

# TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

DE POTHIER (1761)

TRADUCIDO POR

S. M. S.

PRECEDIDO DE UN PROEMIO QUE CONTIENE LA LEGISLACIÓN

ESPAÑOLA SOBRE CONTRATOS

---

TOMO I

---

BARCELONA

ADMINISTRACIÓN: CALLE DE STA. MÓNICA N.º 2 BIS

puedan cometer fuera de sus funciones, los amos no incurren en responsabilidad.

122. Observad que aquellos que son responsables de la obligación de un delito cometido por otra persona, y en cuya perpetración no han concurrido, su responsabilidad es otra que la del autor del delito. Bien que ese sea responsable personalmente por la suma á que haya sido condenado en reparación del daño causado, pudiendo en consecuencia reducirlo á prisión,—prisión por deudas—y el delito es de la naturaleza de los que admiten dicha pena, las personas que no tienen otra responsabilidad que la responsabilidad civil, sólo civilmente son responsables, y así no procede el embargo ó secuestro de bienes, ni el encarcelamiento de sus personas.

#### §. De la ley

123. La ley natural es causa por lo menos mediata de todas las obligaciones: pues si los contratos, delitos y casi-delitos producen obligaciones, es porque *á priori* la ley natural ordena que cada uno cumpla lo que prometa y repare el daño causado por su falta.

Es también esta misma ley la que hace obligatorios los hechos de donde resulta alguna obligación, y que son á este efecto llamados *casi-contratos*, como ya lo hemos notado.

Hay obligaciones que tienen por sola y única causa inmediata la ley. Por ejemplo, no es en virtud de ningún contrato ni casi-contrato, que los niños, cuando tienen los medios, están obligados á suministrar alimentos á sus padre y madre si están en la indigencia; esta obligación sólo la produce la ley natural.

La obligación que contrata la mujer de restituir la suma que ha pedido á prestado sin la autorización de su marido, cuando esta suma ha sido en su provecho, no ha sido ni firmada por contrato alguno, ni por casi-contrato: pues el contrato de préstamo que le ha sido hecho de esta suma sin la autorización de su marido, siendo nulo, no puede producir obligación alguna: *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Su obligación es, pues, producida por la ley natural sola, que no permite que nadie se enriquezca á expensas de otro: *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari*; l. 206. d. de *Reg. Jur.*

La obligación que tiene un propietario de una casa de la villa de Orleáns de vender á su vecino la comunidad del muro de su casa que separa las dos casas, cuando el vecino quiere construir á su lado, es una obligación que tiene por sola y única causa la ley municipal que contiene dicha disposición.

Muchos otros ejemplos se podrían citar de obligaciones que tienen por sola y única causa la ley.

Esas obligaciones producen una acción que se llama *condictio ex lege*.

#### SECCIÓN III

##### *De las personas entre quienes puede subsistir una obligación*

124. No puede existir obligación sin la existencia de dos personas; una que sea la que contrate la obligación, y otra en favor de quien se haya contratado. Aquel en favor de quien se ha contratado la obligación se llama *acreedor*, el que la ha contratado se llama *deudor*.

125. Aunque es de la esencia de la obligación

el que existan dos personas, de las que una sea el acreedor y la otra el deudor, sin embargo, la obligación no se destruye por la muerte del uno ó del otro; pues se reputa que dicha persona vive en la de sus herederos que le suceden en todos sus derechos y obligaciones.

126. Aun en el caso de que el acreedor ó el deudor no dejare heredero alguno, no por eso se le dejaría de considerársele vivo en la sucesión vacante; pues que dicha sucesión vacante representa al difunto, ocupa el lugar de su persona y le sucede en todos sus derechos y obligaciones: *Hæreditas personæ defuncti vicem sustinet*: y esta persona ficticia, ya sea del acreedor, ya sea del deudor, basta para hacer subsistir la obligación después de la muerte, ya sea de uno ó de otro.

No tan sólo puede una obligación continuar subsistiendo en la persona ficticia de una sucesión vacante, ó para con una tal persona ficticia; pues hay ciertas obligaciones que pueden contratarse por una tal persona ficticia para con otra de la misma clase.

