

SECCION III.—De la remisión de la deuda.

§ I.—COMO SE VERIFICA LA REMISION.

333. La remisión de la deuda es una renuncia que hace el acreedor de sus derechos en provecho del deudor. Puede tener lugar á título oneroso ó á título gratuito. Por lo común, entiéndese por remisión un abandono gratuito del crédito hecho por el acreedor. La renuncia á título oneroso es rara, ó para hablar con más propiedad, se confunde con otros hechos jurídicos. Si el acreedor renuncia á los derechos que le da una obligación, mediante otra nueva que substituye á la primera, hay novación. Si recibe inmediatamente, en pago de lo que se le debe, otra cosa que lo constituye el objeto de la obligación, hay dación en pago. (1) Acabamos de tratar de la novación; la dación en pago se equipara á la venta; en cuanto á las diferencias que las distinguen, las expondrémos en el título "De la Venta." Así, pues, consideramos la remisión como un acto gratuito.

334. La primera cuestión que se presenta es la de saber si la remisión gratuita es una donación. Es clarísimo que es una liberalidad. Si Pedro me debe 1,000 francos, y yo le hago remisión de la deuda, equivale á que yo reciba primero los 1,000 francos, y en seguida los devuelve á título de donativo al deudor: la remisión ahorra inútiles tradiciones.

Vamos á tomar algunos ejemplos á la jurisprudencia. El acreedor del censo hace remisión de los vencimientos durante toda su vida; dona al deudor su título de crédito; además, la renuncia á los vencimientos, estaba comprobada por un documento privado. En este caso, la tradición del título equivalía á la remisión de los valores. (2)

Un tío cede gratuitamente á su sobrino sus estable-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 433, núm. 230 bis III.

2 Orléans, 21 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 63).

cimientos industriales y mercantiles, redactando un documento privado en el que declara que dona á su sobrino la suma de 309,737 francos que le queda debiendo, con la condición de que él le sirva los réditos hasta su muerte, y con otra más, que la donación se anularía si él sobreviviese á su sobrino. El donatario registró en sus libros esa declaración. Se tiraron escrituras por indicación y voluntad del donado. (1) Ellas hacían las veces de tradición.

335. Como la remisión gratuita es una liberalidad ¿debe inferirse que esté sometida á las reglas que la ley establece para las donaciones entre vivos? Hay que distinguir. La remisión gratuita no está sujeta á las formas de las donaciones, lo que resulta de los arts. 1,282 y 1,283. La ley admite que la remisión puede ser tácita, lo que excluye toda solemnidad. ¿Por qué el Código dispensa la remisión de la observación de las formalidades que prescribe para la existencia de las donaciones entre vivos? Contesta Toullier que la remisión se ha favorecido siempre de tal manera que, aunque sea una verdadera donación, nunca se ha exigido forma alguna para su validez. (2) No se nos dice cuál sea la razón de ese favor. Ciertamente es que la ley favorece el descargo del deudor, pero lo favorecido es el descargo por vía de pago; como la exoneración gratuita de una liberalidad; no se comprende por qué la ley había de favorecerla siendo que ve á las donaciones con verdadero disfavor; y una donación indirecta hecha en la forma de remisión no merece más favor que una donación ante notario. Quizá sea la razón que la remisión equivale á un donativo manual, por ser ficticia la tradición; y los donativos manuales siempre han estado libres de toda solemnidad. Ya no había razón para exigir una escritura autén-

1 Casación, 2 de Abril de 1862 (Daloz, 1863, 1, 454).

2 Toullier, t. IV, 1, pág. 257, núm. 323.

tica para la remisión de una deuda de 1,000 francos, como no lo hay para la donación de análoga suma que se hace de mano á mano.

Queda por saber cómo se probará la remisión. Supuesto que no es un acto solemne, queda por lo mismo bajo el dominio del derecho común en lo concerniente á la prueba. En los ejemplos que hemos citado, había escritos, y, además, tradiciones de títulos. Esto no es necesario y aun ha dado lugar á dificultades. Se ha atacado la liberalidad como nula en la forma; tales pretensiones no se han aceptado y con razón. Desde el momento en que la remisión no es un acto solemne, el escrito solo sirve para la prueba; importa poco que el acreedor haya declarado que ha donado, porque dona siempre que hace remisión de la deuda, pero no por eso la remisión es una donación entre vivos en cuanto á la forma. Luego puede probarse por un documento privado ó por testigos y presunciones si hay un principio de prueba por escrito. (1)

Existen casos en que es dudoso el hecho de la remisión. Un militar, en momentos de salir para el ejército de Waterloo, encarga á un amigo, para el caso en que muriese, que entregue á su hermano sus títulos y un recibo finiquito de 18,000 francos. Lo matan. ¿Era válida la remisión? Había una dificultad muy seria en cuanto á la aceptación de la liberalidad, y más adelante la trataremos con algún detenimiento. Se atacó además la remisión, porque estaba subordinada á la condición del fallecimiento; lo que la volvia revocable, y, por lo tanto, nula. Se ha fallado que la remisión era válida y la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada apelación, por motivo de que la remisión no está sujeta á forma alguna, y que, por lo mismo, puede ser simple ó condicional, directa ó por intermedia-

1 Denegada, 2 de Enero de 1843 (Dalloz, núm. 2,555). Compárese Lieja, 12 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 357).

rio. (1) La decisión nos deja algunas dudas. Atacábase la liberalidad por nula, tanto en el fondo como en la forma. ¿Era una donación? No, porque no había aceptación y no era irrevocable. Cierta es que puede hacerse una donación condicional, pero la donación condicional debe también aceptarse, y la condición no debe ser tal que haga revocable la donación.

336. Lo que acabamos de decir supone que la remisión está sujeta á todas las reglas que rigen las donaciones, con excepción de las concernientes á las formas. Esto no es dudoso. Toda liberalidad es una donación desde el momento en que hace salir un bien del patrimonio del que la hace; así, pues, la remisión debe estar sometida á los principios generales de las donaciones en tanto que la ley no la deroga. Así es que es preciso ser capaz de disponer á título gratuito para hacer una liberalidad en forma de remisión; es preciso ser capaz de recibir para recibir una liberalidad en esa forma. La remisión es en principio irrevocable, salvo en los casos en que la ley admite la revocación de las donaciones. En esto hay alguna contradicción en la doctrina del Código; éste favorece la remisión de la deuda dispensándole de todo género de formalidades, y, por otra parte, mantiene el principio riguroso, y, en cierto concepto excepcional, de la irrevocabilidad. Por último, la remisión está sujeta á reducción como toda liberalidad indirecta. (2)

Esta doctrina es de tradición. Pothier enseña que la remisión es una donación, y de esto infiere que, para que sea válida, el deudor á quien se hace no debe ser una persona á quien las leyes prohíben que done. Así es que, dice él, un

1 Denegada, 2 de Abril de 1823 (Dalloz, *Disposiciones*, núm. 1649). Compárese Duranton, t. XII, pág. 458. núm. 357, y t. VIII, número 395.

2 Duranton, t. XII, pág. 450 y siguientes, núms, 341-355.

enfermo no podría hacer una remisión á un médico durante la enfermedad que le origina la muerte. (1)

Resulta de esto que existe una gran diferencia entre la remisión y el pago. Los que tienen calidad para recibir un pago, no por eso la tienen para hacer remisión. Tales son los administradores legales, el tutor; el padre, el marido, no pueden disponer á título gratuito de los bienes de aquellos cuyo patrimonio administran; así es que no pueden hacer remisión. Se ha fallado que el mandato de recibir el reembolso de un crédito no confiere al mandatario el poder de hacer remisión al deudor de una parte de dicho crédito. ¿Resulta de esto, como se pretendía, que el reembolso es nulo por el total? La Corte de Casación ha resuelto, y con razón, que los poderes dados al mandatario, por ser generosos, él podía recibir un pago parcial, salvo al mandante el reclamar el pago de lo que se le quedaba debiendo. (2)

337. ¿Exige la remisión el concurso del consentimiento del deudor? Cuando se hace á título oneroso, no es dudosa la afirmativa; la novación y la dación en pago son convenios que exigen el consentimiento del acreedor y del deudor. Pasa lo mismo con la remisión que se hace á título gratuito, porque la donación es también un contrato. Síguese de aquí que la remisión hecha por el acreedor solo no es más que una simple oferta; él puede revocarla, en tanto que el deudor no lo haya aceptado. El Código consagra la aplicación de estos principios, en lo que concierne á la remisión de la solidaridad. El acreedor hace remisión de la solidaridad cuando pide á uno de los deudores solidarios su parte en la deuda; pero la sola demanda no es suficiente, porque no es más que una oferta; para que haya remisión es preciso que el deudor asiente ó que haya un

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 622.

2 Denegada, 24 de Junio de 1867 (Daloz, 1868, 1, 29).

juicio de condena; es decir, que haya un contrato judicial. (1)

Tal es la opinión general de los autores modernos. En el antiguo derecho, la cuestión era debatida. Barbeyrac sostenía que el acreedor podía disponer de su crédito, como un propietario de la cosa, sin el consentimiento de nadie. La respuesta de Pothier es un poco embarazada. El combate la doctrina de Barbeyrac bajo el punto de vista práctico, á la vez que reconoce que un acreedor que tuviese una voluntad de abdicar su crédito podría, por su sola voluntad, extinguirlo. (2)

No lo creemos así. Hay una dificultad de teoría. El propietario puede abdicar, por su sola voluntad, un derecho de propiedad, un derecho real; ¿por qué no puede abdicar un derecho de crédito? En otro lugar hemos contestado la objeción. La propiedad y sus desmembramientos crean un vínculo directo entre el propietario y su cosa; el propietario está en libertad para romper dicho vínculo, y no necesita del consentimiento de nadie, porque nadie tiene interés en el abandono que él hace. Cosa diferente pasa con el acreedor; su crédito se deriva de una obligación; y ésta se constituye por el consentimiento de las partes contrayentes; no corresponde á una de las partes interesadas romper ese vínculo; los convenios, dice el art. 1,334, no pueden revocarse sino por el mútuo consentimiento de los que lo celebran ó por las causas que la ley autoriza ¿Se dirá que depende del acreedor arrojar su título ó destruirlo, así como el propietario puede arrojar su cosa ó destruirla? La objeción no es seria. El derecho del acreedor no consiste en el escrito que retiene y que puede lacerar ó arrojar; consiste en un vínculo jurídico que el concurso del

1 Duranton, t. XII, pág. 458, núm. 357. Colmet de Santerre, to. mo V, pág. 432, núm. 230 bis I.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 614. Toullier, t. IV, 1, página 255, núm. 321.

consentimiento ha formado y que sólo el consentimiento mútuo puede disolver. (1)

338. Así, pues, la remisión debe ser aceptada por el deudor. No hay que entender por aceptación el modo solemne de aceptar que el Código prescribe para las donaciones (art. 932); la aceptación expresa se refiere á la solemnidad de las donaciones, y la renuncia de la deuda no es un acto solemne. La aceptación es un simple consentimiento, cuya manifestación está regida por el derecho común. También conforme al derecho común hay que decidir la cuestión de saber si la aceptación del deudor debe ser conocida del acreedor para que se forme el convenio. En otro lugar de esta obra hemos dicho que la cuestión es controvertida; en nuestra opinión, el concurso de voluntades no existe sino cuando la aceptación es conocida del que hizo la oferta; en la opinión contraria es suficiente el hecho solo de la aceptación. (2)

