

## CAPITULO XVIII

### Efectos de la obligación

#### § 74.—*Cumplimiento*

Brugi, Ist. § 71; Pacifici, Ist. IV, pág. 423-517; Chironi, Ist. II §§ 292, 295, 296; Polacco, Obblig. §§ 54-75; Crome, Obblig., §§ 11, 13, 14, 24, 25; Zachariae, Man. II §§ 278, 296, 301; Aubry y Rau, Cours, IV, §§ 315-321; Planiol, *Traité*, II, números 400 y siguientes, Windscheid, Pand. II, 1, §§ 273-275, 282, 342-347.

Siendo el fin de toda obligación el hacer obtener al acreedor, aun contra la voluntad del deudor, la ventaja de la prestación mediante el cumplimiento de la misma o cuando éste no sea posible mediante los substitutivos del cumplimiento, los efectos de las obligaciones pueden agruparse en tres clases, según que se refieran al cumplimiento, a la forma de éste, al incumplimiento y a las consecuencias que éste produce y a los medios que se conceden al acreedor en defensa y protección de su derecho. La triple teoría de la ejecución, de los efectos de la inejecución, de la protección jurídica del acreedor, constituye la doctrina completa de los efectos que la relación obligatoria produce. Ciertamente que el cumplimiento es uno de los modos de extinguirse las obligaciones y, sin duda, el procedimiento más normal y completo, y no solamente de las obligaciones con prestación única y transitoria, sino también de aquellas otras con prestación continua y duradera, porque es esencial a la relación obligatoria el no durar indefinidamente en el tiempo, sino el extinguirse. En este aspecto, disciplina el Código civil (artículos 1.237-1.266) que enumera, como primero entre los medios de extinción de las obligaciones: el pago (art. 1.236). La mayoría de los civilistas italianos y franceses se ocupan del pago primeramente sin que osen apartarse del orden legal seguido por el Código. Nosotros

lo estudiaremos ahora y con ello ganará en claridad la teoría de incumplimiento, cuya exposición es en él algunos de sus puntos obscura y fragmentaria.

*Cumplimiento* (1) es la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor; sinónimos del cumplimiento son los términos *pago* y *solutio* que expresan el concepto de extinción del vínculo obligatorio y no se limitan a expresar como ocurre en el lenguaje vulgar el cumplimiento de una obligación pecuniaria, la prestación de una suma de dinero (2). «Quien contrajo una obligación—declara el art. 1.218—debe cumplirla completamente y en otro caso resarcir los daños».

Ahora bien, exacta ejecución quiere decir prestación de todo lo que es debido, en la forma y lugar fijados sin que sea posible sustituir una cosa por otra o hacer prestaciones parciales cuando el interés del acreedor en recibir la prestación íntegra, quedaría perjudicado por una *solutio* parcial; significa la satisfacción completa del interés del acreedor y puesto que toda la relación es regida por los principios de la buena fe, ello lleva como consecuencia que si el vínculo obligatorio reconoce su origen en el contrato, el deudor debe no sólo cuanto en el mismo se expresa sino también todo aquello que según la ley, la equidad o la costumbre derivase de él (art. 1.124).

Requisitos esenciales del cumplimiento son: la existencia de una deuda sin la cual la *solutio* como acto desprovisto de causa, daría lugar a la repetición (art. 1.237); la intención en quien paga de extinguir la obligación (*animus solvendi*) sin la cual habría una donación si la prestación se hiciera *animus donandi* o un acto sin causa si no fuera posible sustituir por otra la *causa solvendi*.

(1) Gruchot, *Eine Lehre von der Zahlung der Geldschuld*, 1871; Romer, *Beitrage zur Lehre von Erfüllung der Obligation*, 1877; Siliotti, *Del pagamento nel dir. priv. it.*, Roma, 1897; Piola-Caselli, *Pagamento*, en *Dig. it.*; Scuto, *Sulla natura giur. del pag.* (*Riv. dir. comm.*, XIII, 1915, pág. 353).

(2) Fr. 54, D. 46, 3: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem*; fr. 176, D. 50, 16: *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet, solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*.

Otros muchos requisitos se exigen para la validez del cumplimiento y se refieren a la persona a quien se paga. A la que ejecuta la *solutio*, al objeto de la prestación, al modo de imputar el pago, al tiempo, al lugar. Examinaremos todo esto<sup>o</sup> separadamente no sin antes fijar el concepto general y la naturaleza jurídica del cumplimiento.

a) *Naturaleza jurídica del pago*.—Algunos ven en el pago solamente un hecho, un hecho jurídico cuya consecuencia es la extinción de la deuda. Pero si se tienen en cuenta las condiciones que la ley exige para su validez, especialmente las relativas a la capacidad de enajenar (si la prestación consiste en un dar), al elemento intencional que se requiere en el *solvens*, a la manifestación voluntaria que la ejecución implica, habrá forzosamente que reconocer que se trata de un negocio jurídico verdadero y propio, el cual es regido por los principios todos que rigen estos negocios. Pero la doctrina no se muestra concorde en lo que se refiere a la determinación de la especie o clase de este negocio jurídico, y mientras unos definen el pago como un acto jurídico unilateral en cuanto consiste en un hecho voluntario del deudor, el cual, al efectuar la prestación tiende a extinguir la relación obligatoria creada, otros, en cambio, lo reputan negocio jurídico bilateral un contrato verdadero y propio, porque a la prestación del deudor corresponde la aceptación del acreedor, es decir, que se exige el concurso de dos voluntades como en otro contrato cualquiera. La oposición que esta última opinión halla en multitud de autores quienes juzgan que es contradictorio llamar contrato a un acto jurídico cuyo fin es extinguir la obligación, no está justificada; dicha oposición se funda en la creencia de que la finalidad única del contrato es crear obligaciones, siendo así que el acuerdo de dos o más voluntades puede perseguir la creación, regulación o extinción de un vínculo jurídico (art. 1.098) y que del mismo modo que hay contratos obligatorios, los hay también liberatorios y entre estos últimos figura el negocio jurídico solutorio. Lo cierto es—por lo que se refiere a esta divergencia doctrinal (1)—que la *solutio* puede ser un negocio unila-

(1) Sobre esta divergencia véase el folleto de Scuto, *La natura giur*

teral o un negocio bilateral según la naturaleza específica de la prestación; cuando ésta consiste en una omisión y cuando consista en un hacer, no se requiere por regla general que el acreedor intervenga, es necesaria su intervención si la prestación consiste en un dar, porque en tal caso precisa su aceptación (1). Si el negocio jurídico se debe o no considerar como abstracto y formal es una cuestión muy discutida. No se puede, en efecto, decir que el negocio jurídico carezca de causa. La causa de la *solutio* es la intención de extinguir el vínculo obligatorio. El punto discutible es: si la *solutio* es independiente de la causa propia del negocio jurídico constitutivo del vínculo; si tiene frente a éste un valor abstracto y se sustrae a la nulidad establecida en el artículo 1.119. La cuestión, a nuestro parecer, debe resolverse en el sentido de que si por regla general basta al negocio solutorio su causa propia y específica influye en la validez de aquél la causa del negocio fundamental, en forma que la nulidad de éste puede afectar a la *solutio* (2).

b) *Destinatario del pago*.—Como cumplir significa satisfacer la razón crediticia, es indudable que la prestación debe realizarse en favor del acreedor y solamente en su favor; máxime (como ocurre de ordinario) cuando una aceptación del accipiente es necesaria para que el cumplimiento sea perfecto (art. 1.241). Sin embargo, no siempre se efectúa la prestación en favor del acreedor válidamente; ni faltan casos en que pueda válidamente verificarse la prestación en favor de personas distintas del acreedor.

*del pago*, Catania, 1914, y en *Riv. dir. comm.*, 1915, I, páginas 353 y siguientes.

(1) La cuestión adquiere importancia por el precepto del art. 1.341, que prohíbe la prueba de testigos en las convenciones cuyo valor exceda de 500 liras porque se discute si este precepto se aplica a los pagos superiores a 500 liras. La solución es que dicha norma afecta también al pago. Véase sobre la naturaleza jurídica de la *solutio*: Crome, *Obblig.*, páginas 317-318; Venzi en Pacifici, *Ist.*, II, pág. 836, IV, páginas 595 y siguientes.