Por ejemplo, cuando un curador creado para una sucesión vacante administra los bienes de esta sucesión, contrata para la persona ficticia de esa sucesión vacante la obligación de darle cuenta de su gestión, y viceversa; esta persona ficticia de la sucesión vacante contrata para con ese procurador la obligación de darle lo que sea de razón por lo que le ha costado la gestión de sus intereses.

Varios otros ejemplos podrían citarse de obligaciones contratadas por una sucesión vacante; tal es aquella que contrata con el cura que ha enterrado al difunto para el pago de sus derechos de funerales. Viceversa, si alguien roba algún efecto de una he-

rencia vacante, ó le causa algún perjuicio, resultan obligaciones que contrata para con la sucesión vacante.

127. Las asociaciones y comunidades son una cierta especie de personas civiles que pueden contraer obligaciones, pero con todas aquellas personas que están en el mismo caso.

128. Evidente es que los locos, los insensatos, los niños, no son capaces de contratar obligaciones que nazcan de delitos ó de casi-delitos, ni contratar por sí mismos aquellas que nacen de los contratos, puesto que no son capaces de consentimiento, sin el cual no puede haber ni convenciones, ni delitos, ni casi-delitos: más son capaces de contratar todas las obligaciones que se contratan sin el hecho de la persona que las contrata. Por ejemplo, si un tal ha administrado útilmente los negocios de un loco, un insensato, un niño, ese niño, ese insensato, ese loco contrata la obligación de reembolsarle á esa persona lo que le haya costado su gestión, como lo hemos visto ya en el n. 115. De la misma manera contratan también todas las obligaciones que sus tutores y curadores contratan por ellos y en su nombre, n. 74.

Por derecho romano, no se podía contratar obligación alguna entre el padre y el hijo que estuviera todavía bajo la potestad del primero, si no fuera *ex certis causis*; puta, *ex causa castrensis peculii*. La razón está en que el niño que estaba bajo esta potestad no podía, *extra has causas*, tener nada en propiedad, pues adquiría para su padre todo lo que adquiría. La potestad paternal no teniendo tal efecto en nuestro derecho, nada impide que un padre contrate obligaciones para con sus hijos, y que esos hijos las contraten para con él.

#### SECCIÓN IV

##### *De lo que puede ser objeto y materia de las obligaciones*

129. No puede haber obligación sin que haya alguna cosa que sea debida, y que por lo tanto constituya su objeto y materia.

##### §. I. Tesis general sobre lo que puede ser objeto de las obligaciones

130. Objeto de una obligación puede serlo una cosa propiamente dicha (*res*) que el deudor se obliga á dar, ó un hecho (*factum*) que el deudor se obliga á hacer ó no hacer; que es lo que resulta de la definición que nosotros hemos dado de la obligación.

No solamente las mismas cosas (*res*) pueden ser objeto de una obligación; el simple uso de una cosa, ó la simple posesión de la cosa, puede ser objeto de la misma. Por ejemplo, cuando un tal alquila su cosa, es el uso de la cosa, mejor que la cosa misma lo que es objeto de su obligación. Otros mil ejemplos podrían citarse.

##### §. II. Qué clase de cosas pueden ser objeto de una obligación

Todas las cosas de lícito comercio pueden ser objeto de obligaciones.

No sólo un cuerpo fijo y determinado, como un tal caballo, puede ser objeto de una obligación; sino que aun alguna cosa indeterminada puede también ser objeto de la misma, como cuando un tal se compromete á darme un caballo sin determinar qué caballo. Es preciso, sin embargo, que la cosa indeter-

minada que sea objeto de una obligación tenga en su indeterminación una cierta consideración moral; *Oportet est genus quod debetur, habeat certam finitionem*: como cuando se ha prometido un caballo, una vaca, un sombrero, en general: mas si la indeterminación de la cosa es tal que la reduzca casi á nada, no habrá obligación, falta de cosa que sea su objeto y materia, por cuanto en el orden moral, *casi nada*, se mira como nada. Por ejemplo, dinero, trigo, vino, sin que la cantidad sea determinada, ni determinable, puede ser objeto de una obligación, por cuanto eso se puede reducir á casi nada, por ejemplo á un dinero, á un grano de trigo, á una gota de vino. Es por esta razón que la ley 94, D. *de verb. oblig.*, decide que la estipulación *triticum dare oportere*, no produce obligación alguna cuando no se puede saber la cantidad que los contratantes tengan escrita.