La jurisprudencia admite con demasiada facilidad la aceptación del deudor. Se lee en una sentencia de la Corte de Limoges, confirmada por la Corte de Casación, que la cuestión de saber si la remisión, para ser válida, debe ir seguida de aceptación es susceptible de controversia. Nó, no hay controversia posible en un punto que es de evidencia; á tanto equivaldría que se discutiese la necesidad del consentimiento del comprador ó del vendedor. La Corte de Limoges agrega que en todo caso la aceptación puede ser tácita; así como también se puede presumir é inferir de las circunstancias. Nosotros contestamos que la aceptación nunca se presume, porque equivaldría á presumir el consentimiento. No tiene duda que el consentimiento

1 Véase el tomo VII de estos *Principios*, núm. 72.

2 Mourlon, t. II, pág. 746, núm. 1,424. Colmet de Santerro, t. V, pág. 434, núm. 230 bis IV. Compárese el tomo XV de estos *Principios*, núm. 479.

puede ser tácito. ¿Pero lo era en el caso de que se trataba? El acreedor, hermano del deudor, había hecho remisión de su título á un amigo al salir para el ejército de Waterloo; el deudor pretendía haber contestado inmediatamente que aceptaba la remisión. Pero esto es una simple afirmación, y afirmar no es probar. El consentimiento era supuesto, y, por lo tanto, nulo. (1)

339. La remisión puede ser tácita. Tal es el derecho común para los contratos que no son solemnes. El Código prevee dos casos de remisión tácita, ó, por mejor decir, dos presunciones de descargo, porque los arts. 1,282 y 1,283 no son exclusivamente concernientes á la remisión gratuita de la deuda; ellos establecen una presunción de liberación que resulta de que el acreedor entrega al deudor el documento que hace constar su crédito. ¿Prueba esa presunción que hay pago? ¿prueba que haya liberalidad? La cuestión es debatida. Vamos á examinarla explicando esos dos artículos que han dado margen á más de una dificultad. Es conveniente tratarlos separadamente, porque no tienen por objeto único la remisión de la deuda; según la común opinión, ellos establecen más bien una presunción de pago que una presunción de liberalidad. Así es que, cosa singular, la sección de la remisión de la deuda se abre con dos disposiciones, de hecho al menos, estrañas á la remisión que se hace de la deuda á título gratuito.

§ II.—DE LAS PRESCRIPCIONES DE LIBERACIÓN ESTABLECIDAS POR LOS ARTS. 1,282 Y 1,283.

Núm. I. Casos en los que la ley presume la liberación.

340. Los arts. 1,282 y 1,283 están concebidos en estos términos:

1 Limoges, 9 de Agosto de 1821, y Denegata, 2 de Abril de 1823 (Daloz *Disposiciones*, núm. 1,649 . Compárese Paris. 1º de Marzo de 1826 (Daloz, *ibid*, núm. 1,642, 2.º)

“La entrega voluntaria del título original bajo firma privada por el acreedor al deudor, da fe de la liberación.”

“La entrega voluntaria del testimonio del título hace presumir la remisión de la deuda ó el pago sin perjuicio de la prueba en contrario.”

La palabra “entrega” en estos artículos significa unas veces la tradición del título hecho por el acreedor al deudor, otras la liberación del deudor consentida á título gratuito por el acreedor y aceptada por el deudor. Es penoso que la lengua francesa no tenga otra palabra que exprese la idea de tradición; para evitar la anfibiología, se ha propuesto la expresión “restitución;” pero “restituir” no es sinónimo de “entregar.” Vale más aún emplear la palabra “tradición,” aunque no dé del todo la idea inherente á la entrega de la escritura privada ó del testimonio; porque, en derecho francés, la tradición implica la ejecución de la obligación que incumbe al deudor de entregar la cosa, y, en el caso de que se trata, no es el deudor quien entrega, sino el acreedor.

¿Por qué la ley atribuye una presunción de la liberalidad á la tradición que el acreedor hace de su título al deudor? El escrito constituye la prueba del derecho que tiene el acreedor contra el deudor; despojarse de tal prueba entregando la escritura al mismo contra el cual está destinado á establecer una obligación, es manifestar la voluntad de no hacer valer su derecho, sea que el derecho ya no exista si el deudor ha pagado, sea que el acreedor haga su remisión gratuita al deudor. Hay, pues, mucha probabilidad de que el deudor esté descargado ó por el pago que ha hecho ó por la liberalidad que ha recibido. En esta probabilidad la ley establece la presunción de liberación. Si ha habido pago, la presunción de liberación se justifica perfectamente, porque el uso es que el acreedor entregue al deudor el título que comprueba la deuda extinguida, porque ésta dis-

pensa á las partes de hacer escritura de pago. La presunción de liberación se justifica, además, cuando el acreedor quiere hacer una liberalidad á su deudor; la tradición del título reemplaza, en este caso, la tradición de la cosa donada, tradición que es necesaria cuando la donación no está hecha por escritura notariada. La fuerza probatoria de la presunción de liberación difiere, por lo demás, según que se trate del título en documento privado ó de un título auténtico. Más adelante insistiremos sobre este punto.

341. ¿Cuáles son los requisitos para que exista la presunción de liberación? El art. 1,282 los determina de una manera positiva. Se necesita 1.º entrega del título; 2.º esta entrega debe ser voluntaria; 3.º debe hacerla el acreedor; 4.º el acreedor debe entregar el título al deudor. El art. 1,283 es menos explícito, pues habla únicamente de la "entrega voluntaria" del testimonio, sin agregar "por el acreedor al deudor." ¿Quiere decir esto que la entrega del testimonio sería prueba de la liberación, aun cuando no fuese hecha por el acreedor al deudor? Esto carecería de sentido, porque la entrega del acreedor al deudor es lo que hace probable la liberación del deudor como acabamos de expresarlo: hecha por otro cualquiera que no fuese el acreedor á otro que no fuese el deudor, la presunción carecería ya de fundamento, dejaría de tener razón de ser. Si el artículo 1,283 no repite las palabras "por el acreedor al deudor" es porque los autores del Código no gustan de repeticiones; esta preocupación de estilo está fuera de lugar cuando origina dudas; hay que decir entonces con Talleyrand que las cosas que se entienden sin decirse se entienden mejor diciéndolas. En el art. 1,283, la redacción, aunque defectuosa, no deja duda alguna. (1) La jurisprudencia se halla en este concepto como vamos á decirlo.

1 Larombière, t. III, pág. 583, núm. 5 del art. 1,283 (Ed. B., tomo II, pág. 384).

342. Se necesita desde luego entrega del título original bajo firma privada ó del testimonio del título auténtico. Cuando se trata de un documento privado, la ley exige la entrega del original; es decir, del escrito formulado por las partes; este escrito es lo que constituye la minuta, y no existe otro más. Cuando las partes mandan tirar una escritura auténtica, la minuta es el original; queda en poder del notario á quien le está prohibido deshacerse de ella, salvo en los casos previstos por la ley; las partes reciben una copia de la minuta revestida con la fórmula ejecutoria, y esto es lo que se llama el testimonio. Hay casos en que el crédito está comprobado por un fallo; la minuta queda depositada en el archivo, las partes no reciben más que una copia en la forma de despacho; por lo que hay que aplicar á los fallos lo que la ley dice del testimonio en general; la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1).

Hay escrituras auténticas que se entregan al acreedor en minuta ó en despacho; ¿la entrega que de ellas hace el acreedor al deudor cae bajo la aplicación del art. 1,282? Pothier las coloca en la misma línea que el título original bajo firma privada y tal es también la opinión de los autores modernos. Esto no es dudoso. ¿En vano se ajustaría uno á la letra de la ley invocando el principio de que las presunciones legales son de la más estricta interpretación? La interpretación es estricta, sí; pero siempre hay lugar á interpretación. Ahora bien, cuando la ley habla del título original bajo firma privada y cuando atribuye á la entrega de dicho título una presunción de liberación, es porque el acreedor se despoja en favor del deudor de la única prueba literal que contra él tiene. ¿Qué importa que esa prueba

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 206 y nota 29, pfo. 323. Sentencia de la Corte de Casación de Hesse-Darmstadt de 24 de Julio de 1858. (*Belgica jud.*, t. XVII, núm. 689).

única resulte de un despacho ó de un documento privado? El resultado es el mismo, y, por consiguiente, el pensamiento del acreedor debe ser el mismo. Así, pues, el caso es idéntico.

El art. 1,283 exige la entrega del "testimonio" para que haya presunción de liberación. ¿Puede extenderse esta disposición al caso en que el acreedor entregara al deudor una copia simple; es decir, que no esté revestida del mandamiento de ejecución? Nó, porque en esto habría interpretación extensiva, lo que no es permitido en materia de presunciones legales. Hay, en efecto, una razón de diferencia entre el testimonio y una simple copia; el acreedor no puede procurarse otra copia sin el consentimiento del deudor y con la intervención del juez; mientras que el notario puede dar al acreedor tantas copias cuantas pida; así, pues, la entrega de una copia simple no podía engendrar una probabilidad, ni, en consecuencia, ninguna presunción de remisión. (1)

343. Los arts. 2,285 y 1,283 exigen que la remisión sea "voluntaria." Maleville y después Toullier dicen que la palabra "voluntaria" es un pleonasma; la sola palabra entrega, según ellos, anuncia esencialmente la voluntad de poner el título en la posesión del deudor. (2) No tiene duda; pero la presunción de liberación se funda no solamente en el simple hecho de la toma de posesión, sino en la voluntad de descargar al deudor, y esta intención es la que la ley exige al agregar la palabra "voluntaria." Encontramos esta palabra en otra disposición y con análoga significación. Según los términos del art. 1,235, el deudor no puede repetir lo que "voluntariamente" ha pagado para cubrir una deuda natural: voluntariamente; es decir, con la intención de pagar una deuda natural. Según el art. 1,338, la con-

1 Duranton, t. XII, pág. 469, núm. 355 y todos los autores.

2 Toullier, t. IV, pág. 280, núm. 327.

firmación tácita resulta de la ejecución "voluntaria" de la obligación; es decir, de la ejecución que implica la intención de reparar el vicio de que está manchada. Esta interpretación de la ley se funda también en la razón; puede muy bien el acreedor entregar el título al deudor sin que tenga la voluntad de despojarse de la prueba, lo cual sucedería si la entrega se hiciese á título de depósito, de mandato. El acreedor encarga al deudor que gestione sus negocios; le entrega todos sus papeles, inclusive el título que comprueba su crédito contra el deudor; ¿habrá en esto presunción de liberación? Ciertamente que no. Hay, no obstante, toma de posesión, pero la entrega no es voluntaria en el sentido de la ley. (1)

344. El acreedor debe hacer la entrega. Si hace hace un tercero sin mandato del acreedor, ya no puede tratarse de una presunción de liberación; esto es de toda evidencia cuando el acreedor quiere hacer una liberalidad; él, ó un tercero por orden suya, deberá entregar el título al deudor, supuesto que esta tradición del donador es lo que, en el caso de que se trata, constituye la donación. Si se pretende que la entrega tuvo lugar después del pago, se necesita, además que el acreedor, ó un tercero á sus órdenes, haya entregado el título para que de esto pueda inferirse una probabilidad de pago.

