, tiene derecho al reembolso del capital al terminar el usufructo. Esta disposición debe aplicarse también á los usufructos constituidos sobre fundos situados en el extranjero y regidos por nuestra ley. Más para los constituidos sobre fundos situados en Italia y regidos por una ley extranjera, se aplicara la ley de que aquellos dependen. Esta doctrina esta conforme con la aceptada para resolver las cuestiones transitorias que tienen con ella grandes y estrechas afinidades. Se ha decidido, en efecto, que la nueva ley puede hacer cesar los intereses legales que la anterior concedía, ó no concederlos sino bajo ciertas condiciones, sin que por esto se la pueda considerar como retroactiva (1)

262 El interés convencional procede de la voluntad de las partes. Pueden surgir, sin embargo, dificultades relativamente a la ley que debe determinar la tasa del interés, cuando no se ha establecido de un modo expreso y relativamente a aquella con arreglo a la cual debe decidirse—cuando una de las legislaciones limita la tasa—si el interés convencional excede ó no al permitido por la ley.

El texto del derecho romano, á que apelan todos los autores para resolver la primera dificultad, es el siguiente:
«Cum iudicio bonæ fidei dicitur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est constituitur (2)

1 *Cas franc rej*, 7 de Noviembre de 1825

2 L 1, *Dig*, *De usuris*, 22, 1

Sin embargo, este pasaje debe armonizarse con este otro texto « *Contractum autem non utique eo loco intelligitur quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia* (1) » Es indudable que, si una parte se obliga a pagar a otra, en Argel, una suma de dinero con interes, la tasa de este sera de un 10 por 100, que es la corriente en Argel, por mas que el pago se exija y haga despues en Italia, en donde el interes comercial se ha fijado en un 6 por 100 Y recíprocamente, si una persona que contriata en Argel se ha obligado a pagar en Inglaterra una suma con intereses, la tasa sera solo de un 5 por 100 en vez del 10 que es la tasa corriente en Argel En este caso es cuando debe aplicarse la regla de Huber « *Verum tamen non ita precise recipiendus est locus in quo contractus est intuitus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint ille non potius sit considerandus* (2) »

Supongamos, por ultimo, que dos personas celebran en Italia un contrato por el que la una se obliga a residenciar á la otra una suma en la plaza de Argel, y esta ultima persona se obliga a restituir dicha suma con intereses en Londres En este caso la tasa del interes debera ser un 10 por 100, que es la tasa de Argel, y no un 6 por 100 que es la tasa de Italia, ni un 5 por 100 que es la de Inglaterra

El fundamento de esta doctrina consiste en que la tasa del interes debe fijarse según la intención verosimil de las partes, como dice Dumoulin « *Jus est intacta et vero similitur mente contrahentium* (3), » y cuando el interes se

1 L 3, *Dig*, *De bonis auct judit possid*, 42, 5

2 Huber, *De conflictu legum*, I I tit 3, parr 10

3 Dumoulin, *Com ad Cod*, lib. I, tit I, t III, pag 554

debe por razón del plazo convenido para el pago de una suma, se presume que las partes se han referido a la ley del lugar en donde la suma debió pagarse «*quia quis censetur potius contrahere et in loco in quo debet solvere quam in loco ubi fortuito contraxit* (1) » Cuando el interés se debe por una suma adelantada, deberá determinarse la tasa con arreglo a la ley de la plaza en donde se verificó el adelanto, no obstante que el reembolso debe hacerse en otra parte

Esta opinión aparece más racional si se tiene en cuenta la naturaleza del interés. Este es debido, en efecto, como equivalente al uso que el deudor ha hecho del capital, y como compensación de la pérdida que sufre el acreedor por la privación del goce de sus fondos. Hé aquí por que la tasa del interés debe determinarse con arreglo á la ley del lugar en que se verifica todo esto, cuando las partes no lo han determinado expresamente por sí mismas. En este sentido Godofredo entiende el texto del derecho romano citado anteriormente «*Cum iudicio bonæ fidei disceptatur, etc. Hæc verba, dice, ubi contractum est, sic intelige ubi actum est, ut solveret* (2) »

263 El principio establecido por nosotros es también aplicable a las tasas del cambio. Supongamos que dos negociantes residentes en dos plazas diferentes hacen negocio el uno para el otro, y que el interés y el tanto o quebranto del giro es diferente en ambas plazas. Si las operaciones se verifican todas en la misma plaza, como por