(2) Crome, *Obblig.*, pág. 318, n. 13. y en *Zeitschr. f. franz. Civilrecht*, XXI, páginas 328-354 y siguientes; Zachariae, *Man.*, II, pág. 748, n. 13; Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, páginas 289-290.

α) Los casos de la primera especie se refieren a la condición subjetiva de capacidad del acreedor o al de secuestro del crédito: 1) si se promueve un secuestro o un acto de oposición regularmente para impedir que el deudor pague a su acreedor, no podrá aquél pagar a éste; si no obstante tales actos le paga, puede ser constreñido a pagar a quien promovió la oposición o el secuestro sin perjuicio de su acción de reembolso contra el acreedor satisfecho (art. 1.244); 2) se exige también que el acreedor a quien se paga sea capaz de recibir en pago (art. 1.243); y como recibir la prestación implica extinción de la obligación, y, por tanto, disposición del crédito, falta semejante capacidad a todos aquellos que carecen del poder de disposición (menores, interdictos). Sin embargo, aunque se haga a persona incapaz, la *solutio* extingue el crédito si el deudor prueba que la prestación fué hecha en provecho del acreedor (*versio in rem*, art. 1.243, artículo 1.307).

β) Puede y debe pagarse a persona distinta del acreedor cuando éste hubiere autorizado a otro a recibir el pago o la ley o la autoridad judicial designaren a otro para percibirlo (artículo 1.241) (1). Se tratará, pues, según los casos de un mandatario para recibir en pago de una persona designada a este fin o de un *adiectus solutionis causa* nombrados por el acreedor o también de un representante legal del incapaz como el padre o tutor o de un acreedor asignatario del importe en virtud de sentencia, etcétera. Pero también hay que decir que el pago hecho a quien no estuviera autorizado por el acreedor para recibirlo, se reputa válido y extintivo de la obligación si el acreedor lo ratifica o también si se prueba que resultó hecho en su provecho (*versio in rem*, art. 1.241). También es declarado válido por la protección debida a la *bona fides* el pago hecho de buena fe, por el deudor al acreedor aparente, es decir, a aquel que se presenta con un título nulo como si fuese efectivo acreedor estimándolo

(1) En virtud del § 393 del Código civil alemán, el portador de la factura se reputa autorizado a recibir la prestación, salvo que de las circunstancias resulte lo contrario.

por tal el *solvens*: éste queda liberado aunque el poseedor del título crediticio (1) sufra después la evicción (art. 1.242).

c) *Persona que cumple*.—La prestación debe realizarse única y exclusivamente por el deudor, si otro le sucede en el vínculo u otro está obligado con él principal o subsidiariamente, será también debida por éste. Pero si por regla general es el deudor quien la realiza (la prestación) nada impide que la realice un tercero; es más, puede afirmarse que al acreedor es indiferente la persona que realiza la prestación y sólo le importa que ésta se cumpla. Esto no se verifica, sin embargo, en aquellas obligaciones en que se tome en consideración la persona del obligado, de modo que el sustituir éste en el momento de la *solutio* influya en la naturaleza de la prestación; son ejemplo de esto, muchas obligaciones de hacer, cuando las cualidades personales del obligado le hagan insustituible. Esta fórmula está contenida en el precepto del art. 1.239 del Código civil: «La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero contra la voluntad del acreedor cuando éste tenga interés en que sea el deudor mismo quien la cumpla», pero peca de imprecisión; es, por una parte, excesivamente amplia, porque hay prestaciones de hacer perfectamente sustituibles; por otra demasiado estrecha, porque también algunas prestaciones de dar son insustituibles.

La cuestión de si el acreedor puede en otro caso rehusar la prestación hecha por un tercero, se debe resolver negativamente. Sin embargo, o el tercero tiene interés en el cumplimiento (si es, por ejemplo, un cóobligado o fiador) y le corresponde el derecho de cumplir la obligación, o no lo tiene y puede obrar en nombre del deudor, o para su liberación (por ejemplo, si es mandatario o gestor de negocios) y el acreedor no puede oponerse a ello; o bien puede obrar en nombre propio y la única limitación que en tal caso establece la ley, es que no pueda exi-

(1) El Código habla de «quien se halla en posesión del crédito», pero ya observamos en otro lugar (vol. I, pág. 705, n. 3) que la expresión posesión no tiene aquí un valor técnico. El caso más notable de aplicación del art. 1.242 es el del heredero aparente (art. 933). Véase Ferrini, *Obblig.*, pág. 579; Brugi, *Pagamento al creditore apparente* (*Riv. dir. comm.*, 1915; II, pág. 686).

gir del acreedor satisfecho que le subrogue en su lugar (artículo 1.238) (1). También debe resolverse negativamente otra cuestión: la de si el deudor puede oponerse a que otro realice su prestación; si el deudor está obligado a pagar no puede impedir que otro le pague si no es efectuando la prestación el propio deudor; la única limitación es que el deudor no puede empeorar de condición por el pago hecho por un tercero (2). Condición necesaria para la validez del pago, ya realice la prestación el deudor o un tercero, es la capacidad del *solvens*, y esto implicà que en las obligaciones de dar, por una parte el *solvens* debe tener facultad de enajenar y por otra debe ser propietario de la cosa que paga (art. 1.240). El doble requisito es indispensable, pero solamente cuando la *solutio* tenga el carácter de enajenación, lo que ocurre únicamente cuando la propiedad de la cosa no se hubiere transferido en virtud del negocio jurídico constitutivo del vínculo obligatorio, como sucede en las obligaciones contractuales, en las que rige el principio según el cual el mero consentimiento es suficiente para transmitir la propiedad; es decir, que ocurre solamente cuando la *solutio* no consista en una simple entrega, como cuando se trata de obligaciones que no derivan de contrato o de cumplimiento realizado por un tercero, de obligaciones genéricas o de una *datio in solutum*. Si el pago se realiza por persona incapaz, puede ser anulado (artículos 1.107 y 1.300) y la cosa puede ser repetida por el propietario si el *solvens* no tenía la propiedad de ella, dentro siempre, naturalmente, de los límites en que el art. 707 consiente la reivindicación.

(1) Véase Losana, *Alcuni riflessi sull' art. 1.238 c. c.* (Rolandino, 1892, páginas 353 y siguientes).

(2) En armonía con este principio debe resolverse todo caso de conflicto entre la obligación que tiene el acreedor de recibir la prestación de un tercero y el derecho del deudor a rechazar una ingerencia dudosa en la relación obligatoria. Si, por ejemplo, el tercero paga los intereses de una deuda ajena a un acreedor inactivo, dicho pago vendría a interrumpir la prescripción extintiva en favor del acreedor, ya comenzada; precisamente el derecho del deudor a que el tercero no empeore su propia condición, hace que la interrupción no se estime producida. Ascoli, *Legge*, 1906, pág. 1.302; Giriodi, *ib.*, 1901, pág. 249.

ción de las cosas muebles. Sin embargo, el *solvens* no podrá ejercitar la acción de repetición por respeto a la *bona fides* cuando siendo incapaz de enajenar y no siendo propietario de la cosa, el pago consista en una suma de dinero o en cosa que se consuma por el uso o cuando el acreedor la hubiere consumido de buena fe (art. 1.240, párr. 1.º).

Consecuencia del pago efectuado por un tercero que no estuviere personalmente obligado a efectuarlo es la acción de reembolso contra el deudor en cuyo favor se produjo la liberación, la acción será la de mandato de gestión de negocios o de versión útil, según los casos; pero deberá excluirse cuando la *solutio* se produce en vida o *prohibente debitore*.

*Pago con subrogación.*—Tiene gran importancia una institución especial para proteger al tercero que pagó una deuda ajena; la subrogación en los derechos del acreedor (1). La función de esta institución es transferir al tercero que pagó o con cuyo dinero se pagó la deuda, los derechos del acreedor, de modo que el tercero, subentrando en el lugar del acreedor, pueda ejercitar contra el deudor las mismas acciones que a dicho acreedor correspondían.