Los tribunales han aplicado algunas veces las presunciones de los arts. 1,382 y 1,383 al caso en que no se trataba de una presunción de liberación, sino de un pago real hecho al que no tenía poder de recibir. Lo que entonces se pone en tela de juicio es la validez del pago, y se subentiende que un pago recibido por quien no tenía calidad para recibir no puede validarse por la entrega del título, cuando dicha entrega se hace por otro que no es el acree-

1 Colmet de Santerre. t. V, pág. 435, núm. 231, bis III. Denegada, 28 de Agosto de 1844 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,582, 1°)

dor y sin su mandato. Se hace el pago á un notario que da al deudor el testimonio del título: ¿puede el deudor invocar la presunción del art. 1,283? Nó, porque no es el acreedor quien le ha entregado su título, sino un tercero que no tenía calidad ni para recibir ni para entregar el testimonio. En realidad, no se trata de probar la liberación por una presunción; existe un pago, pero un pago irregular hecho á quien no tenía poder para recibir á nombre del acreedor. Este pago es nulo, y la nulidad ciertamente que no puede cubrirse con una presunción que tiene aplicación al caso. (1)

Un agente de negocios tiene el encargo de conseguir un fallo condenatorio ó una factura de colocación; ¿tiene mandato de recibir la suma asignada? Nó. Sin embargo, él recibe, expide recibo al deudor y le entrega el sumario del fallo ó la factura. El deudor invoca el art. 1,283. La Corte de Casación falló que el art. 1,283 es inaplicable á un caso en que la entrega del título no la ha hecho el acreedor. Nuevamente se trataba, no de una presunción de liberación, sino de un pago irregular; el acreedor podía pedir un nuevo pago, salvo que el deudor probase que el pago había sido ratificado por el acreedor ó que le había sido provechoso. (2)

Un padre paga la deuda de su hijo y le entrega el título. Se pide la cuenta de lo que el padre ha pagado por uno de sus herederos. ¿Puede éste oponer el art. 1,282 y decir que la entrega del título prueba la liberación? La Corte de casación resolvió, y esto es evidente, que el artículo 1,283 estaba fuera de caso; el título no había sido entregado por el acreedor al deudor; luego el art. 1,282 era inaplicable. Este era el caso previsto por el art. 851, por cu-

1 Douai, 27 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1852, 2, 161).

2 Casación, 23 de Julio de 1828 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 1.709)

vos términos débese la cuenta de lo que se ha empleado en el pago de las deudas de un heredero. (1)

345. Por último, el título debe entregarse al deudor. Si se ha entregado á un tercero que no tiene ningún mandato del deudor, no es aplicable la presunción de liberación. En vano se diría que el acreedor se despoja, no obstante, de la prueba literal que tenía contra su deudor; la ley no se conforma con este hecho para inferir una presunción de liberación; puesto que se trata de saber si el deudor está descargado, es preciso que el hecho tenga relación con el deudor y que el hecho manifieste la voluntad de descargarlo. Luego la entrega del título á otra persona que no sea el deudor no podía implicar ninguna presunción de liberación. Una casa de banco es deudora; se descubre que uno de los accionistas retiene el título y que á él se había hecho la entrega; si él no ha obrado como mandatario de la sociedad, la entrega del título será inoperante: porque las partes no se hallan dentro del texto de la ley, y fuera del texto, no podría haber presunción legal.

346. Los arts. 1,282 y 1,283 hablan de la entrega hecha por un acreedor á su deudor. Esto implica un contrato unilateral, un deudor y un acreedor. La ley no tiene aplicación á un convenio bilateral. Desde luego, el texto es inaplicable. El art. 1,282 supone que hay un título bajo firma privada; en un convenio bilateral, hay dos acreedores y cada uno tiene su título; hay dos deudas correlativas, de las que una es condición de la otra. En tal situación no se comprende la aplicación del art. 1,282; cada una de las partes debería entregar su duplicado á la otra, y si, como se acostumbra, cada duplicado iba firmado por las dos partes contrayentes ¿de que serviría esa entrega recíproca? Hay más. Los contratos sinalagmáticos no pueden extin-

1 Denegada, 24 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 133).

guirse por una presunción de liberación. Desde el momento en que la venta es perfecta, la propiedad de la cosa vendida, si es un cuerpo cierto, se transmite al comprador. Todo queda consumado. No tiene duda que el vendedor puede hacer entrega á título gratuito del precio á que tiene derecho, pero no por eso la propiedad dejará de transferirse al comprador, y si, en la intención de las partes, la entrega del precio debe tener por consecuencia la restitución de la cosa, es decir, la renuncia de cada una de las partes á la venta, esa voluntad no podrá recibir su ejecución sino por un nuevo contrato que operará una nueva translación de propiedad. La Corte de Lieja ha fallado, pues, muy bien al resolver que los arts. 1,282 y 1,283 no se refieren sino á convenios unilaterales que presentan, de un lado, un acreedor y del otro un deudor; son extraños á la remisión de un título que compruebe un convenio bilateral. la entrega del testimonio ó de los duplicados bajo firma privada no tendría por efecto la liberación de las dos partes; ellas, sin duda, están en libertad de renunciar á su convenio, pero esto no puede hacerse por una simple restitución de títulos, sino que se necesita un nuevo convenio. (1)

347. Es de jurisprudencia que la presunción de liberación que resulta de la entrega voluntaria del testimonio del título se aplica al notario que entrega á su cliente el testimonio de la escritura cuyo costo se le debe: se reputa que este costo se pagó al notario por efecto de la entrega. La Corte de Casación dice que la escritura por cuyo motivo se deben los gastos, constituye el título de éstos en el sentido del art. 1,283. (2) Esto nos parece dudoso, porque acaso no es extender la presunción legal de liberación á

1 Lieja, 13 de Diciembre de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 265). Duranton, t. XII, pág. 467, núm. 338.

2 Denegada, 26 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 160); Denegada, Sala de lo Civil, 6 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 253). Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 210, nota 44, pfo. 323.

un caso para el cual no se ha establecido? Cuando la ley atribuye una presunción de liberación á la entrega del título que el acreedor hace á su deudor, da á entender un título que se ha formulado para que sirva de prueba al acreedor contra el deudor; ahora bien, es de todo punto palmario que el testimonio de la escritura recibida por el notario no tiene por objeto servir de prueba al oficial público que se le deben sus honorarios; la escritura se ha tirado, no por interés del notario, sino por interés de las partes contrayentes. Luego no se está dentro del texto de la ley: el testimonio prueba únicamente que se ha tirado una escritura y que se deben unos honorarios, pero la entrega del testimonio no es una presunción de liberación á favor del cliente. ¿La Corte de Casación no ha confundido las presunciones del hombre con las presunciones legales? Pueden existir presunciones que resulten de hechos y circunstancias á favor del cliente, él puede invocar esas presunciones en todos los casos en que la prueba testimonial es admisible, pero no puede prevalerse de una presunción legal que él no ha escrito.

348. ¿Existen otras presunciones de liberación? Las presunciones legales son de la más estricta interpretación. Este principio resulta de la definición misma que el Código da de la presunción legal: es la que dice el art. 1,350, está ligada por una ley "especial á ciertos actos ó á ciertos hechos." Tales son los casos en los cuales la ley hace resultar la liberación de ciertas circunstancias determinadas. Los arts. 1,282 y 1,283 determinan estas circunstancias: esto es decisivo. El deudor no puede invocar otros. El Código mismo aplica este principio al decir que la "remisión de la cosa dada en fianza no basta para presumir la remisión de la deuda" (art. 1,286). Devolver la prenda, es renunciar á una seguridad, y la renuncia de una garantía accesoria no implica la renuncia al crédito principal. Por

lo menos, la ley no podía presumir esta renuncia, porque la renuncia no se presume. Puede suceder, no obstante, que la remisión de la prenda se haga en el momento del pago; pero por sí sola, dice el art. 1,286, no es suficiente para hacer presumir la liberación del deudor, y mucho menos la remisión gratuita de la deuda. Pero el juez podrá tomar ese hecho en consideración en el caso en que pueda decidir la cuestión por presunciones sacadas de las circunstancias de la causa. (1)

349. Se ha fallado que la destrucción del título por el acreedor es una prueba de la liberación para el deudor. La Corte de Lyon no dice que esto sea una presunción de liberación, y ni siquiera decide en términos absolutos que sea siempre una prueba de liberación. La sentencia es una decisión de hecho. Una hija debía á su padre 4,000 francos; éste, pocos días antes de su muerte, destruyó el título que comprobaba el crédito. La destrucción del documento, dice la Corte, hecha voluntariamente por el acreedor, sobre todo cuando uno de sus hijos es deudor, es un acto real de liberación para este último. Aun limitada de esta suerte, la decisión sugiere una seria dificultad. La sentencia ve en el acto del padre una ventaja indirecta que quiso hacer á su hija, y que imputa sobre la cuota disponible. (2) Es, pues, una donación, y, por lo tanto, un contrato; ¿y acaso todo convenio no exige el consentimiento de las partes contrayentes? Ahora bien, en el caso de que se trata, el padre quiso ciertamente donar, pero la hija no consintió en recibir; y después de la muerte del donador puede todavía el donatario aceptar la liberalidad, siendo que el concurso de voluntades se hace imposible? Así es que la destrucción del título no equivale á donación; tam-

1 Duranton, t. XII, pág. 470, núm. 368. Larombière, t. III, página 609, núm. 1 del art. 1,278 (Ed. B., t. II, pág. 353). Colmet de Santerre, t. IV, pág. 439, núm. 232 bis IV.

2 Lyon, 14 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1850, 2, 194).

poco se la puede considerar como una prueba de liberación por el pago de la deuda. En el caso de que se trata, ni siquiera se alegaba el pago; y si lo fuera, la destrucción del título no sería una prueba suficiente, y no sería después de todo, más que una presunción del hombre, que el juez no podría admitir sino en los casos en que la prueba testimonial es admisible.

Núm. 2. Objeto de la presunción.

350. El art. 1,282 dice que la entrega del título original bajo firma privada por el acreedor al deudor es prueba de "liberación." ¿Qué debe entenderse por liberación? ¿Es la liberación por efecto de una liberalidad que se presume? ¿presume la ley que el deudor queda liberado por el pago? No se sabe; el art. 1,282 no se explica acerca de este punto. El art. 1,283 parece más explícito, pues establece que la entrega del testimonio del título hace presumir la "remisión de la deuda ó el pago." Como la expresión "remisión de la deuda" es opuesta á la palabra "pago," debe significar la remisión gratuita; tal es, por otra parte, el sentido ordinario de la palabra "remisión." ¿Qué dice, pues, el art. 1,283? Que la tradición del testimonio hace presumir, sea la remisión gratuita de la deuda, sea el pago. Esto equivale á decir de una manera explícita lo que el art. 1,283 dice implícitamente; porque la "liberación" de que habla este artículo se entiende de la liberación gratuita y de la liberación onerosa. ¿Cuál es, en definitiva, la liberación que se presume en los arts. 1,282 y 1,283? ¿es el pago ó la remisión gratuita?

Se comprende el interés de la cuestión. La remisión gratuita es una liberalidad y las donaciones se rigen por principios diferentes que el pago. Hay acreedores que pueden recibir un pago y que no pueden hacer remisión de la deu-

da: tal es la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes. Ella entrega el título de su crédito al deudor: ¿qué deberá presumirse? Si se presume el pago, el deudor quedará válidamente liberado. Si se presume la remisión, la liberación será nula, porque la mujer, aunque separada de bienes no tiene derecho á hacer una liberalidad. Aun suponiendo que la liberalidad sea válida, sea como pago, sea como liberalidad, importa todavía saber con qué título se hizo; si es á título gratuito, la liberalidad será revisable, reductible, revocable por ingratitud ó supervivencia de hijo, mientras que todos estos efectos son extraños al pago. En cambio, si hay pago, el deudor tendrá un recurso contra sus codeudores, recurso que no tendrá si ha recibido una liberalidad.