Por lo demás, no es necesario que la cantidad que constituye hace el objeto de la obligación sea actualmente determinada, cuando se contrata la obligación, con tal que pueda serlo. Por ejemplo, si un tal está obligado á indemnizarme los daños y perjuicios que he sufrido ó pueda sufrir en tal ocasión, la obligación es válida, bien que la suma de dinero á que asciende no sea todavía determinada, por cuanto es determinable en el momento que se haga el peritaje. De la misma manera, si un tal se obliga á suministrarme trigo para el alimento de mi familia durante un año, la obligación es válida, por más que no se haya determinado la cantidad, por cuanto es determinable por la estimación que se hará de lo que es necesario para ello.

132. Las cosas que no existen todavía, pero de las que se espera la existencia, pueden ser objeto de

una obligación, de manera, sin embargo, que la obligación dependa de la condición de su futura existencia.

Por ejemplo, cuando me obligo á entregar á un negociante en vino el vino que cosechare este año, la obligación es válidamente contratada, bien que no exista todavía. Mas si mis viñas se hielan, y que nada tenga que recoger, la obligación se desvanece, falta de cosa que sea su objeto, como si jamás se hubiese contratado.

Esta regla, de que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación, recibe una excepción por las leyes romanas respecto á las sucesiones futuras. Esas leyes prohíben, como inmorales y contrarias á la honestidad pública, todas las convenciones que tengan relación con las sucesiones futuras, ya sea por aquella que una persona tratará ó dispondrá de su propia sucesión futura respecto á otra persona á quien él promete dejársela, aun en el caso de que esta convención se haga por un contrato de matrimonio, *l. 15. cod. de pact.*; ya sea de aquellas en que las partes trataran de la sucesión de un tercero, que las dichas partes ó una de ellas esperan recoger, *l. fin. cod. de pact.*, á menos de que ese tercero no intervenga y no dé su consentimiento á la convención; *eád. L., fin.*

En nuestro derecho francés, el favor de que gozan los contratos de matrimonio ha hecho admitir las convenciones sobre las sucesiones futuras. Nosotros podemos por el contrato de matrimonio de una persona, comprometernos para con ella á dejarle nuestra herencia futura en todo ó en parte: nosotros podemos igualmente comprometernos á dejarla á los hijos que nazcan del matrimonio. Que es lo que se hace por las instituciones de heredero

contractuales, que están en uso en nuestros contratos de matrimonio, y de las que hemos tratado en el apéndice que se encuentra al final de nuestra *Introducción al título de las sucesiones de la costumbre de Orleáns*. Puédese igualmente, por los contratos de matrimonio, hacer, en interés de una de las dos familias contratantes, tales convenciones que se juzguen convenientes á propósito de las sucesiones futuras del tercero. Las estipulaciones de propio para *con los colaterales y de línea*, son convenciones de esta especie. Nosotros hemos tratado de ellas en nuestra *Introducción general sobre la costumbre de Orleáns, cap. 3, art. 4, §. 3*. Fuera de los contratos de matrimonio, las convenciones sobre las sucesiones futuras no son admitidas por nuestro derecho francés, como tampoco lo eran por el romano.

Es necesario no confundir con una sucesión futura la sustitución ó el fideicomiso de los bienes de un difunto que me los ha dejado á cargo de devolverlos á tal después de mi muerte. Esta sustitución ó fideicomiso no es una sustitución futura, por cuanto no forma parte de mi sucesión futura; es una simple deuda que debo saldar después de mi muerte respecto de aquellos que están llamados á la sustitución, y de la que pueden tratar durante mi vida, ya sea conmigo, ó entre ellos, *l. 1. y 16. Cod. de Pact.*; *l. 11. Cod. de Trans.*

La regla de que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación, recibe otra excepción por las leyes de policía, tales son aquellas que prohíben á los negociantes comprar los trigos ó el heno antes de la recolección, las lanas antes del esquila, y que al efecto declara nulos todos los contratos que se hagan á tal fin. Véase el *Tratado de policía de Delamare*.

133. No solamente las cosas que pertenezcan al deudor pueden ser objeto de su obligación, sino que también aquellas que no le pertenezcan, cuando se obliga á darlas; y en ese caso está obligado á rescatarlas de aquellos que las poseen para darlas á aquellos á quienes las ha prometido.