1 Idem id

2 Godofredo, num 10, *Ad Dig*, l I, lib XXII, tit I — Comparese por analogía, *Inst transit* Tribunal de casacion frances, rej 15 Noviembre de 1836 Bruselas 24 de Mayo de 1809

ejemplo, si el negociante residente en Génova anticipa fondos y vende las mercancías por cuenta del que está en América, el balance de la cuenta corriente debe hacerse sobre la plaza de Génova, porque en ésta es donde se ha empleado y debe reembolsarse el dinero. Si ambos negociantes tienen dos cuentas corrientes, y el de América ha vendido y pagado por cuenta del de Génova, y no ha habido acuerdo en este punto, será necesario arreglar cada operación según la ley del lugar en que se haya verificado, y, respecto del dinero pagado y de las ventas hechas en Génova, se regira el balance por la ley y por la costumbre italiana, y para las sumas adelantadas y las ventas hechas en América, el balance se regira por las costumbres Americanas (1)

264 En cuanto a la ley que debe decidir cuando la tasa del interés excede el límite máximo del interés lícito, observamos que debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde se realizó el contrato. Notemos, sin embargo, que no debe entenderse por lugar de contrato aquél en que se verifica la estipulación, sino aquel a que se refieren las partes al obligarse. Por consiguiente, un contrato hecho en Londres por una suma anticipada en Gibraltar con un interés que exceda al límite máximo permitido por la ley Inglesa, es válido aún en Inglaterra, como afirma Story y lo mismo debe decirse si el contrato se ha hecho en Gibraltar respecto á un préstamo que debía reembolsarse en Londres (2). Como justa aplicación de esta regla, se ha declarado por el Tribunal de Bordeaux y por el de casación de París, que, en el caso en que dos franceses se obli-

1 Story *Conflict of law*, parr 258, 311 y sig

2 Story, *Conflict of law*, parr 792

gasen en un país extranjero, en donde estuviesen domiciliados, á pagar un interés superior a un 5 por 100 en materia civil, y al 6 por 100 en materia comercial, la obligación produciría sus efectos en Francia, porque estaría conforme con la ley del lugar del contrato (1) Este principio es aplicable cuando, no solamente la estipulación, sino también el asunto se han realizado en país extranjero, pero no puede decirse que dos personas que se hallen en Italia, en donde no hay límite alguno para el interés convencional, puedan estipular un interés del 10 por 100, para una operacion que deba realizarse en un país en donde no es permitido estipular un interés superior al 6 por 100, y pretender que semejante obligación sea sancionada por el magistrado de este país «Cum iudicio bonæ fidel diceptatur—dice el texto romano—arbitriò iudicis usurarum modus «ex more regiones ubi contractum est constituitur ita «tamen, ut legum ñon ofendat (2) »

Entre todas las opiniones sostenidas en esta materia, preferimos y aceptamos la de Voet, como la más conforme á los principios expuestos «Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci in quo contractus celebratus est spectanda videtur in quoes-

- 1 Bordeaux, 26 de Enero de 1831 Dev I 831, 2,178 Cass 10 de Junio de 1858, 57, *Journal du Palais*, 1857, p 931

Ademas de las indicadas por Fiore, pueden citarse otras decisiones de la misma indole, asi, por ejemplo, se ha fallado muchas veces que la estipulacion de intereses superiores a la tasa fijada por la ley francesa, es valida y puede ser sancionada por los tribunales franceses cuando se ha verificado en un país extranjero en donde la ley lo autorizaba, debiendo apreciarse la validez de un contrato con arreglo a la ley del país en donde se ha ultimado (Tribunal de Bastia, 19 de Marzo de 1866, Tribunal de Bordeaux, 22 de Agosto de 1865, Dalloz, P 1866, 2,263)

(N de P F)

2 L 1 *Dig*, *De usur*, lib XXII, 1, Bruselas, 10 de Enero de 1810, Cass, 20 de Febrero de 1810, idem 16 de Mayo de 1838, Pasicris

«tione, an moderatæ an vero modum excedentes usuræ per
«conventionem constitutæ sint Dummodo meminerimus,
«illum proprie locum contractus in jure non intelligi, in quo
«negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se
«quis obligavit Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint,
«nec consulto talis ad mutuum contrahendum locus elec-
«tus sit, in quo graviores usuræ, quam in loco, in quo alias
«contrahendum fuisset, probatæ inveniuntur (1)