351. A nuestro juicio, la ley no presume ni el pago ni la remisión gratuita; presume la liberación, como lo expresa el art. 1,282; es decir, que si el acreedor procede contra el deudor, éste rechazará la demanda por el recurso de no recibir, invocando la presunción de liberación. En cuanto á la cuestión de saber con qué título queda liberado, no está decidida por la ley; luego queda bajo el dominio del derecho común. Al que sostiene que hay pago corresponde probarlo según las reglas que rigen la prueba. Del mismo modo el que pretende que el acreedor ha hecho una liberalidad á su deudor deberá administrar la prueba. ¿Pueden prevalerse de una presunción, ó se puede oponerles una presunción? No hay presunción legal sin ley; ¿y en dónde está la ley que presume sea el pago, sea la liberalidad? El art. 1,282 habla de la liberación en términos generales; todo lo que de aquí resulta, es que el deudor puede oponer al acreedor una presunción de liberación. El art. 1,283 dice que la entrega del testimonio hace presumir sea el pago, sea una liberalidad, pero no dice si es el pago lo que la ley presume ó si es la liberalidad. Su-

puesto que no hay presunción, se aplicarán los principios generales que rigen la prueba.

352. Los autores están divididos. La mayor parte dicen que se debe presumir el pago. Dicese que hay duda sobre el sentido de la remisión y sobre el sentido que la ley le atribuye, y, por las dudas, hay que interpretar la ley y el convenio á favor del deudor. Y el interés del deudor es que se presuma el pago más bien que la liberalidad, porque ésta podría atacarse, mientras que el pago no puede serlo por los que tienen capacidad de recibir, y el pago le asegurará un recurso que él no tendrá en caso de liberalidad. Tal es por otra parte la realidad de las cosas. ¿Cuándo entrega el acreedor su título al deudor? Cuando recibe el pago de lo que se le debe; la donación es una excepción rara. (1) Nosotros oponemos á esa opinión un argumento que es decisivo, el texto; si el legislador hubiera querido establecer una presunción de pago, lo habría dicho; siendo todo de rigor en materia de presunción, hay que atenerse á la ley, y ésta no dice que la remisión del título original bajo firma privada sea prueba del pago, sino que esa entrega es prueba de la liberación. Este término general comprende los dos nudos de liberación, el pago y la remisión; luego no puede decirse que la ley presume el uno mejor que el otro. El art. 1,283 es igualmente contrario á la opinión que estamos combatiendo; la tradición del testimonio hace presumir la remisión ó el pago; luego el pago no se presume de una manera absoluta.

353. Otros autores enseñan que la alternativa establecida por el art. 1,283 da la elección al que invoca la presunción: él puede sostener, según su interés, que lo que se pre-

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 437, núm. 231 bis IV. Durantou, t. XII, pág. 467, núm. 364; se pronuncia por esta opinión, pero con cierta vacilación. Compárese Marcadé, t. IV, pág. 604, núm. 4 del art. 1,285.

sume es el pago ó es la remisión. (1) Sin duda que sí puede sostenerlo, pero probando su alegación, porque la ley no presume que el deudor quede liberado por el pago y no presume que lo sea por una remisión gratuita, y no se concibe una presunción abandonada á la elección del que la invoca, porque esto no sería ya una presunción legal, sino que sería una presunción del hombre que tuviera la fuerza de una presunción legal, lo que es contradictorio. Por otra parte, la ley no establece una alternativa con elección para el que se prevale de la presunción, sino que únicamente dice que la entrega del testimonio puede significar una de dos cosas ó un pago ó una liberalidad, y precisamente porque la significación es compleja, y, por lo tanto, dudosa; la ley no podía presumir ni un pago ni una liberalidad.

Cítase como ejemplo el caso en que uno de los acreedores solidarios hubiese entregado al deudor el título del crédito. El no puede hacer remisión gratuita (art. 1,198), pero puede recibir el pago del crédito solidario; el deudor á quien uno de los acreedores ha entregado el título, podría invocar la presunción de liberación, en el sentido de que se presume que él ha pagado, y que, por consiguiente, la deuda se extingue respecto á los demás acreedores. El ejemplo prueba en contra de la doctrina, porque demuestra su riesgo. Un acreedor solidario insolvente entrega al deudor el escrito bajo firma privada en el que consta el crédito. Se tendrá por descargado este deudor por el pago. Los coacreedores tendrán, es verdad, un recurso contra el que hizo esa entrega, pero tal recurso será ineficaz. En nuestra opinión, no hay ninguna presunción; el deudor que pretenda estar descargado por un pago, deberá probar que la entrega del título se le hizo después de un pago, salvo

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 208, pfo. 323, Mourlon, t. II, pág. 548. núm. 1,429. Larombière, t. III, pág. 577, núm. 15 del art. 1,282, (Ed. B., t. II, pág. 341).

que los acreedores solidarios prueben que hay remisión gratuita.

354. Los autores que admiten que el deudor puede sostener conforme á su interés, que hay pago ó remisión gratuita, agregan una restricción. Si la presunción de pago tuviera por resultado cubrir un fraude á la ley, el acreedor sería admitido á probar que él entregó el título, no después de un pago, sino por liberalidad. Así, el acreedor pide la revocación de una donación hecha en la forma de remisión de deuda, por causa de haber sobrevenido un hijo; el deudor le opone la entrega que le hizo del título como prueba del pago. El acreedor será admitido á probar que hizo una liberalidad. (1)

A nosotros nos parece que la excepción, lo mismo que la regla, no se justifica. Si realmente hubiera presunción de pago, no se aceptaría la prueba contraria, al menos en el caso del art. 1,282, como más adelante lo diremos. En vano se objetaría que el fraude constituye siempre excepción. No hay fraude en el caso de que se trata; el acreedor tenía el derecho de hacer una liberalidad en la forma de remisión de la deuda; por su parte, el deudor tendría el derecho de invocar la presunción de pago, si realmente la ley la estableciera. Así, pues, la ley ha tenido razón para no establecerla, porque al hacerlo, habría embarazado el ejercicio del derecho que ella misma establece, la revocación de la donación porque sobrevenga un hijo.

Se admite la misma excepción cuando la entrega del título la hizo una persona capaz de recibir un pago, pero incapaz de disponer á título gratuito, ó á una persona incapaz de recibir una liberalidad. Esta excepción habla tam-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 208 y nota 35 del pfo. 323, Larombière, t. III, pág. 578, núm. 16 del art. 1,282 (Ed. B., t. II, pág. 341). Mourlon no admite la prueba en contrario en el caso del art. 1,282 (t. II, pág. 750, núm. 1,430).

bién en contra de la regla. ¿No es más sencillo no establecer una presunción de pago que pudiera tan fácilmente cubrir un fraude á la ley, en el sentido de que permitiría á á un incapaz dar ó recibir á título gratuito? Por la misma razón, se aparta la presunción de pago, cuando un tercero, tal como un reservatario, promueve reducción, ó cuando un acreedor intenta la acción pauliana; la remisión gratuita, en este caso, vulneraría los derechos de un tercero; de aquí concluimos que habría sido poco razonable establecer una presunción de pago que comprometiese tantos derechos y tantos intereses. Ciertamente que es más jurídico mantener el derecho común que rige la prueba.

Por último, se admite que la presunción de pago ó de remisión no puede oponerla sino el deudor al acreedor. Ya no es lo mismo si el deudor que está en posesión del título, pretende ejercitar un recurso contra un codeudor como habiendo pagado la deuda, ó si el fiador promueve contra el deudor principal. Ellos deben probar, en este caso, que realmente han pagado la deuda, porque su acción se funda en el pago. ¿No podrían contestar, en el sistema que estamos combatiendo, que siendo absoluta la presunción de pago ó de remisión, toda parte interesada puede prevalerse de ella? Las distinciones, como las excepciones que se ve uno obligado á hacer, prueban que se salvan los límites de la ley y que se hace una ley nueva.

Núm. 3. Fuerza probatoria de la presunción.

1. ¿En qué sentido hay presunciones de liberación?

355. Los arts. 1,282 y 1,283 establecen una presunción de liberación. Según los términos del art. 1,352, la presunción legal dispensa de toda prueba á aquel en cuyo provecho ella existe. Así, pues, el deudor que tiene á su fa-

vor una presunción de liberación, está dispensado de toda prueba. ¿En qué sentido? Esa es la dificultad que se presenta. El acreedor pide el pago de su deuda; el deudor confiesa que debía, pero pretende estar descargado, y para probarlo, invoca la presunción de liberación que resulta de la entrega del título. ¿Puede él prevalerse de esa presunción por el hecho solo de poseer el título original bajo firma privada, ó el testimonio del título auténtico? ¿ó se necesita que pruebe que la presunción existe, es decir, que los elementos constitutivos de la presunción existen? Si nos atenemos á los principios generales sobre la deuda, debe decidirse que corresponde al deudor que opone una excepción al acreedor, probar el fundamento de esa excepción. En el caso de que se trata, ¿en qué consiste la excepción que el demandado invoca? Los artículos 1,282 y 1,283 contestan, en la entrega voluntaria del título original ó del testimonio del título auténtico que el acreedor ha hecho al deudor. Luego el deudor debe probar que se le hizo entrega voluntaria del título por el acreedor. Tal es el fundamento de la excepción por la cual se convierte en actor, y eso es lo que tiene que probar. ¿Se objetará que, según el art. 1,352, está dispensado de toda prueba porque tiene á su favor una presunción de liberación? Nosotros contestamos que el que invoca una presunción, debe, por lo menos, probar una cosa, y es que existe la presunción. Luego si la presunción no existe sino con ciertas condiciones, es preciso que pruebe la existencia de esas condiciones. Ahora bien, tal es la presunción de liberación establecida por los arts. 1,282 y 1,283. El Código no dice que el deudor que está en posesión del título, se presume descargado, sino que dice que la entrega voluntaria del título por el acreedor al deudor, es prueba de la liberación. Luego la presunción de liberación es inherente, no al hecho material de la posesión, sino al hecho de la entrega volun-

taria por el acreedor al deudor; así, pues, lo que el deudor tiene que probar, es la entrega voluntaria.

356. A esto se objeta que la posesión del título hace presumir la entrega voluntaria. Hé aquí otra presunción. Veamos en qué concepto puede admitirse. Pothier asienta la cuestión en estos términos: “¿La posesión en que se halla el deudor del billete hace presumir que el acreedor se lo ha devuelto?” La cuestión era controvertida. Pothier se pronuncia en favor del deudor, es decir, que por el hecho solo de que el deudor posea el título, se debe presumir que el acreedor se lo entregó voluntariamente, *como saldado ó como condonado;*” salvo que el acreedor pruebe lo contrario; por ejemplo, que el billete le fué robado. ¿Por qué Pothier admite esta presunción? Porque la entrega del título por el acreedor al deudor, es la vía natural por la cual su posesión ha podido pasar de la persona del acreedor, en la cual estaba, á la del deudor. Sin embargo, Pothier admite una reserva. Si el deudor fuese el agente de negocios del acreedor, ó un criado en aptitud de apoderarse del billete; la posesión en que pudiera encontrarse podría no ser una presunción suficiente de la remisión ó del pago de la deuda. (1)

Se ve por estas distinciones que la presunción de remisión resultante de la posesión del título era, en la opinión de Pothier, una simple presunción de hecho que dependía de las circunstancias de la causa. No podía tratarse de una presunción legal, supuesto que la ley no establecía dicha presunción, y los intérpretes no pueden, ciertamente, establecer una presunción legal.