La estructura jurídica de esta subrogación da lugar a dificultades teóricas que se explican por el origen histórico de la institución. Apareció ésta en el derecho intermedio, singularmente en el antiguo Derecho francés, derivando su nombre del canónico, pero relacionada con la institución romana del *beneficium cedendarum actionum*, ofreciendo alguna semejanza con la cesión pero no es una cesión verdadera y propia, ni tampoco una simple cesión de acción. Así que si en un cierto aspecto la subrogación puede entrar en el amplio concepto de la sucesión particular de créditos (en la cual entra la cesión) en otro se distin-

(1) Tratados especiales, Murlon, *Traité theor. et prat. des subrogations personnelles*, 1848; Gautier, *Traité de la subrogation des personnes*, 1853; Jolleville, *Des caracteres distinctifs du payement avec subrogation*, 1871, Mirabelli, *Dalle surròga legale sec. il c. c.* (en *Diritto dei terzi*, volumen II, Turín, 1891); Butera, *Surrogazione*, en *Dir. it.*; Peronaci, *Le surrogazione nel Dir. civ. it.*, Milán, 1910. Muy sugestiva y clara es la exposición de esta materia en Crome, *Oblig.*, § 22.



que netamente de éste, porque mientras la cesión opera un simple traspaso del crédito de una persona a otra, la subrogación presupone la extinción de la relación obligatoria y nace sobre la base del cumplimiento (1). También esta doctrina es discutida por muchos que niegan que se debe considerar extinguida la obligación cuando se transfiere el crédito a un tercero; algunos estiman que en tal caso la relación no se considera extinguida frente al tercero. Como quiera que sea, esta afirmación es exacta y responde a la naturaleza misma de las cosas; que la relación se extingue para el acreedor por efecto del cumplimiento, pero subsiste para el deudor; puede producir este efecto tanto la voluntad de las partes como la ley.

Dos son, en efecto, las clases de subrogación, una convencional y otra legal (art. 1.251), según que se base en un acuerdo entre las partes o en un precepto imperativo de la ley.

a) Convencional es cuando se estipula en favor del tercero por el acreedor o por el deudor; sus supuestos son: un contrato y un consentimiento prestado por uno u otro de los sujetos originarios de la obligación. No se exige el concurso simultáneo de la voluntad de ambos; por tanto las dos formas de la subrogación convencional son: una que es consentida por el deudor y no requiere el concurso de la voluntad del acreedor, y otra consentida por el acreedor sin el concurso de la voluntad del deudor. La primera se da cuando el acreedor recibe el pago de una tercera persona y subroga a ésta en los derechos, acciones, privilegios e hipotecas que aquél tiene contra el deudor (art. 1.252).

Requisitos de su validez son el que se haga expresamente, simultáneamente al pago, de modo que en el recibo se exprese la voluntad del acreedor de subrogar en sus derechos al *solvens*; una subrogación posterior al pago sería ineficaz, porque se ope-

(1) La subrogación se distingue de la novación por cambio de acreedor en cuanto que en la novación surge una obligación nueva que substituye a la anterior, la cual queda extinguida con todas sus garantías, privilegios, etc., y en cambio, en la subrogación subsiste siempre la misma obligación que conserva los privilegios, garantías y demás derechos accesorios, véase Lomonaco, *Oblig.*, II, pág. 84; Giovene, *Il negozio giur rispetto ai terri*, 2.<sup>a</sup> edic., 1917, pág. 529.

raría sobre una relación obligatoria completamente extinguida. La segunda tiene lugar «cuando el deudor recibe en préstamo una suma para pagar su deuda, subrogando al mutuante en los derechos del acreedor» (art. 1.252, n. 2). Para la validez de esta subrogación que se opera sin el concurso del acreedor se requiere: que el préstamo y el recibo tengan fecha cierta; que en el documento acreditativo del préstamo se declare que la suma fué tomada a préstamo para efectuar el pago y en el recibo se haga constar que el pago se hizo con dinero suministrado a tal efecto por el nuevo acreedor (1). Con ello se tiende a asegurar la absoluta sinceridad de las operaciones y a garantizar a los demás acreedores del propio deudor de los posibles fraudes que en connivencia con el tercero se pueden cometer en perjuicio de sus créditos, haciendo resurgir una obligación extinguida y subtrayéndoles las garantías.

β) *Legal* es la subrogación que se verifica *ipso iure* sin la voluntad o contra la voluntad del deudor o del acreedor. Los casos que el art. 1.253 enumera, a los que hay que añadir los previstos en el Código de Comercio (artículos 438, 319 y siguientes) y en leyes especiales (art. 57 del t. u., 29 de Junio de 1902, núm. 281 sobre percepción de impuestos directos, artículo 90 del t. u., 20 de Mayo de 1897, núm. 217, sobre la tasa de registro, etc.), pueden reducirse a unidad considerando que en todos ellos hay un tercero no completamente ajeno, un tercero que está directamente interesado en el cumplimiento y que obra para la mejor tutela del propio derecho. Corresponde la subrogación legal: a quien siendo acreedor hipotecario o quirografario solamente, paga a otro acreedor preferente por razón de sus privilegios o hipotecas (art. 1.253, n. 1); se relaciona con ésta la subrogación hipotecaria especial regulada por el art. 2.011 de que se trató en otro lugar (2), que corresponde a quien, habien-

(1) A diferencia del C. fr. nuestro Código no exige que el documento de préstamo y el recibo sean públicos; es condición necesaria y suficiente la escritura privada, excluyéndose todo otro medio de prueba en caso de contestación judicial.

(2) Vol. I.

do adquirido un inmueble, paga hasta concurrencia del precio de su adquisición a uno o varios acreedores en cuyo favor se hallaba el fundo hipotecado (art. 1.253, n. 2) (1); corresponde también la subrogación legal a quien, siendo heredero con beneficio de inventario paga con dinero propio las deudas hereditarias (art. 1.253, n. 4), y, por último, en general a quien, hallándose obligado al pago con otros o por otros, tiene interés en extinguir la deuda (art. 1.253, n. 3), como, por ejemplo, el deudor solidario o el fiador (2).

Ya sea legal o convencional la subrogación, produce el efecto de hacer subentrar al subrogado en la posición jurídica del acreedor satisfecho; el crédito, con todas sus garantías y con todas las excepciones oponibles al acreedor originario, se transfiere al subrogado, que podrá dirigirse contra el deudor o contra los fiadores (art. 1.254). Pero la subrogación no se produce sino en los límites cuantitativos de las cuotas de los codeudores si se trata de pago realizado por el coobligado (art. 1.199) o sólo hasta la concurrencia del pago efectivo y en parte y concurriendo (3) con el acreedor originario si éste fué satis-

(1) Se produce aquí un caso de hipoteca en cosa propia y consiguientemente una excepción al principio, según el cual los *iura in re aliena* no son posibles más que en cosa ajena; la excepción, sin embargo, está justificada por la necesidad de proteger al adquirente contra el peligro de la evicción que le privaría de la cosa y del precio; por otra parte, dicho principio teórico queda a salvo si se considera que las hipotecas no adquieren eficacia si no cuando el fundo es objeto de evicción; puede recurrirse al concepto de la *reviviscencia* o mejor aun al de la *quieecencia*, como ya dije.

(2) Es este un principio general que abraza todos los casos no previstos expresamente. Pero resulta claro que para que se den los requisitos exigidos, la relación entre el *solvens* y el deudor debe ser tal que atribuya al primero una acción de reembolso contra el segundo: cuando por razón de dicha relación fuese el *solvens* responsable único y obligado a soportar la carga de la obligación no habría subrogación, ya que pagó una deuda exclusivamente propia.

(3) Esto constituye una innovación del Código italiano, respecto al francés (art. 1.252), en este caso de pago parcial conserva el acreedor parcialmente satisfecho un crédito preferente con respecto al *solvens* subrogado.

fecho en su crédito sólo parcialmente (art. 1.254, párr. 1.º).

d) *Objeto del pago*.—La cosa que debe prestarse al acreedor depende del contenido y de la naturaleza de la obligación. Esto lo vimos al tratar de la prestación y de algunas prestaciones especiales, como el dinero, los intereses, el *id quod interest*. Los principios generales que se refieren al cumplimiento son los siguientes:

1) Puesto que el acreedor tiene derecho a aquella determinada prestación deducida en el vínculo, no puede el deudor sustituirla por otra, aun cuando la ventaja económica reportada fuese superior (art. 1.245). La substitución de una cosa por otra con efecto extintivo no es posible sin consentir en ello el acreedor: *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* (1). Si éste acepta, habrá una *datio in solutum* (2) que equivale al cumplimiento y extingue el crédito liberando a los fiadores (3) aunque el acreedor sufra luego la evicción de la cosa (art. 1.929). La *datio in solutum* es un subrogado de la *solutio* y ofrece los caracteres fundamentales de éste, de modo que le son aplicables las normas referentes al pago.