Si aquellos á quienes pertenezcan no quieren venderlas, el deudor no podría presumirse quitado de su obligación alegando el pretexto de que no es por su culpa si no cumple su obligación, pues no puede obligársele á un imposible, puesto que esta máxima, de que uno no está obligado á un imposible, no es verdad sino cuando la cosa es posible en sí, para que el acreedor haya estado en derecho de contar sobre la ejecución de aquello que se le promete; pues es al deudor á quien hay que imputar la responsabilidad de haber contratado un compromiso, sin mirar antes lo que prometía.

134. Uno puede obligarse á dar una cosa que pertenezca á un tercero; pero lo que uno no puede hacer es comprometerse á darle á uno una cosa que ya le pertenezca, (l. 1. §. 10. d. *Obl. et Act.*) á menos de que sólo le pertenezca imperfectamente, pues en ese caso la obligación sería válida, al efecto de que el deudor venga obligado á entregársela en estado perfecto. Véase nuestro *Tratado del contrato de venta*, n. 8 y siguientes.

135. Es evidente que las cosas que no son propias del comercio no pueden ser objeto de obligación alguna. Por ejemplo, uno no puede obligarse á dar una iglesia, una plaza pública, una canonjía, etc.

Tampoco se puede contratar la obligación de dar una cosa que no puede poseer, por ejemplo, un derecho de servidumbre en una heredad, á uno, que

no tenga una heredad vecina. Mas no es necesario que aquel que se comprometa á dar una cosa, sea capaz de tener y poseer esta cosa, con tal que aquel á quien él se comprometa á darla tenga capacidad: l. 34. d. *de Verb. obl.*

El edicto de 1748, art. 14, habiendo hecho á los poseedores de mano muerta incapaces de adquirir inmuebles, no se puede contratar con ellas la obligación de darles un inmueble.

¿Un oficio enajenable puede ser vendido á una mujer? Sí; pues aunque sea incapaz de desempeñar el título del oficio, no es incapaz de tener el derecho financiero del oficio: y es esta gestión económica; mejor que el título, lo que está en el comercio, y es objeto de la obligación.

### §. III. Cnales hechos pueden ser objeto de las obligaciones

136. Para que un hecho pueda ser objeto de una obligación es necesario que sea posible; pues *Impossibilium nulla obligatio est*: l. 85. d. *de R. Leg.*

Por lo demás, basta que el hecho por el cual un hombre se obliga para conmigo, sea posible en sí, aunque no sea posible en ese hombre: pues si yo no tuviere conocimiento de que á él no le era posible, he debido contar en su promesa; y él se ha obligado válidamente en ese caso respecto á mí *in id quanti mea interest non esse deceptum*. A él debe imputar el no haber examinado sus fuerzas, y el haberse temerariamente comprometido á una cosa que excedía á ellas.

137. Un hecho que es contrario á las leyes y á las buenas costumbres, es semejante á aquel que sería absolutamente imposible, y por lo tanto no puede ser objeto de obligación alguna.

Para que un hecho pueda ser objeto de una obligación, es necesario también que lo que el deudor se ha obligado á hacer sea alguna cosa determinada. Es por esto que la ley 2, §. 5.º. *de eo quod certo loco*, decide, que si alguien promete á otro construirle una casa, sin decir dónde, no contrae con tal promesa una obligación.

138. En fin, lo que uno se obliga á hacer ó á no hacer debe ser de tal naturaleza, que, aquel respecto á quien la obligación se contrata, tenga interés en que aquello se haga ó no se haga; y ese interés ha de ser un interés apreciable.

La razón es evidente: siendo una obligación un lazo de derecho, no puede haber obligación cuando aquel que ha prometido hacer ó no hacer una cosa, puede dejar impunemente de hacerla. Ahora bien, es evidente que puede dejar impunemente de ejecutarla, cuando yo no tengo interés alguno justificable de que haga ó no lo que ha prometido; pues que de ello no puede resultar para con él, indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de su promesa, pues la indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que la estimación del interés que tiene el acreedor en la ejecución de la obligación.