265 Esta doctrina es también aplicable en el caso en que, para garantía del acreedor, se hubiese hipotecado un inmueble situado en un lugar cuya ley no permita un interés tan crecido como el permitido por la ley del lugar del contrato El Tribunal de Casación de París, decidió, el 14 mesidor del año XIII, que, cuando el fundo hipotecado se halla situado en un país en donde la ley prohíba el préstamo a interés, el tercero detentador no puede aspirar, para evadirse de la acción hipotecaria, á que se imputen como capital los intereses pagados con arreglo a la ley del lugar donde está situado el predio, sino que debe tener en cuenta la *lex loci contractus* (2) Tal es también, la opinión de Voet, que, continuando el pasaje anteriormente citado, dice « Etiam si de cetero hypoteca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit ubi solæ leviores usuræ permissæ, cum æquis sit contractum accessorium regi ex loco, principalis negotii gestam quam ex opposito contractum principale regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est (3)

1 Voet, *Ad Pand*, lib XXII, tit I, par 6, Burgundus, *Tract* 4, § 10, Kent, *Com* lec 39, Boullenois, *Obs*, 46, Bouhier, *Cost de Borg*, capítulo 21, Masse, l c num 616

2 Vanderhinden, *Dev* 2 1, 133, Sirey, 7, 2, 1026,

3 Voet, *Ad Pand* lib XXII, tit I, par 6

266 Uno de los efectos que se derivan de la falta de ejecución de una obligación, es el derecho que tiene el acreedor de obligar al deudor a indemnizarle de la pérdida sufrida por la falta de cumplimiento, es decir, del perjuicio causado ó del beneficio impedido (*Damnun emergens et lucrum cesans*) Debe, empero, observarse que si el deudor está obligado a indemnizar, el acreedor lo está a prestarle o procurarle *id quod interest* y á fijar el valor pecuario de la indemnización ó sea el *quanti ea res est* Para juzgar si el deudor está obligado al pago del daño, debe tenerse en cuenta la *lex loci contractus*, porque el derecho se deriva virtualmente de la naturaleza de la obligación Supongamos, por ejemplo, que en un contrato de depósito se ha pactado que la restitución deba hacerse en territorio extranjero, y es indudable que el depositario está obligado á trasportar la cosa al lugar fijado, a expensas del depositante, y que debe custodiarla con la misma diligencia que emplearía en cosa propia, y en su defecto es responsable de la pérdida sufrida por el referido depositante por falta del cumplimiento de la obligación (arts 1843, 1858) Si el heredero del depositario hubiese vendido de buena fé la cosa que ignoraba estuviese depositada, no estaría obligado a indemnizar al depositante por falta de cumplimiento, a pesar de lo que en contrario disponga la ley del lugar en que la cosa debía consignarse, porque, habiéndose concluido el contrato en Italia, debe aplicarse nuestra ley para determinar los derechos y las obligaciones del depositante y del depositario, y el art 1851 del Código Civil italiano obliga al heredero, en el caso en cuestión, a restituir el precio recibido o á ceder su acción contra el comprador si no le ha pagado el precio

Por la misma razon, se debe aplicar siempre la *lex loci contractus* para decidir si se tiene derecho en el contrato de permuta, a pedir la indemnizacion de los daños en caso de lesión, y si, en el contrato de venta, el vendedor está obligado a indemnizar al comprador, mas del precio en el caso en que la cosa fuese viciosa, ó pereciese por sus defectos ó por caso fortuito

Para fijar el valor pecuniario de la pérdida sufrida por el acreedor, ó sea para calcular el *id quod inter est* se aplica la ley del lugar destinado para la prestación, que es donde se verifica la morosidad y la pérdida que es consiguiente, y, con arreglo a esta misma ley se determinan sus efectos jurídicos. Esto sucede cuando no se ha establecido en el contrato á lo que estaría obligado el que deje de cumplirlo. Sin embargo, en este caso, si la obligación se ha ejecutado en parte, habra necesidad de remitirse al arbitrio del Juez del lugar destinado al pago para decidir a lo que estará obligado el deudor por la ejecución incompleta