357. Tal era el estado del derecho cuando se discutió el Código Civil; había presunción legal de liberación por entrega del título que el acreedor hacía al deudor, y los intérpretes presumían, según las circunstancias de la causa

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 609.

que el acreedor había entregado el título cuando el deudor lo poseía. En el consejo de Estado hubo una discusión bastante prolongada sobre el caso previsto por el artículo 1,283.

Se trataba de saber si la entrega del testimonio implicaba una presunción de liberación tanto como la entrega del título original bajo firma privada. Así es que no se discutió directamente nuestra cuestión, pero sí se tocó indirectamente. Cambacères sostuvo la opinión de Pothier que fué lo que acabó por prevalecer; hé aquí en qué términos resumía él el debate: "El hecho sólo de la entrega puede tener tantas causas diferentes, que no se ve innecesariamente conducido á considerarlo como la consecuencia de un convenio para descargar al deudor. Las leyes romanas no le atribuían más que una simple presunción, y con frecuencia sería injusto y siempre peligroso atribuirle la certidumbre. ¿Pero cuál es el carácter de esa presunción? Varía según las circunstancias. Cuando el título no es más que un billete sencillo, la presunción es que el acreedor que se desprende de él, y que con esto se quita el medio de formular su acción, descarga al deudor. En cuanto á la entrega del testimonio, no decide nada por sí sola. El acreedor, tranquilo por la posibilidad de procurarse uno nuevo, pudo abandonarlo al deudor sin voluntad de descargarlo. Sin embargo, como también pudo al entregarlo querer renunciar al uso de su título, se suscita contra él un principio de presunción que cuando está sostenido por otras circunstancias, puede llegar á ser una presunción completa. Pero entonces el deudor es quien la invoca y á él incumbe establecerla probando las circunstancias de donde ella toma su fuerza. (1)

Puede inferirse de estas últimas palabras que, en el ca-

1 Sesión del Consejo de estado, 25 brumario año XII, número 6 (Loché, t. VI, pág. 96).

so del art. 1,282, el deudor nada tiene que probar. Pero esta diferencia que se estableciera entre el caso del artículo 1,282 y el caso del art. 1,283, sería contraria á la regla establecida por el art. 1,352: toda presuncion dispensa de la prueba á aquél en cuyo provecho se ha establecido, por razón de que la presunción es en sí misma una prueba. Por esto se verá lo vagas é incorrectas que son las discusiones del consejo de Estado. Hay que hacerlas á un lado, al menos que no hayan girado directamente sobre una cuestión fija y que el consejo de Estado no la haya resuelto por medio de un voto.

Brgot-Prémeneu es más explícito. El orador del Gobierno empieza por exponer el fundamento de la presunción é insiste sobre la condición de que la entrega haya sido voluntaria. El hecho solo de la posesión del título no prueba en verdad que la entrega haya sido voluntaria. Posible es, en efecto, que el título haya venido á manos del deudor sin conocimiento y sin voluntad del acreedor, y que haya habido sorpresa. ¿Quién debe rendir la prueba de que la entrega fué ó nó voluntaria? Bigot-Prémeneu contesta: "Dicha prueba no debe ser á cargo del deudor, porque la entrega del título, siendo un medio natural y acostumbrado de descargarse, se necesita para apartar este medio, probar que no existe realmente y que la entrega no es voluntaria." Hagamos notar que el orador del Gobierno decide así la cuestión, no invocando una presunción legal, sino aplicando los principios generales sobre la prueba; porque dice desde luego que la prueba testimonial de esos hechos es admisible, aun cuando se trate de una suma de más de 160 francos; síguese de aquí que las simples presunciones, son igualmente admisibles. Así es que fundándose en probabilidades; es decir, en presunciones de hecho, es como la Exposición de motivos admite que la prueba puede hacerse por presunción; y como la posesión

hace nacer una probabilidad á favor del poseedor, de ella infiere que al acreedor corresponde probar que no hizo la entrega voluntaria del título al deudor. (1)

Jauber, el relator del Tribunado, es más exacto que Cambacérés. Dice muy bien que la entrega debe presentar los mismos caracteres en los dos casos previstos por los artículos 1,282 y 1,283: en los dos casos no necesita que haya sido voluntaria. ¿Corresponde al deudor probar que fué voluntaria? Nó, dice Jauber, el deudor no puede estar sujeto á ninguna prueba, supuesto que es el demandado. Así es que al acreedor corresponde probar que la entrega no fué voluntaria. (2)

358. Los autores modernos se han pronunciado á favor del deudor que está en posesión del título; la mayor parte ellos se funda en el principio invocado por Jaubert: el demandado, como tal, nada tiene que probar. (3) Nada tiene de decisivo el argumento; el art. 1,315 lo contesta; después de haber dicho que el que reclama la ejecución de una obligación debe probarla; agrega la ley: "Recíprocamente, el que se pretende descargado debe justificar el pago ó el hecho que produjo la extinción de su obligación." Y, en el caso de que se trata, ¿en que consiste la prueba que incumbe al deudor? El pretende estar descargado en virtud de una presunción de liberación, por lo que debe probar que esa presunción existe; y los arts. 1,282 y 1,283 ligan la presunción, no á la posesión del título, sino á la entrega voluntaria del escrito bajo firma privada ó en testimonio. Luego, según los principios sobre la prueba, correspondería al deudor probar que el acreedor le ha hecho la entrega voluntaria del título.

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 154 (Loaré, tomo VI, pág. 174).

2 Jaubert, Informe, núm. 43 (Loaré, t. VI, pág. 215).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 207, nota 32 y los autores que allí se citan.

Se hace valer una razón más especiosa á favor del deudor. Al establecer la ley una presunción de liberación á favor del deudor, ha querido dispensarlo de probar conforme al derecho común, que el acreedor le ha hecho remisión de la deuda ó que la ha pagado. ¿Cuáles ese derecho común? La prueba literal, desde el momento en que el objeto del litigio fué de 150 francos. Para que la presunción de liberación tenga una ventaja práctica, es preciso que el deudor quede dispensado de la prueba literal por el hecho solo de que posee el título; si esta posesión no fuere bastante, se vería obligado ó procurarse un escrito que comprobara la entrega del título, á causa de un pago ó de una remisión, y en esta suposición, más sencillo sería pedir un recibo en caso de pago ó un escrito que compruebe la liberalidad. (1)

Hay algo de verdad en esta argumentación, pero veremos qué consecuencia se puede sacar. ¿Es exacto que á falta de presunción resultante de la posesión, el deudor se vería en la necesidad de procurarse una prueba literal de su liberación? Bigot-Prémeneu ha contestado de antemano á la objeción diciendo que la prueba testimonial será admisible; y, si se admite la prueba testimonial, las presunciones simples lo son también. ¿Y entre estas presunciones, llamadas del hombre, no debe colocarse el hecho mismo de que el deudor posee el título?

Vamos á llegar á la verdadera solución de la dificultad. Es claro que la ley no establece la presunción que ciertos autores parecen admitir á favor del deudor que está en posesión del título. (2) Los arts. 1.282 y 1.283 no repiten lo que Pothier decía, "que la posesión del billete por el deu-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 436, núm. 231 bis III.

2 Duranton, (t. XII, pág. 463, núm. 362) rechaza las restricciones que Pothier hacía; parece, pues, que dice que la presunción es absoluta, es decir, legal. Después de esto, él mismo hace una restricción (núm. 363). Lo que prueba cuán incierta es la doctrina en esta materia.

dor debe hacer presumir que le fué devuelto por el acreedor, ó por pago ó por remisión;" luego esta presunción, si es que se quiere admitir, no podría ser una presunción legal. Y si no hay presunción legal, quedamos bajo el dominio de los principios generales que rigen la prueba. Por lo tanto, al deudor es á quien corresponde probar que la presunción existe, porque él opone una excepción de liberación al acreedor, y en cuanto á esa excepción, él se vuelve actor. Queda por averiguar cómo se rendirá la prueba. Volveremos más adelante á tratar la cuestión; por el momento, basta decir que se aplica el derecho común; las presunciones del hombre se admiten en los casos en que la ley admite la prueba testimonial. De todas suertes resulta que al deudor corresponde probar por medio de testigos ó por presunciones que el acreedor le ha hecho entrega voluntaria del título; la posesión del título será una de esas presunciones. (1)

La jurisprudencia se halla á favor de dicha opinión; parece á veces que los tribunales deciden que el hecho solo de la posesión del título hace presumir la entrega voluntaria, y, por consiguiente, la liberación del deudor; á decir verdad, ellos resuelven de hecho apoyándose en presunciones graves, precisas y concordantes, lo que prueba que juzgan conforme al derecho común. (2) No hay más que una diferencia entre la jurisprudencia y nuestra opi-

1 Toullier, t. IV, 1, págs. 258 y 260. Mourlon, t. II, pág. 748, número 1,426.

2 Lieja, 15 de Enero de 1806; Colmar, 6 de Marzo de 1816 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,569, 1.º y 2.º) Rennes, 24 de Mayo de 1826 (Dalloz, núm. 2,583). Bruselas, 1.º de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 194). La Corte de Casación se ha pronunciado en este sentido. "Sí, dice ella, la posesión del título puede, las más de las veces, hacer suponer la entrega voluntaria, el Código no ha erigido como regla esta presunción, y su silencio deja á los tribunales la facultad de resolverla según las circunstancias particulares de la causa." Denegada apelación, 11 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 477).

nión, y es que los tribunales ponen la prueba á cargo del actor, el acreedor; mientras que, según nuestra opinión, la prueba incumbe al deudor que se vuelve actor al oponer una excepción de liberación. Necesitamos ver en qué consiste la prueba que el acreedor debe rendir y cómo puede rendirla.

359. Según la opinión general, se admite al acreedor á que pruebe que, apesar de la posesión del deudor, los elementos constitutivos de la presunción, no existen, y que en consecuencia, no hay prueba de liberación. Así, el acreedor es admitido á probar que el título poseído por el deudor no es el título original bajo firma privada, lo que excluye la aplicación del art. 1,282; el texto es formal y el espíritu de la ley no deja duda alguna. (1)

El deudor está en posesión del título, de lo que resulta una presunción de remisión. Pero esta presunción es una simple presunción del hombre; si los hechos de la causa y el interrogatorio de las partes prueban que la entrega no ha sido voluntaria, debe hacerse á un lado el art. 1,282, y, por consiguiente, se trata de saber si el deudor ha pagado. Supuesto que no hay presunción á su favor, debe concluirse que le incumbe la prueba del pago. Se ha pretendido que esta decisión violaba el art. 1,282. Nó, dice la Corte de Casación, supuesto que este artículo no es aplicable á la causa. (2)

¿Cuándo no es voluntaria la entrega? Citarémos algunos casos que probarán que el legislador ha tenido mucha razón para no atribuir una presunción de liberación al hecho solo de la posesión del título. Unos hijos, deudores de su padre, habitan con éste; á su muerte, se encuentran en posesión del billete que comprueba su deuda. ¿Pueden invocar el art. 1,282? Sí, se dice, porque la posesión hace

1^o Sentencia precitada de Bruselas (nota 2 de la página precedente)
2 Denogada apelación, 10 de Abril de 1833 (Daloz, núm. 2,568, 1^o)

presumir la entrega. Sea; pero los demás herederos son admitidos á probar que la entrega no ha sido voluntaria, y ellos, en efecto, prueban que los demandados se han apoderado del billete sin que el padre lo supiera. (1)

El mismo caso se ha presentado en circunstancias todavía más desfavorables para el hijo deudor: la madre estaba en cama y no tenía armario en donde guardar su dinero y sus billetes; el hijo era encargado de los negocios de aquella, y había firmado dos billetes, cada uno de 2,500 francos; uno de ellos había sido solventado, y el deudor había tenido buen cuidado de obtener recibo; él pretendía que su madre le había hecho remisión del otro. La Corte de Caen resolvió que había substitución y abuso de confianza. (2)

Por esto se verá cuán peligrosa es la presunción que se admite á favor del poseedor del escrito. Con la mayor frecuencia el debate se agita entre próximos parientes; casi únicamente en tales casos es cuando se hacen pagos sin recibo, ó liberalidades en la forma de remisión. ¿Qué riesgo no habría en establecer una presunción de pago á favor del que estuviera en posesión del escrito, dispensándolo de otra prueba cualquiera? Esto equivaldría á favorecer los actos de falta de delicadeza, los abusos de confianza, y hasta las subtracciones fraudulentas. Es verdad que el acreedor, según la opinión común, es admitido á la prueba contraria; los tribunales escuchan á las partes y juzgan conforme á las circunstancias de la causa, que ha habido ó no entrega voluntaria; no deciden por simples presunciones. Lo cierto es que siempre es al acreedor á quien se supone esta prueba, siendo que sería más jurídico ponerla á cargo del deudor.