2) La prestación debe realizarse totalmente no estando el acreedor obligado a aceptar pagos parciales, aun cuando la suma de éstos representase el pago íntegro del crédito (art. 1.246). Para que sea pertinente una *solutio* parcial, precisa que el acreedor la consienta (4), salvo en los casos que contra la voluntad

(1) Jr., 2, § 1. D. 1.

(2) Römez, *Die Leistung au Zahlungsstatr nach dem. röm. u. gem. Recht* Tübingen, 1860; Polacco, *La azione in pagamento*, Padua, 1888; Coen en *Cod. civ. annot.*, III, páginas 454 y siguientes.

(3) Con respecto a las hipotecas y a la distinción admitida por muchos entre evicción por reivindicación y otras evicciones, véase Giorgi, *Oblig.*, VII, números 303 y siguientes, Venzi en *Pacifici Ist.*, IV, pág. 602; Crome, *Oblig.*, pág. 332, n. a.

(4) Una derogación del principio del art. 1.246, significa en materia de deudas cambiarias (el art. 292 del Código de Comercio, por el cual en interés del crédito cambiario y de los demás coobligados el poseedor de una cambial no puede rehusar su pago parcial, aunque la letra hubiere sido aceptada por la suma íntegra; para conservar la acción de reembolso por la suma no pagada, deberá probar por los medios legales la insolvencia parcial.

del acreedor el débito se distribuya *ope legis* entre varias personas, como ocurre en el caso de varios coherederos (art. 1.204) y en el de varios fiadores que no hubieren renunciado al *beneficium divisionis* (art. 1.912).

3) Consecuencia del principio por el cual la prestación debe realizarse íntegramente y de que el acreedor no está sujeto a carga alguna respecto al pago es el precepto del art. 1.250, según el cual son de cuenta del deudor todos los gastos inherentes al pago.

El deudor deberá, pues, soportar los gastos de entrega de recibo y cualquier otro que derive del cumplimiento (1).

4) Si la prestación tiene por objeto una cosa cierta y determinada, la obligación se cumple y el deudor queda liberado si la consigna en el estado en que se halle en el momento de la entrega; no es responsable de los deterioros sobrevenidos en la cosa una vez constituido el vínculo sino en el caso de que dichos deterioros se produjeran por hecho o culpa del deudor o de las personas por las cuales éste responde o en el caso de que tales deterioros sobrevinieran después de incurrir en mora (art. 1.247), salvo, sin embargo, lo previsto en el art. 2.298, párr. 1.º

5) Si la deuda es de cosa determinada genéricamente, el deudor no está obligado a darla de la mejor calidad, pero tampoco podrá darla de la peor (artículos 1.248 y 870).

6) Directamente relacionada con el objeto, se halla la determinación del crédito que con la prestación se satisface, en todos los casos en que el acreedor tenga varios créditos contra la persona que paga o en cuyo interés paga un tercero (*imputación de pagos*). La norma fundamental es que al deudor corresponde el derecho de declarar cuando paga cuál es el crédito que desea extinguir (art. 1.255). Si no lo declara, este derecho corresponderá al acreedor (art. 1.257), y cuando tampoco éste proceda a la imputación, provee la ley estableciendo criterios directivos generales (art. 1.258). Pero el derecho de elección del deudor

(1) Se discute si son de cuenta del deudor los gastos que derivan del registro del recibo. Losana, *Portata dell'art. 1.250* (Notas it., 1904, página 205); Severi en *Giur it.*; 1901, I, pág. 333.

tiene un límite en las deudas fructíferas, sin que pueda, quien paga, imputar lo pagado sin consentimiento del acreedor al capital con preferencia a los intereses (art. 1.256); el acreedor encuentra también un límite en la facultad de oposición del deudor, el cual la pierde cuando al aceptar el recibo acepte también la imputación hecha por el otro (art. 1.257) (1).

e) *Epoca del cumplimiento*.—Elemento muy importante de la doctrina del cumplimiento es la determinación de la época en que la prestación debe cumplirse. Este momento varía según la naturaleza de la obligación, la voluntad de las partes, los preceptos que en defecto de esta voluntad dicte la ley. Puede, en efecto, ser fijado preventivamente por las partes o por la ley un término y puede, dicho término, faltar en absoluto; cuando se hubiere fijado, puede establecerse en favor del deudor, del acreedor o de ambos. En cada uno de estos casos la solución es diversa y diversos los criterios para decidirse cuando hay mora en el *solvere* o en el *accipere*.

Ante todo, hay que distinguir por la distinta función que realiza y diversas consecuencias que origina, el *término esencial* del *no esencial*.

El primero es una determinación del tiempo en las obligaciones, tal, que imprime a la prestación misma su función satisfactoria del interés del acreedor; la prestación es prevista y querida en un determinado momento transcurrido, el cual, o no puede ejecutarse la prestación o aunque se ejecutara no reportaría utilidad alguna al acreedor, ni satisfaría, siquiera parcialmente, su interés (así por ejemplo: si el cochero que debe conducirme a la estación, se presenta después de la hora convenida, o el cantante contratado por el empresario, se presenta después de la

(1) Los preceptos referentes a la imputación de pagos aplicables, aunque se trate de prestaciones no pecuniarias (contrariamente Caradonne, en *Riv. dir. comm.*, 1920, II, páginas 565 y siguientes), rigen en cuanto no intervenga una norma distinta y especial para determinadas relaciones obligatorias. Así, por ejemplo, en materia de sociedades rigen las normas de los artículos 1.712 del Código civil, y en materia de impuestos las del art. 54 del Reglamento de 10 de Julio de 1902, núm. 296, sobre percepción de impuestos directos.

hora fijada para la función). La prestación y el término se identifican y la mora determinará el incumplimiento y consiguientemente la responsabilidad del deudor por el total resarcimiento del daño. En cambio, cuando el término no es esencial, un cumplimiento tardío es siempre posible salvo, naturalmente, el más limitado resarcimiento del daño derivado de la mora.

Cuando ni en el título ni en la norma jurídica se fije el momento de la prestación, el principio general es que deba ejecutarse esta inmediatamente: *quod sine se debetur statim debetur* (art. 1.173); el acreedor puede exigir la prestación inmediatamente y si al demandar el cumplimiento, el deudor no realiza la prestación, incurre en mora. Es, sin embargo, evidente que la prestación no puede exigirse sino transcurrido el tiempo que según las circunstancias es necesario para el cumplimiento; este tiempo varía según el fin de la obligación (ejemplo: un mutuo, un comodato) o la naturaleza de la prestación (por ejemplo: ejecución de una obra), el modo como debe cumplirse (ejemplo: suministro de mercancías por entregas sucesivas) o el lugar convenido para la ejecución. En tales casos, el término será fijado por el Juez, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren, y al Juez corresponde también determinarlo cuando su fijación se hubiere confiado a la voluntad del deudor (art. 1.173).

Fijado el término, si éste se da en favor del deudor, no puede dirigirse el acreedor contra éste antes que el término venza, pero el deudor puede cumplir su obligación antes del vencimiento del término, y si el acreedor rehusa la prestación, incurre en mora; si el término se fija en favor del acreedor, puede éste exigir el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento, pero el deudor no puede forzarle a que acepte la prestación antes de dicho vencimiento; si el término fué fijado en favor de ambos, ni el uno puede exigir, ni el otro prestar antes del vencimiento.

En los casos dudosos para indagar en favor de quién se fija el término, habrá que atenderse a las declaraciones de voluntad contenidas en el título o a la naturaleza y especiales circunstancias de la obligación; la declaración del artículo 1.175, por la cual el término se presume siempre fijado en favor del deudor, es una

presunción que tiene su razón de ser en el principio de la limitación mínima del deudor; tal presunción puede ser destruída en virtud de prueba contraria, de la que resulta que el término se fijó en favor del acreedor o de entrambos (1).