267 Notemos que en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los perjuicios procedentes de la demora consisten en el pago de los intereses legales, y éstos deben determinarse con arreglo á la *lex loci solutionis*, aunque se haya establecido en el contrato primitivo un pago convencional de intereses hasta el vencimiento (1) Así, pues, si el pago se ha estipulado se haga en Italia, el deudor moroso puede ser obligado a pagar los intereses de los intereses vencidos, según la disposición del art 1232, aunque sea diferente la *lex loci contractus* (2) En cuestiones

1 Confr, quist, trans, cas, franc, 13 de Julio de 1829 (Dupaty)

2 Arg., Quis, trans Cas, fran 10 de Diciembre de 1817, trib del Sena, 6 de Mayo de 1818 y Paris 11 de Mayo de 1819 (Orleans)

~~10~~

transitorias análogas se decidió en Francia que los intereses del 10 por 100 estipulados en un contrato anterior á la ley de 13 de Septiembre de 1807, y rebajados después de esta ley, debían tener efecto solamente hasta el vencimiento del plazo, porque á falta de pago no podía prorrogar de pleno derecho la estipulación primitiva (1) Pero un contrato de préstamo hecho antes de la ley de 13 de Septiembre de 1807, en el que se convino que los intereses del 10 por 100 se pagarían al reembolso del capital, se declaró eficaz, aún después de la promulgación de la referida ley (2)

268 En ciertos casos, pueden surgir algunas dificultades acerca del tiempo y del lugar en que puede decirse que se ha verificado la demora. En cuanto al tiempo, puede dudarse si es ó no necesaria la intimación al deudor, cuando la *lex loci contractus* admite el principio *dies interpellat pro homine*, y no lo admite la *lex loci solutionis*. Pero deberá tenerse siempre en cuenta la ley del lugar destinado para el pago, porque la intimación del acreedor pertenece al modo de la ejecución, así, pues, la ley del lugar en que la obligación es exigible es la que debe decidir si basta la espiración del término para constituir en morosidad al deudor. Asimismo, en cuanto al lugar, puede dudarse en ciertos casos si el cumplimiento de la obligación debe efectuarse en el domicilio del deudor ó en el del acreedor. Uno de los casos en que puede surgir esta duda es cuando el propietario de una casa de comercio viaja ó hace viajar á un agente suyo para recibir comisiones, y se obliga á expedir las mercancías á la consignación. Para cumplir su obligación, es necesario que expida

1 Bordeaux, 24 de Agosto de 1817 (Largavelle)

2 Poitiers, 8 de Febrero de 1895 (Rouille).

las mercancías, que siempre tardan algún tiempo en el camino, y finalmente, que lleguen á poder del comprador. Si se considera que el propietario de la casa de comercio, cuando ha mandado á su destino las mercancías por los medios ordinarios de transporte, ha cumplido todos los actos que estaban en su mano para ejecutar su obligación, debe concluirse de aquí, que la remesa de la mercancía constituye el cumplimiento, y que el recibo de la misma es una consecuencia ulterior de la ejecución ya perfecta. Si se considera, por el contrario, que el vendedor se ha obligado á poner las mercancías en manos del comprador (a), puede concluirse que su envío es un hecho preparatorio de la ejecución, y que la obligación no puede decirse que está cumplida sino cuando la mercancía ha llegado á poder del comprador.

Según que el cumplimiento se considera desde uno ú otro de los dos puntos de vista, puede decirse que la demora se verifica en el domicilio del vendedor ó en el del comprador.

Savigny opina (1) que la expedición constituye la ejecución real, y que el cumplimiento de la obligación debe, por tanto, considerarse en el domicilio del vendedor. Apóyase en dos disposiciones del Derecho romano, á saber «que la pérdida de la cosa por caso fortuito es á riesgo del comprador desde el momento en que está terminada la venta,

(a) En realidad no puede hacerse aquí una traducción literal de la frase ó periodo que emplea el autor, á saber *Se poi si considera che il venditore si é obligato a consignar e la merci al compratore*, pues el verbo *consignare* significa consignar, remitir, pero no poner en manos, como nosotros hemos traducido, atendiendo, más bien que á la letra, al sentido general del periodo, que continua *si pro concludere che in loro invio e un facto preparatorio del l'essecuzione, e che l'obligazione non si può dire adempuita quondo la merce arrivi nelle mani del compratore*.

[N. del T.]