Hay una sentencia de la Corte de Casación que se

1 Colmar, 28 de Mayo de 1831 (Daloz, núm. 2,568, 2°)

2 Caen, 6 de Noviembre de 1827 (Daloz, núm. 2,570, 2.°)

aproxima á nuestra opinión. El caso era que el primer billete se había extraviado y el deudor había subscripto otro para reemplazar el billete primitivo; y este fué el que se encontró entre los papeles del deudor fallecido. Varios años después, el hijo del deudor alegó su liberación diciendo que la posesión del título privado por el deudor hacía presumir la entrega voluntaria por el acreedor y constituía una prueba de liberación. La Corte contesta que la ley atribuye la presunción de liberación, no al simple hecho de la posesión del título privado por el deudor, sino más bien á la entrega voluntaria que de él le ha consentido el acreedor. La sentencia agrega que "la posesión no implica la prueba de la entrega voluntaria, sobre todo, cuando se trata de un título que había sido entregado y que se había subscripto un billete para reemplazar el primero. (1) Por último, la Corte invoca las circunstancias de hecho anotadas en la sentencia atacada; de ello se infiere que la retención material del billete extraviado por el acreedor no prueba la extinción de la deuda y no anula el segundo billete cuyo pago pedía el acreedor. (2) La sentencia no decide la cuestión en derecho, supuesto que también invoca las circunstancias de la causa; de todos modos ella rechaza la pretendida presunción que se deduce de la sola posesión del título.

360. Hay, además, otra dificultad en esta materia. ¿Cómo se rendirá la prueba sea que se imponga al deudor, sea que se ponga á cargo del acreedor? Este es punto de extraordinaria importancia. Si se admite que la prueba puede rendirse aun por presunciones, la cuestión que acabamos de discutir casi no tiene importancia práctica; el juez, al decidirse por las circunstancias de la causa, es del todo

1 Denegada, 22 de Enero de 1828 (Daloz, núm. 2,568, 2.º) Denegada, Sala de lo Civil, 17 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 1, 338).

2 Denegada, 17 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 397).

indiferente quien deba hacerlas valer. Cosa distinta es si la prueba tiene que hacerse conforme al derecho común que, en general, excluye las presunciones; entonces es muy importante saber si el deudor está dispensado de toda prueba por el hecho solo de que posee el título. La Corte de Casación ha fallado que la cuestión debía resolverse conforme al derecho común. Hay para esto una razón perentoria: los principios generales siguen siendo aplicables, á menos que la ley los derogue; ahora bien, el Código no habla del hecho de posesión; luego es imposible que derogue el derecho común. En el caso juzgado por la Corte de Casación, se sostenía y la sentencia atacada resolvía que la entrega de uno de los duplicados del escrito bajo firma privada por el acreedor al deudor, ya afianzado con el otro ejemplar, había sido el resultado de una equivocación. Ahora bien, una equivocación no es propia para hacerla constar por escrito; así, pues, la Corte de Apelación había podido inferir de presunciones y juzgar que la entrega no había sido voluntaria y que, por consiguiente, no hacía prueba de la liberación. (1)

Así es que las presunciones no son admisibles sino cuando la prueba testimonial se admite, y la prueba por testigos no es recibida más allá de 150 francos, sino cuando hay un principio de prueba por escrito, ó cuando no ha sido posible al actor procurarse una prueba literal del hecho jurídico por él alegado (arts. 1,347 y 1,348). Tal es el derecho común. De esto resulta que si el acreedor sostiene que ha entregado el billete al deudor á título de depósito ó de mandato, no será admitido á rendir la prueba testimonial del hecho litigioso, porque el depósito y el mandato son contratos, y todo convenio, aun el depósito, dice el art. 1,341, debe probarse por escrito cuando la cosa exce-

1 Denegada, 5 de Marzo de 1835 (Dalloz, *Obligaciones*, número 2,572).

de el valor de 150 francos. Si el acreedor pretende que el deudor ha obtenido la posesión por sorpresa ó abuso de confianza, la prueba testimonial y, por consiguiente, las presunciones serán admisibles, porque no se procura una prueba literales de un hecho doloso (art. 1,348, 1. °). Esto era lo que decía el orador del Gobierno, aunque motivó bastante mal su decisión. No es, dice, que se quiera establecer una obligación, sino que lo que se pone en tela de juicio es la alegación del hecho de una entrega voluntaria del título. (1)

Si se tomaran estas palabras al pié de la letra, habría que inferir que la prueba testimonial y las presunciones se admiten siempre en esta materia, siendo así que no lo son sino excepcionalmente en virtud del derecho común, y este derecho es el que debe recibir su aplicación. (2) Así es que, en cada caso hay que ver si se trata de un hecho cuya prueba por testigos permite el derecho común.

Si alega el acreedor que el título no fué entregado por el deudor, la prueba testimonial y las presunciones serán admisibles. Esto no es más que el derecho común, supuesto que se trata del hecho de un tercero del cual el acreedor no puede proveerse una prueba literal. (3) Puede también el acreedor sostener que la entrega del título aunque hecho por él, no fué hecho al deudor; este hecho no podría probarse por medio de testigos, porque el acreedor que entrega su título á un tercero puede y debe pedir un recibo. Por último, el acreedor puede confesar que entregó el título al deudor, pero pretende que la entrega no fué voluntaria, en el concepto de que no se hizo después de un pago, ni con la intención de descargar al deudor á título gratuito. ¿Se le admite á que rinda esta prueba por

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 154 (Loaré, tomo VI, pág. 174).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 207, y nota 33, pfo. 323.

3 Bruselas, 22 de Febrero de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 157).

medio de testigos? Esto equivaldría á la prueba contraria á la presunción establecida por los arts. 1,282 y 1,283: ¿se admite esta prueba, y cómo puede rendirse? Esto es lo que nos queda por estudiar.

II. ¿La presunción de liberación admite la prueba contraria?

361. Las presunciones legales dispensan de toda prueba á aquel en cuyo provecho existen. Es distinta la cuestión de saber si aquel á quien se opone una presunción legal es admitido á rendir la prueba en contrario. La prueba contraria es de derecho común, aun en materia de presunción. Sin embargo, hay excepciones, y una de ellas se aplica al caso previsto por el art. 1,282. Ninguna prueba, dice el art. 1,352, se admite contra la presunción de la ley cuando, fundándose en dicha presunción, aquella deniega la acción judicial. La ley deniega la acción judicial cuando da al demandante una excepción que destruye la demanda; tal es la presunción del art. 1,282. El acreedor reclama el pago de su deuda; el deudor le contesta. Estoy descargado porque no me has entregado voluntariamente el título original bajo firma privada, y esa entrega, según los términos del art. 1,282, es prueba de la liberación. ¿Puede el acreedor solicitar la prueba de que el deudor no está descargado? Nó, porque la ley al declarar que el deudor está descargado, por ese hecho rehúsa la acción judicial al acreedor; de donde se sigue que ninguna prueba contraria se admite contra la presunción de la liberación. (1)

362. ¿Qué significa esto de que ninguna prueba contraria se admite? Acabamos de hacer constar que según la doctrina y la jurisprudencia, se admite al acreedor á que pruebe que no ha sido él quien entregó el título al deudor y aun cuando el acreedor haya sido el que hizo la entrega

1 Jaubert, segundo informe, núm. 32 (Loaré, t. VI, pág. 235).

se le admite todavía á que pruebe que la entrega no fué voluntaria, en el sentido de que se verificó por sorpresa, abuso de confianza, substracción fraudulenta ó bajo un título que excluye toda liberación, tal como el depósito ó el mandato. ¿No equivale esto á probar contra la presunción de liberación? Nó, esto es probar que falta uno de los elementos constitutivos de la presunción y, por consiguiente, que no hay prueba de la liberación, porque no existe la presunción. Pero si se encuentran todos los elementos constitutivos de la presunción, el acreedor no es admitido á probar que la entrega voluntaria del título no operó la liberación del deudor. No obstante, pudiera suceder que apesar de la entrega voluntaria de los títulos hechos por él al deudor, no haya ni pago, ni liberalidad; pero la ley no permite que el acreedor haga esa alegación, prohíbe toda prueba contraria, porque el hecho alegado es muy probable; y por un caso raro y del todo excepcional que pudiera presentarse, la ley no quiere admitir la prueba contraria en todos los casos: esto equivaldría á destruir el favor de la presunción que ella ha establecido. Así es que, rechazar la prueba contraria, en el caso de que se trata, quiere decir que el acreedor no será admitido á probar que, á la vez que entregó al deudor el título bajo firma privada, no lo hizo á raíz de un pago, ni para hacer una liberalidad al deudor; el deudor queda descargado, y no se puede probar que no lo está. (1)

363. Cuando se dice que no se admite ninguna prueba contraria contra ciertas presunciones, la expresión es demasiado absoluta. El artículo 1,352 que establece el principio, admite dos excepciones. En primer lugar, el acreedor puede, apesar de la presunción de liberación, deferir al deudor el juramento sobre el punto de saber si realmente está descargado sea á título de pago, sea á título de libe-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 209, y nota 38, pfo. 323:

ralidad. Por la delación del juramento el acreedor se atiene á la conciencia del deudor; luego éste no tiene derecho á quejarse, porque él es quien decide el litigio. Así también el acreedor puede invocar la confesión judicial del deudor y, por consiguiente, pedir que sea interrogado sobre hechos y artículos: si el deudor declara que pagó ó recibió el billete á título gratuito, todo queda resuelto. Pero también si confiesa no haber pagado y no haber recibido el billete á satisfacción á título gratuito, el acreedor podrá prevalerse contra él de dicha confesión: el deudor mismo queda constituido en juez del proceso.