El deudor puede renunciar al término fijado en su favor y puede, también, perder el beneficio del término; no puede, en cambio, solicitar del Juez dilaciones o prórrogas. Renuncia al término el deudor que conscientemente cumple su obligación antes del vencimiento; nuestro Código ha ido muy adelante en este respecto al declarar que aún cuando el pago se realice anticipadamente por ignorancia de la existencia del término, no podrá el deudor repetir lo que ha pagado (art. 1.174). Es cuestionable, en cambio, si cuando se realiza anticipadamente la prestación, puede el deudor retener o repetir el *interusurium*, es decir, la diferencia entre el valor de la prestación cumplida el día del vencimiento y el mayor valor que dicha prestación representa, si se hiciera anticipadamente (descuento) (2). En nuestra opinión, la duda debe resolverse negando tal facultad de deducción o repetición a quien paga anticipadamente, conociendo la existencia del término (3) y concediéndola, en cambio, a quien hubiere pa-

(1) Sobre la aplicabilidad del art. 1.175 a las obligaciones con premio y a los mutuos fructíferos en general, véase Sraffa, *Il rimborso anticipato delle obbligazioni* (*Femi, Veu*, 1899, páginas 289 y siguientes); Bruschettini, *Sul rimborso anticipato di obblig* (*Giur. it.*, 1899, IV, páginas 171 y siguientes); Pipia, *L'anticipato rimb. delle obblig. a premio* (*Filang*, 1899, páginas 661, 750 y siguientes).

(2) Sobre el concepto del *interusurium* y sobre el método matemático para calcularlo, son interesantes los antiguos escritos de Leibnitz, *Meditatio iuridico-mathematica de interusurio*, 1683, y de Hoffmann, *Vom Interusurium*, 1731, y los más recientes de Oettinger, *Ueber die richtige Berechnungsweise des Interusuriums* (*Arch. f. civ. Pr.*, XXIX, 1846, páginas 33 y siguientes), y de Keil, *Das interusurium*, 1854. Para una exposición resumida y crítica, véase Brunetti, *Sui vari sistemi per calcolare lo sconto* (en *Scritti giur. varii*, I, páginas 46 y siguientes, Turín, 1915).

(3) A no ser que no lo consienta el acreedor, el cual puede oponerse a la deducción rechazando el pago anticipado, aunque el término se hubiere fijado en favor del deudor; la negativa a la aceptación no constituiría en mora al acreedor.



gado por error (1). Pierde el deudor el beneficio del término si resulta insolvente, o por hecho propio, disminuye las garantías ofrecidas al acreedor o no constituye las que hubiere prometido (art. 1.176), consecuencia ésta natural del principio fundamental, según el cual, el favor del término concedido al deudor no debe perjudicar los derechos del acreedor, exponiéndolo al peligro de ver, mientras espera, la satisfacción de su crédito, merma o insuficiente para pagarlo el patrimonio del deudor (2). El Juez no puede tampoco otorgar prórrogas o dilaciones al deudor; la facultad que muchas legislaciones antiguas (y aún hoy, en parte la francesa, Código civil, art. 1.244), concedían al Juez para otorgar moratorias o términos de gracia, se suprimió en nuestro sistema (Código civil, art. 1.173; Código de comercio, art. 290) que faculta al Juez para *fixar* un término; cuando no lo hubiere, o cuando su determinación se hubiere confiado al arbitrio del deudor, pero no para prorrogar el término fijado (3).

(1) La ignorancia del término no puede interpretarse como renuncia al mismo y no encuentra justificación el mayor valor con que se ha enriquecido el acreedor.

(2) Véase: Polacco, *Cenni sugli effetti della decadenza del termine disposto dall' art. 1.176 C. c.* (Riv. dir. comm., (1915, I páginas 93 y siguientes; *Obbli.*, 2.<sup>a</sup> edic., páginas 304 y siguientes; Bolaffio, *L'art. 1.176 Codice c. nelle sue attinenze col dir. comm.* (Mon. Trib., 1887, pág. 345); Norsa, *ib.*, pág. 453.

(3) La institución de la moratoria que existía en nuestro Derecho mercantil (artículos 819 y siguientes) tenía carácter excepcional, y aunque se enlazaba históricamente con la antigua moratoria, difería de ésta en muchos aspectos. Actualmente ha sido suprimida porque habiéndose experimentado sus funestos resultados, se abolió y substituyó por la institución del concordato preventivo; por el art. 42 de Mayo de 1903, núm. 197 sobre el concordato preventivo y sobre pequeñas quiebras, quedaron derogados los artículos 819-829 del Código de Comercio. Solamente puede incluirse en tal concepto la facultad reconocida al Juez para otorgar una delación a quien fuere demandado por un contrato bilateral para su resolución en virtud de la condición resolutoria tácita del art. 1.165. Durante la guerra, para hacer frente a las dificultades en que se hallaban los deudores, incluso los más solventes, y para impedir desastres y crisis económicas, se dictaron numerosas disposiciones (los llamados decretos de moratoria) que aplazaron los pagos; un Real decreto de Agosto de 1914, núm. 760, redujo la obligación de los Bancos de

f) *Lugar del cumplimiento* (1).—Del mismo modo que el tiempo, tiene importancia el lugar donde la prestación debe cumplirse y ello por razón del distinto valor económico que la prestación tiene, según se efectúe en uno u otro lugar o también por los efectos que la determinación de éste pueda producir en materia procesal (Código preliminar civil, arts. 91, 905).

También su determinación depende de la voluntad de las partes o de las disposiciones legales o de la naturaleza de la relación. Preferentemente decisiva es la intención de las partes (art. 1.249); si éstas fijaron por modo expreso un determinado lugar en éste, deberá cumplir el deudor la prestación y el acreedor recibirla. En defecto de esta determinación decidirá el carácter de la prestación por lo menos en aquellas prestaciones que no son concebibles fuera de un determinado lugar (por ejemplo, arrendamiento de obra de un artista teatral, obligación de conservar una carretera, etc.). En los demás casos de silencio de las partes, la regla general es que el pago se efectúe en el

reembolsar inmediatamente los depósitos y prorrogó el vencimiento de las letras de cambio; análogamente ampliando los términos y categorías de deudas, los Reales decretos de 16 de Agosto de 1914, núm. 821, 27 de Septiembre de 1914, núm. 1.303, de 24 de Noviembre de 1914, número 1.283, 20 de Diciembre de 1914, núm. 1.373, 28 de Marzo de 1915, número 316, etc., regularon minuciosamente la medida de los reembolsos, la obligación de los deudores cambiarios, el pago de intereses, las operaciones de reporte y a término sobre títulos y valores comerciales, la ejecución forzosa en Bolsa por dichas operaciones, etc. Una disposición más general fué la dada con el Decreto-ley de 27 de Mayo de 1915, número 739 y 25 de Julio de 1915, núm. 1.143, por la cual fué concedida a los comerciantes y sociedades mercantiles que justificasen mediante documentos o garantías suficientes el no haber podido pagar sus deudas por causas derivadas y de la guerra, y acreditarasen poseer un patrimonio activo, la facultad de obtener del Tribunal una dilación total o parcial que podía extenderse hasta sesenta días después de la firma de la paz, con la obligación, sin embargo, de pagar los intereses correspondientes según la tasa legal. Tales disposiciones han cesado en su vigencia.

(1) Ved Reatz, *Die Lehre vom Erfüllungsort*, 1882; Schulin, *Zur Lehre vom Erfüllungsort, und vom Gerichtstand der Oblig. nach rom. Recht*, 1879; Massol, *Du Lieu au payement, en dr. r. et en dr. fr.*, París, 1883; Leoni, *Solutionis locus* (en *St. per Schupfer*).

domicilio del deudor (art. 1.249). Se sobreentiende el domicilio actual, no aquel que el deudor tenía al tiempo de surgir la obligación. Sin embargo, como excepción de esta norma, se establece que cuando la obligación tenga por objeto una cosa cierta y determinada, el pago deberá hacerse en el lugar en donde estaba la cosa al tiempo de generarse el vínculo (art. 1.249); aplicaciones de este precepto son los artículos 1.468 y 1.508, respectivamente, a la venta, y el art. 1.859 referente al depósito; semejantemente, en orden al mutuo, el lugar de pago es aquel en donde se hizo el préstamo (art. 1.828). En las letras de cambio el lugar de pago es la residencia del librado en los vales cambiarios el lugar de la emisión (art. 253 del Código de Comercio) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— *Elemento subjetivo A) Quienes pueden pagar:* En primer término puede pagar el deudor, y en su nombre su derecho habiente, apoderado o representante legal (marido, padre, madre, tutor). Puede pagar también cualquiera persona interesada en el cumplimiento de la obligación (fiador codeudor) o no interesada con conocimiento o aprobación del deudor o ignorándolo éste u oponiéndose (art. 1.158 del Código civil).