1 *Tratado de Derecho romano*, t 8, parr 370.

esto es, antes que se adquiriera la propiedad por la tradición ó entrega (1), y que cuando se ha prometido la consignación de una cosa mueble sólo puede ser exigida en el lugar donde se halle (2) ³

En un asunto fallado por el tribunal de apelación de New-York (3) ha prevalecido esta opinión. Un negociante consignó en China una partida de mercancías para venderla en New-York, y la confió a un agente del destinatario con el contrato de que el producto de la venta le sería remitido á China. Habiendo quebrado el destinatario, surgió la cuestión de si la suma del interés moratorio debería determinarse con arreglo á las leyes de China ó las de New-York. El canciller Kent sostuvo y el Tribunal decidió, que deberían determinarse según las leyes de China, pero el tribunal de apelación revocó la sentencia y decidió que debían fijarse con arreglo a las leyes de New-York. Ambas decisiones estaban fundadas en el principio de que el interés se debía con arreglo á la ley del lugar en donde se había verificado la demora. El tribunal consideró que, habiéndose hecho la consignación en China y debiendo pagarse allí el importe, no podía decirse que se había cumplido la obligación hasta que hubiera llegado la suma al lugar de su destino, y que, por consiguiente, allí era donde debía decirse que se había verificado la demora. El tribunal de apelación, por el contrario, fué de parecer que, habiéndose consignado las mercancías para ser vendidas en New-York, y debiendo ser expedido el importe desde esta ciudad para China, la obligación del comisionista estaba completamente terminada con la expedición del dine-

1 Párr. 3, *Inst de empt* (III, 24)

2 L. 12, párr I, *Dig deposit* (14, 3)

3 *Storv. l. c.* párr. 296.

ro desde New-York para China, y allí era donde debía considerarse realizada la demoia

269. Puede suceder que el deudor, para asegurar mejor el cumplimiento de la obligación por parte del acreedor, le prometa una prestación para el caso en que, por culpa propia, ó no cumpla, ó cumpla tarde la obligación principal. De la cláusula penal, que es un contrato accesorio, se debe juzgar con arreglo a los principios y con las distinciones expuestas en los números anteriores, por que el deudor solo incurre en la pena, cuando está en mora ó en falta. Y con tal que no sea contraria á los principios de orden público, es valida por doquiera la cláusula penal para determinar la extensión de los daños é intereses á que está sujeto el deudor por la falta de ejecución ó por ejecución incompleta.

270. En cuanto al arresto personal a que puede ser compelido el deudor por falta de cumplimiento, notamos que debe decidirse con arreglo á la ley de la ejecución, si ésto procede de pleno derecho de la naturaleza de la obligación, porque el arresto personal es un medio de ejecución, y la ley que lo prohíbe es una ley de orden público. Puede surgir, sin embargo, una dificultad en el caso en que el arresto personal no proceda de pleno derecho, sino que haya sido estipulado expresamente por las partes. Podrá suceder, en efecto, que, según la *lex loci contractus*, y según la *lex loci solutionis*, sea permitido obligarse con cláusula de arresto personal, pero en ciertos casos determinados, y que el deudor se haya obligado á dicho arresto en un caso no permitido por la ley del lugar en que debía ser ejecutada.

Boullenois (1) dice que en este caso deberá tenerse en

1 Observ. t. I, p. 165.

cuenta la ley del lugar del contrato, porque el acreedor ha calculado poder hacer que se prenda al deudor, y declarar semejante cláusula de ningún efecto equivalía á faltar á la buena fé. Parécenos que podría sostenerse con más razón la negativa, porque la ley que prohíbe obligarse en ciertos casos con cláusula de arresto personal, es una ley de orden público. Si el acreedor pudiera hacer que se condenase al deudor en el lugar en que se hizo el contrato, no podría éste evadirse invocando su ley personal, según la cual no podía obligarse válidamente al arresto personal, más si quisiese hacerlo condenar en su patria, no podría porque la ley que prohíbe en ciertos casos disponer de la libertad del deudor, es siempre una ley de orden público (1). El tribunal de París decidió con más razón, que el extranjero domiciliado de hecho en Francia, puede ser condenado al arresto personal, y que no es necesario, para sujetarlo á la ley francesa, que haya obtenido del Gobierno autorización para establecer en Francia su domicilio (2).

1 Masse, *Derecho común*, 634

2 París, 21 de Abril de 1838, *Pasicr*, Pardesus, núm 1,524, *Com-Delisle*, sobre el art 14 de la ley de 17 de Abril de 1832, número 2