364. ¿Hay excepción á la presunción de liberación establecida por el artículo 1,282 cuando el debate se agita entre comerciantes? Una sentencia de la Corte de Casación falló la afirmativa. La Corte asienta como principio, que en materia mercantil y entre comerciantes, la prueba que resulta de los libros regularmente llevados, así como la prueba testimonial y la que se funda en simples presunciones pueden siempre ser admitidas por los tribunales, sea cual fuere por otra parte la importancia del litigio, ó la causa tanto de la demanda como de las excepciones que se le oponen. Además, la Corte aplica el principio al caso particular. El principio, dice ella, debe recibir su aplicación aun en el caso en que existan presunciones legales contrarias, con tal de que no sean por su esencia perentorias y absolutas, como lo serían la prescripción y la autoidad de la cosa juzgada. Ahora bien, los libros de las dos partes y las circunstancias de la causa, probaban que la entrega de los billetes á la orden, aunque hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, no lo había sido á título liberatorio, sino únicamente en razón de la recíproca confianza que existía entonces entre ellos y en razón de algunos abonos pagados por el deudor, sin que su libera-

ción hubiese sido nunca completa. La Corte concluye que la sentencia atacada no violó el artículo 1,282 que se limita á hacer en el caso una aplicación regular del principio general de la prueba en materia de comercio. (1)

Esta decisión fué nuevamente criticada por un hombre competente (2) y, á nuestro juicio, la crítica tiene razón. Es de principio que las reglas del derecho civil son aplicables en materia de comercio, á menos que el Código de Comercio no las haya derogado. Luego la presunción del art. 1,282 puede ser invocada por el deudor comerciante. ¿El art. 12 del Código de Comercio citado por la sentencia, deroga el art. 1,282? De ninguna manera, sino que únicamente decide la cuestión de saber cuál es la prueba admitida entre comerciantes; deroga el art. 1,341 que prohíbe la prueba testimonial. Pero en el caso de que se trata, la cuestión no es saber si el juez podía admitir la prueba por testigos, sino saber si es admitida una prueba cualquiera; ahora bien, el art. 1,282 combinado con el art. 1,352 rechaza toda prueba salvo la confesión y el juramento; luego estaba fuera de causa el art. 12 del Código de Comercio.

365. Existe una excepción en materia de quiebra. El deudor quebrado obtiene un concordato con una remisión de 60 por ciento; el acreedor al recibir su dividendo, entrega al deudor los efectos pagados. ¿Esta tradición hace prueba de la liberación completa del deudor? Ciertamente que nó; el acreedor ha recibido lo que podía exigir del deudor, es decir 40 por ciento; la remisión de los billetes prueba, pues, la liberación del deudor hasta la concurrencia de dicha fracción de la deuda. La Corte de Bruselas dice muy bien que si en materia civil la entrega del título original da prueba de la liberación entera, es porque el acree-

1 Denegada, 18 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 111).

2 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 452, nota 7.

dor tenía el derecho de exigir de su deudor el pago del crédito entero; y si le entrega el título, esto no puede ser sino porque el acreedor había recibido su pago íntegro, ó porque quiere hacer una liberalidad á su deudor. Falta este motivo en caso de quiebra; por mejor decir, no se aplica sino á la parte de la deuda que no quede redimida por el concordato. (1)

366. El art. 1,283, después de haber dicho que la tradición voluntaria del testimonio del título hace presunción de la deuda ó el pago, añade "sin perjuicio de la prueba contraria." ¿En qué consiste esta prueba contraria? Jaubert contesta á la pregunta en su informe al Tribunal. "Aquel á quien voluntariamente se ha entregado el testimonio del título no necesita probar que la deuda le ha sido reducida ó que pagó su monto. Pero el que ha hecho la entrega voluntaria del testimonio puede probar que, aunque lo haya hecho voluntariamente, no por esto ha hecho remisión de la deuda ó que no haya recibido su monto." ¿Por qué la presunción del art. 1,283 puede combatirse por la prueba contraria, mientras que ninguna prueba se admite contra la presunción del art. 1,283? Ya lo hemos dicho; porque es menos la probabilidad de liberación; el acreedor que tiene un título auténtico sabe que á toda hora (puede procurarse un nuevo testimonio, llevando las formalidades prescriptas por el Código de Procedimientos (art. 854); así, pues, puede manifestarse más fácil cuando, por un motivo cualquiera, se le pide que se desprenda de su testimonio; síguese de aquí que el hecho de entregarlo al deudor engendra una probabilidad menos que la que nace de la entrega del título único en documento privado, y siendo mayor la probabilidad de liberación, el legislador no podía admitir una presunción absoluta de liberación. (2)

1 Bruselas, 13 de Julio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 187).

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos núm. 155 (Loché, tomo VI, pág. 174).

367. Se admite la prueba contraria. ¿Cuál es esa prueba? El Código no lo dice, y por eso mismo mantiene el derecho común. Síguese de aquí que el acreedor no será admitido á probar por testigos y por presunciones que no ha habido pago ni liberación gratuita sino en los casos en que por excepción es admisible la prueba testimonial. ¿De qué se trata? El acreedor entregó voluntariamente su título al deudor y debe probar que dicha entrega tuvo lugar por causa distinta que el pago ó la liberalidad. ¿Puede probar esta causa por testigos y por presunciones? Sí, si hay un principio de prueba por escrito ó si el hecho es de tal naturaleza que él no podía procurarse una prueba literal. (1)

Marcadé dice en términos absolutos que el acreedor puede probar su pretensión por todos los medios, porque se trata de un simple hecho. (2) Es verdad que la prohibición del art. 1,341 no es aplicable á la prueba de los hechos puros y sencillos. Pero el hecho de que el acreedor solicite probar, ¿es un hecho puro y sencillo? El sabe que la entrega del testimonio implica una presunción de liberación; luego debe procurarse una prueba contraria; por lo mismo se trata de un hecho jurídico, y, por consiguiente, el artículo 1,341 es aplicable, salvo las excepciones de los artículos 1,347 y 1,348.

§ III.—EFECTO DE LA REMISIÓN.

Núm. 1. De la remisión expresa.

368. Pothier distingue dos especies de remisiones; una llamada "real," otra que califica de "descargo personal." La "remisión" es "real" cuando el acreedor declara que tiene por cubierta la deuda, ó cuando da recibo como si hubiese recibido su pago, aun cuando no lo haya recibido.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 210, nota 42, pfo. 323.

2 Marcadé, t. IV, pág. 603, núm. 3 del art. 1,283.

Se le llama "real" porque es equivalente al pago; en su consecuencia, queda extinta la deuda respecto de los deudores y de los terceros interesados, tales como fiador y detentores de los inmuebles hipotecados á la deuda. La "remisión" es personal cuando simplemente el acreedor descarga al deudor de su obligación. Esta remisión no puede invocarla sino aquel á quien se ha concedido; los terceros, por más que estén interesados en la extinción de la deuda, no pueden prevalerse de ella. (1) Así, pues, importa mucho saber cuando es real la remisión y cuando es personal. La cuestión no se presenta sino cuando hay codeudores, cauciones ó hipotecas.

369. "La remisión ó descargo convencional en provecho de uno de los codeudores solidarios, descarga á todos los demás, á menos que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra estos últimos" (art. 1,285). Así es que la remisión es real en principio y no es personal sino en virtud de una reserva expresa. De ello hemos dado la razón al tratar de la solidaridad. El art. 1,285 agrega: "Si el acreedor ha reservado sus derechos, no puede ya repetir la deuda sino deducida la parte de aquel á quien hizo la remisión." Remitimos al lector á lo que se dijo en el capítulo "De la Solidaridad" (t. XVII, núm. 340).

370. "La remisión ó descargo convencional concedida al deudor principal, descarga á los deudores" (art. 1,287). No puede haber fiador, dice Pothier, sin un deudor principal. Por otra parte, sería inútil que el deudor quedara descargado si los fiadores no lo estuviesen, supuesto que estando los fiadores obligados á pagar, tendrían recurso contra el deudor.

371. Estos principios no se aplican á la remisión que los acreedores hacen al deudor quebrado por medio del concordato que le conceden. El art. 541 del nuevo Cód-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 616 y 617.

go de Comercio dispone que, "no obstante el concordato, los acreedores conservan su acción por la totalidad de su crédito contra los coobligados del fallido." Consiste la razón en que la remisión que los acreedores hacen al fallido no es voluntaria; ellos no tienen la voluntad de descargar al deudor por un acto de liberalidad; ellos subscriben el concordato con motivo de la insolvencia del deudor y para sacar el mejor partido de un crédito malo; y por esto es que el concordato liga á los acreedores á su pesar, en el concepto de que la mayoría obliga á la minoría. Siguese de aquí que la remisión consentida por el concordato es esencialmente personal, y, en consecuencia, no pueden prevalecerse de ella los codeudores y los fiadores. (1)

¿Es aplicable el art. 541 á un tratado ó concordato en lo amistoso celebrado entre el deudor y sus acreedores? Nó, porque la ley mercantil deroga el derecho común. Según el Código Civil, la remisión convencional descarga á los codeudores y á los fiadores; el art. 541, por excepción á esta regla, mantiene la obligación de los coobligados cuando la remisión se hace por medio de un concordato; esta excepción, como toda, es de rigurosa interpretación, y no se la puede extender más allá de los términos de la ley. Ahora bien, el Código de Comercio habla de un concordato judicial y forzoso, en el sentido de que es obligatorio aun para los acreedores que no han consentido. Esto es decisivo. El tratado voluntario que los acreedores hacen con su deudor es consentido libremente y no obliga más que á los acreedores que dan su consentimiento; luego no entra en la aplicación del art. 541, el que equivale á decir que sigue siendo aplicable la regla establecida por el Código. (2)

Existen, sin embargo, algunos motivos para dudar. Por una parte, puede decirse que la remisión que los acreedo-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 444, núm. 237 bis I.

2 Casación, 17 de Junio de 1867, (Daloz, 1867, 1, 219).

res hacen á su deudor en un tratado extrajudicial no es voluntaria sino aparentemente; ella se les arranca por el mal estado de los negocios del deudor; luego es personal tanto como el concordato hecho judicialmente. Por otra parte, la situación del deudor que hace un concordato extrajudicial con sus acreedores es la misma que la del quebrado concordatario; realmente está él en quiebra, supuesto que suspende sus pagos. Estas objeciones van encaminadas al legislador; el intérprete no puede tenerlas en cuenta, porque está ligado por los textos, y estos no dejan duda alguna. El Código Civil establece una regla y el de comercio una excepción; los tratados extrajudiciales no caen bajo la aplicación de la disposición del art. 541; luego siguen bajo el dominio de la ley. (1)

¿Podrían los acreedores reservar sus derechos contra los coobligados del deudor al que conceden una remisión? Esta cuestión es controvertida y hay alguna duda. La Corte de Casación la ha resuelto negativamente en lo concerniente á los fiadores no solidarios. Es cuanto á los coobligados solidariamente, el art. 1,285 permite al acreedor que se reserve sus derechos, mientras que el art. 1,287 no autoriza esta reserva respecto á simples fiadores; la Corte concluye de aquí que la reserva es imperante á su respecto. (2) Creemos que esto es muy dudoso. Es verdad que la ley no habla de una reserva cuando se trata de los fiadores; pero ¿acaso la reserva no es de derecho común? Se dirá que si el acreedor se reserva sus derechos contra el fiador, la remisión que él concede al deudor será inútil, puesto que el fiador que paga tendrá un recurso contra el deudor principal. Se contesta que la remisión tendría siempre una ventaja para el deudor, quien estará al abrigo de

1 Compárese Caen, 10 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 97).

2 Denegada, 30 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 1, 512). Compárese Larombière, t. III, pág. 610, núm. 1 del art. 1,287 (Ed. B., tomo II, pág. 354).