El art. 1.161 sienta una excepción: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación.»

El pago hecho por un tercero extingue la deuda: genera una acción de reembolso en favor del *solvens*. Este puede reclamar del deudor lo pagado salvo si se hubiere hecho el pago contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso sólo puede repetir de éste aquéllo en que le hubiese sido útil el pago. La razón de ello es que, como observa Castán, el deudor primitivo podía tener alguna excepción que le librara del pago. Otro efecto del pago hecho por el tercero es el de subrogarse éste en ciertos casos en el lugar del acreedor satisfecho. La subrogación, según el art. 1.212, «transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». La subrogación implica un cambio de acreedor y éste no puede efectuarse sin la aprobación del deudor, el cual puede tener interés en que el acreedor primitivo no cambie. El art. 1.210 establece que la subrogación sólo se presume cuando el tercero paga con aprobación expresa o tácita del deudor, y el 1.159 preceptúa que el que paga por otro ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor o subrogarle en sus derechos.

*Capacidad para efectuar el pago.* Para que el pago sea válido se requiere que el *solvens* tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Si el pago consistiere en una cantidad de dinero o en cosa fungible no se podrá repetir contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe.

*Personas que pueden cobrar* (véase el art. 1.162 del Código civil).—

§ 75.—*Incumplimiento*

Brugi, *Inst.*, § 70; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 424, 549; Chironi, *Ist.*, II, §§ 274-281; Polacco, *Obblig.*, 80-123; Crome, *Obblig.*, §§ 12, 15, 17, 18; Zachariae, *Man.*, II §§ 287-302; Aubry y Rau, *Cours*, IV, §§ 308, 322, 331; Planiol, *Traité*, II, números 221 y siguientes; Windscheid, *Kand.*, II, I, §§ 263-272, 276-281, 283, 284.

Cuando la obligación queda incumplida total o parcialmente es esencial para determinar las consecuencias de orden jurídico tener en cuenta la causa que dió lugar al incumplimiento, pues

Cuando es válido el pago hecho a un tercero (artículos 1.164, 1.163, apartado 2.<sup>o</sup>).

Capacidad para realizar el cobro (artículos 1.163, 1.165).

*Condiciones del pago.* Identidad de la prestación. a) Obligaciones específicas (art. 1.166). b) Obligaciones genéricas (art. 1.167).

Integridad (art. 1.157). Indivisibilidad; cuando es admisible el pago por partes (art. 1.169). *Tiempo.* Cuando la obligación es pura, debe cumplirse, desde luego (art. 1.113), cuando es condicional en el momento de cumplirse la condición (art. 1.114) y si es a plazo cuando el día llegue (artículo 1.125).

*Lugar* (art. 1.171). *Gastos del pago* (art. 1.168).

*Formas de pago.* La imputación; cómo ha de hacerse (artículos 1.172, ap. 1.<sup>o</sup>; 1.172, ap. 2.<sup>o</sup>; artículos 1.173 y 1.174, ap. 1.<sup>o</sup> y 1.174, ap. 2.<sup>o</sup>).

*Oferta de pago y consignación.* No necesitan definición. *Casos de consignación* (art. 1.176). *Requisitos para su validez.* Ha de preceder el ofrecimiento de pago a la consignación en el caso de que dicha oferta de pago sea desechada por el acreedor (art. 1.176), anuncio de la consignación a los interesados (art. 1.177, ap. 1.<sup>o</sup>); subordinación de la consignación a las normas del pago (art. 1.177, ap. 2.<sup>o</sup>).

*Forma de realizar la consignación* (art. 1.178). Gastos de consignación (art. 1.179).

*Efectos que produce* (artículos 1.176 y 1.180, ap. 1.<sup>o</sup>). Efectos de la retirada de la consignación por exclusiva voluntad del deudor o con el consentimiento del acreedor (artículos 1.180, ap. 2.<sup>o</sup> y 1.181).

*Pago por cesión de bienes.* Requisito de la cesión judicial de bienes (ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.139). Idem de la cesión contractual (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1912). Sus efectos: Liberación de responsabilidad (art. 1.175); facultades que transmite (Sentencia de 11 de Mayo de 1912).

*Adjudicación o dación en pago.* Más que como forma de pago, Aubry y Rau, y el § 365 del Código civil alemán, la consideran como una *novación por cambio de objeto*. Las diferencias existentes entre la adjudicación y la cesión son, según Castán, las siguientes:

a) La adjudicación consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa, mientras que la cesión atribuye al cesionario la facultad de proceder a su venta y hacerse pago con el importe.

b) La adjudicación en pago extingue totalmente la obligación, mientras que la cesión de bienes sólo libera al deudor de responsabilidad en la cuantía de los bienes cedidos.

si bien por incumplimiento se quiere significar generalmente el que es imputable al deudor, el concepto más amplio del mismo abarca todo caso de inejecución. Y así como hay causas de incumplimiento imputables al deudor y causas que son ajenas a su voluntad, hay causas que determinan la inmediata extinción de la relación obligatoria y causas que transforman ésta substituyendo el objeto originario de la prestación por la indemnización de daños y perjuicios o añadiendo ésta a aquél, según se trate de incumplimiento total o parcial (1).

Dos hipótesis se ofrecen al incumplimiento en su acepción amplia. Puede la prestación no realizarse y ser ya imposible su realización, con imposibilidad absoluta, como, por ejemplo, ocurre cuando la cosa que debía entregarse haya sido destruída, o con imposibilidad relativa cuando el cumplimiento retardado de la prestación no beneficiara nada al acreedor, como sucedería en el caso de prestación de la obra de un artista, convenida para una determinada circunstancia; en ambos casos hay imposibilidad definitiva, no meramente transitoria. Puede contrariamente no haberse imposibilitado la prestación, sino retrasar su cumplimiento (mora), pudiendo derivar tal retraso del deudor que presta (*mora solvendi*) o del acreedor que ha de recibir la prestación (*mora accipiendi*). Este segundo fenómeno es más bien un incumplimiento temporal, y cuando concurren las circunstancias que determinan éste, no puede hablarse del primero. que presupone la sobrevenida imposibilidad de la prestación, Cuando surge, en cambio, el primero, no podrá hablarse de mora (2).

(1) Sobre las deficiencias de nuestra legislación, relativamente a los medios coactivos para obtener el cumplimiento específico de la obligación por el deudor (Cfr., artículos 1.220, 1.221 para las obligaciones de hacer y de no hacer). Véase Sarfatti, *Per una maggiore tutela delle obbligazioni di fare e di non fare (Studi per Chironi, I, páginas 481 y siguientes)*.

(2) En algunas obligaciones, la mora no es ni siquiera concebible en cuanto no se da la posibilidad de un retardo, porque la relación no admite más que una sola infracción: el incumplimiento. Así en las obligaciones de no hacer, en las que el cumplimiento consiste en no realizar el acto prohibido y el realizarlo, implica incumplimiento y la consiguien-

A ambas hipótesis corresponden las dos distintas doctrinas del incumplimiento y de la mora. Y así como esta última se subdivide a su vez en teoría de la mora del deudor y teoría de la mora del acreedor; la del incumplimiento se divide también en doctrina del incumplimiento culpable que genera la obligación de resarcir el daño y doctrina del incumplimiento sin culpa que extingue la obligación. A su vez el incumplimiento imputable al deudor puede reconocer por causa el dolo o la culpa de aquél, siendo en uno y otro caso diversas las consecuencias en orden a su responsabilidad. De este modo las doctrinas relativas a la mora y a la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación se entrelazan y completan, recíprocamente, coinciden en sus causas porque la causa extraña a la voluntad del deudor lo exonera tanto de las consecuencias del incumplimiento cuanto de aquellas otras de la mora, y en cambio es común a ambas la causa imputable al deudor. Coinciden también en cuanto a sus efectos que son en uno y otro caso la obligación de resarcir el daño; difiere, sin embargo, la aplicación particular de los principios que rigen la culpa y el resarcimiento. Examinando por separado ambas doctrinas, deben servir de supuestos precisos a su mejor inteligencia las nociones antes expuestas sobre los conceptos de cumplimiento íntegro y de resarcimiento de daños (1).

te imposibilidad de cumplir la obligación, porque el hacer no puede reducirse a un no-hacer. Por esto el art. 1.121 declara, respecto a ellas, que el deudor que las contraviene está obligado sin más a resarcir el daño por el simple hecho de la infracción, y es una consecuencia ulterior de ésta que no excluye la obligación de resarcir, la facultad concedida al acreedor de exigir que se destruya lo hecho, infringiendo la obligación o de ser autorizado a destruirlo a expensas del deudor (art. 1.222). En otros casos, en cambio, la mora se convierte sin más en incumplimiento definitivo, porque si la prestación es convenida para una determinada circunstancia, que pasa a ser momento esencial de la relación, el derecho del acreedor no resultaría satisfecho por la prestación realizada con posterioridad a aquella circunstancia. La prestación posible abstractamente se ha convertido en concretamente imposible.

(1) Toda la materia de la sobrevenida imposibilidad de la prestación en sus varias causas imputables y no imputables y en sus efectos ha sido objeto de nuevo y agudo análisis por Osti, *Revisione critica della teoria*

I. *Incumplimiento o imposibilidad de la prestación.*—Cuando el incumplimiento reconoce por causa la imposibilidad de la prestación (1), la obligación se extingue o se perpetúa transformada en otra encaminada a obtener el *id quod interest*, según que la causa de la imposibilidad (2) derive o no de la voluntad del deudor. Las causas que no dependen de la voluntad del deudor se resumen todas en el concepto del *caso fortuito*; las que dependen de aquélla y son, por tanto, imputables al deudor y determinan la responsabilidad de los daños, adquieren una eficacia y una importancia distintas, según que su supuesto sea la voluntad consciente de no cumplir la obligación (*dolo*) o solamente falta de la necesaria diligencia (*culpa*). La descendente

*sulla impossibilitá della prestazione* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, páginas 209, 313-417 y siguientes), y por Giovene, *Sulla impossibilitá della prestazione* (*Rivista dir. comm.*, 1919, I, 302, 402, 579 y siguientes). Véase también nel mismo Giovene, *Ancora sull impossibilitá della prestazione* (*Riv. dir. civ.*, XI, 1919, páginas 342 y siguientes) con réplica de Osti (*ib.*, pág. 352); Segré, *Sulla teoria della impossibilitá della prestazione* (*Riv. dir. comm.*, 1919, I, páginas 760 y siguientes).

(1) De lo tratado aquí se excluye la imposibilidad originaria de la prestación, porque ésta, como ya vimos oportunamente (§ 70) constituye un obstáculo al nacimiento de la obligación misma.

(2) También es indiferente la especie de imposibilidad con tal que ésta sea absoluta y permanente, no transitoria y pasajera, es decir, no eliminable. Puede ser la imposibilidad *objetiva*, o sea que afecte a la prestación en sí misma (la cual no puede darse en la obligación genérica) o *subjetiva* si se refiere a las condiciones personales del deudor o del acreedor, de modo que de no darse estas circunstancias personales, la prestación sería posible. Si es objetiva, la imposibilidad puede ser *natural o física*, cuando, por ejemplo, la cosa debida queda destruída o puede ser jurídica cuando la cosa queda extra-comercio. Si es subjetiva puede afectar a las condiciones personales del deudor cuando, por ejemplo, éste pierde la capacidad de enajenar o la aptitud física para realizar la prestación o puede también afectar a la relación concreta entre deudor y acreedor, como cuando la utilidad de la prestación desaparezca al variar la relación que es su supuesto. Puede ser finalmente *total* o *parcial* cuando la prestación por partes no altere el contenido de la obligación. Cada una de estas clases de imposibilidad puede venir determinada por caso fortuito, dolo, culpa y a cada una de ellas se aplicaran los principios expuestos en el texto en el cual se prescinde de esta particularidad.

graduación de la responsabilidad arranca de un máximo que consiste en el incumplimiento doloso consistente en la infracción voluntaria de la relación obligatoria y que disminuye cuando al deudor no sea imputable más que la mera negligencia para extinguirse en un punto en que la causa extraña excluye toda imputabilidad del sujeto.

a) *Dolo*.—Hay dolo en el incumplimiento siempre que el deudor, voluntaria y conscientemente, quebrante la obligación contraída, no cumpliéndola. Es este elemento intencional de la voluntariedad y el de la consciencia, lo que diferencia el incumplimiento doloso y el culposo; es el propósito, la intención de causar perjuicio al acreedor, lo que constituye la esencia de la conducta dolosa. Cuando concorra—como sucede con frecuencia—el propósito de obtener provecho para sí, el primer momento es el verdaderamente decisivo mientras que el segundo es solamente el motivo de la conducta dolosa; la existencia del primero se acredita sin necesidad de averiguar todo el proceso interno y los motivos remotos, en el acto mismo del incumplimiento, en cuanto que éste revela en el deudor una voluntad contraria a la que implica la obligación asumida.

La responsabilidad que deriva del incumplimiento doloso es la más amplia, y la razón se comprende fácilmente. El que maliciosamente contraviene la obligación asumida no puede equipararse a quien no la cumple por falta o defecto de negligencia.

El deudor está obligado a indemnizar todos los perjuicios, aun los no previstos e imprevisibles que el incumplimiento produce en el patrimonio del acreedor; en cambio, en el incumplimiento culposo la responsabilidad se limita a los daños previstos o previsibles (art. 1.228). Sin embargo, de conformidad con el principio general antes recordado, que excluye la responsabilidad por los daños indirectos que derivan del incumplimiento (que se admite, en cambio, en los que emanan de acto ilícito), los únicos daños resarcibles son los que, ya como daño emergente, ya como lucro cesante, constituyen o son consecuencia inmediata del incumplimiento (art. 1.229) (1). Sustraerse a esta

(1) Mandrioli, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso* (Riv. dir. comm., 1921, I, páginas 34 y siguientes).



responsabilidad no es jurídicamente posible mediante una previa renuncia a hacerla valer en su caso y esto constituye una importante diferencia de la responsabilidad por incumplimiento culposo: el pacto de *dolo non praestando*, hoy, como en el Derecho romano (1), es nulo y también lo es el pacto que autoriza a obrar contra las leyes de la honradez o los principios de la buena fe que rigen las obligaciones por atentar incluso a la existencia jurídica del vínculo obligatorio (art. 1.224).

b) *Culpa*.—Cuando aquel elemento de la intención manifiesta que es característico del comportamiento doloso falta en el acto humano productor del daño sin que esté ausente el elemento voluntario en el agente, se tiene la culpa (2); ésta presupone la voluntariedad del acto, del que derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad en el agente por no haber sabido prever y evitar los efectos dañosos del acto (3). Es, pues, culpa en su acepción técnica (que en sentido amplio comprende toda infracción legal y toda lesión del derecho ajeno y, por tanto, comprendería también el dolo) una conducta ilícita por falta de diligencia, por imprudencia, por incuria, una negligencia más o menos grave que produce un perjuicio y que hace, consiguientemente responsable a aquel a quien el acto es imputable.

(1) Ulpiano, fr. 1., § 7 E. 16, 3: *Illud non probabis dolum non esse praestandum si convenerit: nam hoc conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est ideo nec sequenda est*, cfr. 27, § 314, D. 214.

(2) La teoría de la culpa se ramifica en varios tratados: uno que tiene lugar aquí al hablar del incumplimiento de la obligación y el otro al hablar de los delitos y cuasi-delitos, Corresponden a ellos las dos figuras de culpa contractual y de culpa extra-contractual, pero para guardar la debida unidad expositiva, hablaremos de ambas. Bibliografía sobre la materia: Hasse, *Die culpa des röm. Rechts*, Bonn, 1838; Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité en dr. privé*, 1891; Mosca, *Nuovi studi o nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896; Bianchedi, *Contr. alla teorica della colpa* (*Arch. Giur.*, LXXX, 1908); Cogliolo, *La teoria della colpa* (en *Scritti di dir. privé.*, II, páginas 125 y siguientes). Véase también sobre el concepto del incumplimiento culposo, Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, páginas 417 y siguientes).