las persecuciones del acreedor. El art. 541 del Código de Comercio procura otra respuesta á la objeción: la remisión hecha al quebrado no descarga á los fiadores; éstos, obligados á pagar, tendrán, pues, un recurso contra el deudor; lo que prueba que la remisión concedida al deudor no es incompatible con la acción recursoria que corresponde al fiador contra el deudor. Esta acción contra el fiador, que el Código de Comercio reserva de pleno derecho al acreedor ¿por qué no habla de poder reservarla por conversión cuando se trata de un tratado extra-judicial? Hay una sentencia de la Corte de Orléans en este sentido. (1)

La reserva, si se admite, debe ser expresa. El art. 1,285 lo exige para los codeudores solidarios y, con mayor razón debe ser lo mismo, respecto á los fiadores, supuesto que el texto de la ley no autoriza siquiera la reserva. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que la intervención de los codeudores y de los fiadores es el tratado que se hace entre el deudor y sus acreedores; no es suficiente para que éstos conserven sus derechos contra los fiadores y los codeudores; se necesita una manifestación de voluntad por parte de los acreedores, y debe ser expresa, supuesto que es una excepción al derecho común. (2)

372. "La remisión entregada al fiador no descarga al deudor principal," (rat. 1,287). Se supone que dicha remisión no concierne sino á la caución. Toda renuncia debe interpretarse restrictivamente; muy bien puedo yo renunciar á la garantía que tengo para el pago de mi crédito sin renunciar á mi derecho contra el deudor. Luego si descarga al fiador, no renuncio más que á la acción que contra él hago en virtud de la fianza, pero quedan intactos mis derechos contra el deudor. ¿Quiere decir esto que la

1 Orléans, 6 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 224). En el mismo sentido. Rolland de Villargues, en la palabra *Remisión de deudas*, núm. 88, y una disertación de Bertauld (Daloz, 1868, 2, 97).

2 Casación, 12 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 483).

remisión hecha al fiador no pueda ser real? Ciertamente que nó, porque esto depende de la voluntad del acreedor; él puede renunciar de una manera absoluta á la deuda, aunque el convenio no se celebre sino entre él y el fiador. (1) Solo que, en este caso, se necesitará la aceptación del deudor, porque la remisión convencional no puede hacerse sino por concurso de voluntades.

373. "La remisión otorgada á uno de los fiadores no descarga á los demás" (art. 1,287). Esto no es más que una aplicación del mismo principio: cuando hay varios fiadores, el acreedor tiene tantas garantías como fiadores, y puede renunciar á una de las seguridades sin que de ahí pueda inferirse que quiera renunciar á todas, salvo que él, si tal es su intención, renuncie á la fianza de una manera absoluta: la remisión, personal en principio, puede volverse real si tal es la voluntad del acreedor.

Al decir que la remisión otorgada á uno de los fiadores no descarga á los demás, la ley no quiere decir que no les aproveche la remisión; no están descargados, quedan obligados á la deuda, pero el acreedor no puede ya proceder contra ellos sino deducida la parte que el fiador descargado hubiera debido reportar en la deuda. Así se resuelve por analogía del art. 1,285. Cuando la remisión concedida al deudor solidario es personal, los codeudores no quedan descargados, pero el acreedor no puede ya repetir la deuda sino después de deducir la parte de aquél á quien se concedió la remisión. Si los fiadores se han obligado solidariamente, pueden prevalerse del texto del artículo 1,285. Si no son solidarios, no pueden invocar su beneficio por argumento *á fortiori*. Los fiadores no se obligaron sino con la condición de un recurso; y hasta pueden exigir que

1. Marcadé, t. IV, pág. 611, núm. 5 del art. 1,287. Mourlon, t. II, pág. 751, núm. 1,435.

el acreedor divide su acción contra ellos, de suerte que cada uno no quede obligado sino por su parte y porción (art. 1,033 y 2,026). Siguese de aquí que los fiadores nunca están obligados sino por una parte viril. Si el acreedor renuncia á demandar á uno de ellos, por este solo hecho renuncia al derecho que tiene para perseguir á los demás por el todo; como el fiador demandado puede oponer el beneficio de división, con mayor razón puede oponer el beneficio del art. 1,285, y conservaría este derecho aun cuando hubiese renunciado al beneficio de división; porque á todas horas es la verdad que es de la esencia de la fianza que cada fiador no esté obligado sino por su parte en la deuda. (1)

Se admite una excepción para el caso en que el fiador descargado no se haya comprometido sino después de los demás. Es verdad que, en este caso, los demás fiadores no han podido contar con un recurso contra ese fiador. No obstante, preferiríamos mantener el principio de que cada fiador no está obligado sino por su parte en la deuda. El acreedor, al hacer remisión á uno de ellos, no puede agravarla carga de los demás, sea cual fuere la época en que se hayan comprometido (art. 2,037). Sin embargo, la opinión contraria es la que generalmente se sigue, y tiene el apoyo de la autoridad de Pothier. (2)

374. "Lo que el acreedor ha recibido de un fiador para descargarlo de su fianza, debe imputarse sobre la deuda y abonarse en descargo del deudor principal y de los demás fiadores" (art. 1,288). Esta disposición es universalmente criticada. Se aparta de la tradición y es contraria á los principios. Dumoulin decía muy bien que el convenio por el cual el acreedor descarga á uno de los fiadores, mediante el pago de una cierta suma, es un contrato aleatorio

1 Mourlon, t. II, pág. 751, núm. 1,435 y todos los autores.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 618.

El acreedor toma sobre sí el riesgo de la insolvencia del deudor principal y de los otros fiadores, y por su parte, el fiador queda descargado de ese riesgo que lo obligaría á soportar toda la deuda. Así, pues, lo que el acreedor estipula del fiador descargado lo recibe á título oneroso; por lo tanto, no hay razón alguna para imputarlo sobre la deuda. Esto es arrebatarse al acreedor el beneficio de un contrato, á la vez que se deja á su cargo el riesgo de la insolvencia. (1) Con tales condiciones, el acreedor jamás concederá el descargo á un fiador.

¿Qué se contesta á estas objeciones? se dice que esto supone que la insolvencia del deudor principal era de temerse; pero ¿cómo probar que había riesgo de insolvencia? (2)

Contestamos que por el hecho mismo de que varios fiadores se obligaron por el deudor principal, la solvencia de éste debe ser más ó menos dudosa. Y hay que suponer que hay un riesgo cualquiera, porque de lo contrario no se concibe el tratado entre el fiador y el acreedor. Si absolutamente no hay ningún riesgo ¿en dónde está el fiador que consienta en pagar lo que fuere al acreedor para quedar descargado de su fianza?

El orador del Tribunado da otra respuesta á Dumoulin, la cual es singularmente candorosa. "Si el acreedor, dice, recibiese del fiador toda la deuda, ya nada habría que demandar á nadie; ¿por qué, pues, cuando recibe una parte, aun cuando sea en vista de la insolvencia aparente, no ha de tenerse igualmente en cuenta dicha parte?" (3) No tiene duda que el acreedor á quien se deben 10,000 francos y que los recibe de mano de los fiadores ya nada puede pedir á nadie, por la excelente razón de que la deu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 619, y la nota de Bugnet. Duranton, t. XII, pág. 484, núm. 379 y todos los autores.

2 Bigot-Práameneu, Exposición de motivos, núm. 159 (Loaré, tomo VI, pág. 175).

3 Mouricault, Informe núm. 40 (Loaré, t. VI, pág. 252).

da se ha extinguido con el pago. Pero si recibe 1,000 francos para descargar á uno de los fiadores, nada recibe sobre su deuda; los 1,000 francos que le da el fiador son una compensación del riesgo que éste corría y que pone á cuenta del acreedor.

§ II.—DE LA REMISION TACITA DE LOS ARTS. 1,282 Y 1,283.

375. La remisión tácita que resulta de los artículos 1,282 y 1,283 es real por esencia, y no podrá ser personal. Cuando el acreedor entrega su título al deudor ó á un coobligado, se haya en la absoluta imposibilidad de proceder, en el sentido de que no tiene ya prueba literal de su crédito. Ponerse en la imposibilidad de proceder, es manifestar la voluntad de no proceder, y de no proceder contra ninguno, supuesto que ya no se tiene prueba contra nadie. Luego la remisión de la deuda es absoluta ó real. Ni siquiera se concibe que sea personal. No podría serlo sino en virtud de una reserva; es decir, de una voluntad expresa y una manifestación de voluntad expresa excluye la remisión tácita.

376. El Código consagra una consecuencia de este principio en el art. 1,284. “La entrega del título original bajo firma privada ó del testimonio del título á uno de los deudores solidarios tiene el mismo efecto en provecho de sus codeudores.” Al entregar su título á uno de los deudores solidarios, el acreedor se encuentra en la imposibilidad de perseguir, no solo al deudor á quien hizo aquella entrega, sino á todos sus codeudores; supuesto que por su voluntad pierde sus armas respecto de todos, su voluntad tiene que ser la de descargarlos á todos. Esto es lo que puede decirse para justificar la decisión de la ley. (1) ¿No hay que añadir una condición? La remisión tácita es un convenio tanto

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 439, núm. 233 bis II.

como lo expresa, al menos cuando constituye una liberación, y todo convenio exige un concurso de consentimiento. El deudor tiene que aceptar la oferta de liberación que le hace el acreedor; esta aceptación, lo mismo que la oferta, puede ser tácita.

¿El deudor conjunto pero no solidario, podría invocar el beneficio del art. 1,284? Se admite la afirmativa porque hay la misma razón para decidir. Si los codeudores solidarios quedan liberados, no es porque sean solidarios, sino porque el acreedor se ha puesto en la imposibilidad de perseguirlos, y esta misma imposibilidad existe cuando los deudores son simplemente conjuntos. (1)

377. Por la misma razón, los fiadores quedan descargados cuando el acreedor entrega su título al deudor principal. La entrega convencional; es decir, expresa, es real respecto al fiador; con mayor razón debe ser real la entrega tácita.

Cuando la entrega del título se hizo al fiador, el deudor principal queda descargado. Hemos dicho que la remisión expresa hecha al fiador, podía ser real si tal era la voluntad del acreedor. En el caso de que se trata, esa es necesariamente su voluntad, supuesto que voluntariamente se pone en la imposibilidad de perseguir al deudor principal, entregando su título al fiador. Si su intención fuera descargar únicamente al fiador, él haría un descargo expreso; al hacer una remisión tácita, todos los obligados deben aprovecharla, porque todos están al abrigo de las persecuciones del acreedor, en el sentido de que éste se ha despojado de su título respecto de todos. (2) Sin embargo, á nuestro juicio, se necesitaría la aceptación del deudor (núm. 376).

378. ¿El codeudor ó el fiador á quien se hace entrega del

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 207, nota 31, pfo. 323.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 440, núm. 233 bis III.

título tiene un recurso contra los codeudores ó el el deudor principal? Aquí reaparece la dificultad que antes hemos examinado (núms. 350 y siguientes). La entrega del título hace presumir la liberación, y ¿es ésta á consecuencia de un pago, ó es la liberación gratuita? En el último caso, no puede tratarse de un recurso, siendo así que el recurso es de derecho cuando el codeudor y el fiador han pagado. ¿Qué tiene que presumirse? ¿El pago ó la liberalidad? A nuestro juicio, ni una ni otra cosa. Al que pretende tener un recurso en virtud de un pago corresponde rendir la prueba, porque la ley no establece presunción en su favor. Acerca de este punto todos están de acuerdo. (1)

1 Colmet de Santerre, t. V. pág. 440, núm. 233 bis IV.