(3) Paulo, fr. 31. D. 9. 2: *Culpam autem esse quod cum a diligente provideri poteri non esset provisum*.

Ahora bien, esta conducta puede ofrecer aspectos y producir efectos muy diversos según el modo, la intensidad, la relación en que se da la negligencia, y resultan, por tanto, en este triple aspecto, tipos distintos de culpa.

α) Por el *modo* puede la culpa consistir en un acto positivo en el caso de haberse hecho algo que se estaba obligado a no hacer (*culpa in faciendo*), o en una omisión cuando no se hubiere hecho algo que se estaba obligado a hacer (*culpa in non faciendo*).

β) Por la *intensidad* puede variar la negligencia, según los casos, y partiendo de un mínimo apenas imputable, el más experimentado y prudente de los hombres llega a un máximo que linda con él sólo y que se equipara a él (1), representando la con-

(1) Suele expresarse esto diciendo que la culpa lata correspondiente a la negligencia grave se equipara al dolo, y son numerosos los textos romanos que expresan tal equiparación: fr. 29, pr. D. 17, 1: *dissoluta enim negligentia prope dolum est*; fr. 7, § 1, D. 26, 10: *lata negligentia quia iste prope fraudem accessit*; fr. 1. D. 11, 6.: *lata culpa plane dolo comparabitur*; fr. 1. § 2, D. 47, 4: *culpa dolo proxima dolum repraesentat*; fr. 35. D. 16, 3: *Latiorem culpam dolum esse*; fr. 226, D. 50, 16: *magna culpa dolum est*. Sobre esta norma véase Burckardt, *Sinn und Umfang der Gleichstellung vom dolus und lata culpa*, Göttingen, 1885; Kuhlenbeck, *Culpa lata dolum est* (en *Rechtsspr. d. Reichsgerichts*, páginas 220 y siguientes) y los escritos de mi llorado amigo, trágicamente desaparecido a consecuencia de la catástrofe de Messina, A. De Medio, *Studi sulla culpa lata in dir. rom.* (*Bull. ist. dir. rom.*, XVII, páginas 5 y siguientes, XVIII, páginas 260 y siguientes), *Valore e portata della regole: magna culpa dolum est* (*St. per Fadda*, II, páginas 223 y siguientes), quien se esforzó en demostrar que fué debida a los compiladores justinianos por lo menos la generalización del principio, el cual en el Derecho clásico tuvo, según él, un alcance particular y limitado siempre a la culpa contractual. Estrictamente enlazado con este punto, aparece el otro, si por ser nulo el pacto *dolo non praestando*, debe declararse nulo también el pacto de *culpa lata non praestande*; tal cuestión, que los más resuelven para el Derecho romano y el civil en sentido afirmativo débese, en nuestra opinión, resolver en el sentido de la licitud de semejante pacto. Véase Scialoja, *Obblig.* (Lecciones, 1898-99, páginas 342 y siguientes); De Medio, *Sulla validità del patto di non praestare la colpa grave* (*Foro it.*, 1906, pág. 25); Chironi, *Colpa contrattuale*, núm. 296 (2.<sup>a</sup> edi.), contra Polacco, *Obblig.*, pág. 471; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 464 y con ellos la mayoría de los autores.

ducta del hombre menos experimentado y diligente. Frente a esta infinita variedad de grado de negligencia surgió ya entre los romanos la necesidad de fijar algunos tipos determinados de diligencia para medir diversamente la responsabilidad del agente (1), y estos tipos fueron tres originariamente, si bien aumentaron luego en las escuelas romanísticas y de derecho común a cuatro, por haberse añadido como resultado de una errónea interpretación de los textos un mínimo grado de negligencia que correspondía a la llamada culpa levísima. Para determinar la prudencia y diligencia que debe exigirse de todo hombre en sus actos, se puede partir, en efecto, de un tipo medio y abstracto que corresponde al hombre normal y ordenado, y éste es el tipo clásico del *bonus paterfamilias* (2) que representa el hombre de diligencia media. Quien no emplea una tal diligencia, incurre en culpa, y la culpa que se relaciona con un tipo abstracto es la culpa llamada leve (*culpa levis*). Más allá de esta medida media, es concebible una negligencia que supere este mínimo de diligencia que observan los hombres que no llegan a tener la diligencia media: es la negligencia extraordinariamente grave, la incuria mayor (*nimia, magna negligentia*) (3) que corresponde a un grado más elevado de culpa (*culpa lata*). No se admite, en

(1) Hay autores que sostienen que la culpa es un concepto no graduable y que, como en el dolo, el tipo es siempre único; pero prescindiendo de las necesidades prácticas, que imponen una gradación en la responsabilidad, nada parece oponerse conceptualmente a la gradación de la culpa.

(2) Contra esta tradicional figura se ha revelado el Código alemán, que la abandonó por demasiado indeterminada e imperfecta, substituyéndola por la fórmula «diligencia exigida en las relaciones ordinarias». Tal abandono no parece feliz ni útil. Véase Fadda, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa* (*Atti R. Acc. di Sc. di Napoli*, XXXII, 1901, páginas 143 y siguientes), y sobre la fórmula alemana Wendt, *Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXXVII, 1897, páginas 422 y siguientes). Sobre las numerosas y fáciles aplicaciones prácticas de la tradicional figura del hombre diligente medio, especialmente en el campo del Derecho mercantil, véase Cogliolo, en *Scritti vari*, I, páginas 197. 411 y siguientes, II, páginas 149 y siguientes.

(3) Ulpiano, fr. 213. § 2. D. 50, 16. *Lata culpa et nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*, cfr. 223. fpr. D. eod.

cambio, más acá, un grado inferior, porque no interesa medir la culpa de intensidad media a base de otros tipos abstractos de hombres especialmente diligentes. Sin embargo, y a causa de algunos textos en que se habla de una *levissima culpa* (1) y de un *diligentissimus paterfamilias* (2), los glosadores, y tras ellos todos los juristas (3), respondiendo a su afán de simetría lógica, añadieron un tercer grado que consistía en la mínima negligencia, imputable a quien no hubiere empleado la diligencia máxima, que es propia tan sólo de los hombres singularmente expertos y previsores (*culpa levissima*). Correspondientemente a esta triple graduación de la culpa, idearon una tripartición de las relaciones obligatorias, basada en la utilidad que obtiene el acreedor solamente, o tan sólo el deudor o ambas partes, encerrándola en una fórmula general, pero errónea (porque no es adecuadamente aplicable a todos los casos particulares), y afirmando que en la culpa contractual el deudor debe responder de la *culpa lata* en aquellas relaciones en que el interés único es del acreedor, de la *levissima* en aquellas otras en que el deudor es el único interesado, y de la *leve* en aquellas en que aparecen interesadas ambas partes.

Al lado de estos grados de culpa en abstracto, habrá que situar un tipo diverso de negligencia que no se subordina a aquellos, sino que responde a un criterio totalmente distinto y es independiente de la anterior clasificación y no susceptible de graduación alguna. Es esta la llamada *culpa in concreto* (4) que no se mide por referencia al tipo abstracto del hombre diligente,

(1) Fr. 44, D. 9. 2. *In lege Aquilia et levissime culpa venit.*

(2) Fr. 18. pr. D. 13. 6: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet.*

(3) Véanse Polacco, *La culpa in concreto nel vigente dir. it.*, Padova, 1894; Perozzi, *La culpa in concreto (Tem. Ven.*, 1896, páginas 477 y siguientes); Nutzenbecher, *Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto*, Berlín, 1896; Sertorio, *La culpa in concreto nel dir. rom. e nel dir. odierno*, Torino, 1914.

(4) Ved, por ejemplo, fr. 25, § 16, D. 10. 2. *talem igitur (coheres) diligentiam praestare debet qualem in suis rebus*, fr. 72. D. 17. 2. *Sufficit etenim (socius) talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet*; fr. 18 pr. D. 13. 6. fr. 17 pr. D. 23. 2.