139. Un hecho respecto al cual la parte que lo estipula no tiene interés alguno, no puede á la verdad ser objeto de una obligación; mas puede ser la condición ó la carga. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con vos que vos vendriáis á Orleáns á estudiar derecho durante un año, esta convención sería nula, y no resultaría de ella alguna obligación, por cuanto de ese hecho, del cual yo no puedo tener interés alguno, no puede ser objeto de una obligación para conmigo. Mas si nosotros nos hubiére-

mos convenido que yo os daría diez pistolas, si veníais á estudiar derecho á Orleáns, á cuenta de que vendriáis, la convención sería válida; pues ese hecho, bien que no me interese en modo alguno, puede ser la condición ó la carga de la obligación que resulte de nuestra convención.

Según ese principio, se ha juzgado válida una promesa por la cual un sobrino había prometido á su tío no jugar más, bajo pena de trescientas libras que se obligaba á pagarle caso que faltara á su promesa. La sentencia se encuentra en Maynard y Papon.

140. Un hecho, para ser materia de una obligación civil, debe ser un hecho por el cual aquel, respecto á quien se ha contratado, tenga un interés apreciable á precio de dinero, conforme á las explicaciones arriba indicadas. Mas no es lo mismo respecto á la obligación natural; pues basta que el hecho que es materia de la misma, sea un hecho tal que aquel, para quien ha sido contratado, tenga un interés de una justa afección, para que la obligación sea válida como obligación natural. Aquel que ha prometido ese hecho y falta á su palabra, teniendo poder para cumplirla, peca, y se hace culpable en el foro de la conciencia, bien que no pueda ser perseguido delante del foro exterior. Véase *supra* cap. §. 1, art. 5, §. 1.

## CAPITULO II

### DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

#### ARTÍCULO PRIMERO

##### *Del efecto de las obligaciones por parte del deudor*

##### §. I.—De la obligación de dar

141. Aquel que está obligado á dar una cosa, está obligado á darla en tiempo y lugar conveniente al acreedor, ó á aquel que tenga poder ó cualidad para recibirla en lugar suyo. Véase la tercera parte de este Tratado, cap. I, donde nosotros tratamos del pago de las obligaciones.

142. Cuando es un cierto cuerpo lo que hace el objeto de la obligación, la obligación tiene todavía ese efecto respecto al deudor, que le obliga á tener un cuidado conveniente para la conservación de la cosa debida, hasta tanto que el pago se haya hecho; y si por falta de cuidado, la cosa pereciera, ó se perdiera, ó se deteriorara, vendría obligado al pago de daños y perjuicios que resultaran para el acreedor. Trataremos de esos daños y perjuicios *infra. art. 3.*

El cuidado que se debe poner á esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos ó casi-contratos de donde descende la obligación.

La Ley S. §, 2, d. *commodat.*, de esta regla, que cuando el contrato no concierne más que á la sola utilidad de aquel á quien la cosa debe ser dada ó

restituída, el deudor que está obligado á darla ó restituirla, no está obligado más que á poner su buena fe en la conservación de la cosa, y por consiguiente no es responsable sino á causa de una falta tan grande, que á causa de su enormidad, se repute como si existiera dolo: *Tenetur duntaxat de lata culpa et dolo proxima*. Por ejemplo, un depositario no está obligado á poner más que buena fe en la conservación del depósito que se le ha confiado, y que se ha obligado á restituir, por cuanto el contrato de depósito se hace por la sola utilidad de aquel que ha confiado la cosa, y á quien el depositario se ha obligado á restituirla. Si al contrato concierne la utilidad común de los dos contratantes, el deudor está obligado á llevar á la conservación de la cosa que debe, el cuidado ordinario que las personas prudentes tienen en sus negocios, y por consiguiente, es responsable de la más ligera falta. Por ejemplo, el vendedor está obligado de esta falta para aquel á quien se ha obligado á entregar la cosa vendida; el acreedor es responsable de esta falta en relación de la cosa recibida en amortización, á la restitución de la cual se ha obligado; por cuanto en contratos de venta y amortización se hacen para utilidad respectiva de los contratantes. Si el contrato no se hace más que para la sola utilidad del deudor, como por ejemplo cuando se trata de un contrato de préstamo, está obligado á tener, respecto de la conservación de la cosa, no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible; y por consiguiente, es responsable de la más ligera falta.

Esta regla recibe, sin embargo, numerosas excepciones, como tendremos ocasión de examinarlas en los tratados particulares sobre los diferentes contratos y casi-contratos.

Por lo que hace á los casos fortuitos y de fuerza mayor, *vis divina*, el deudor de un cierto cuerpo, en tanto que no está en disposición de pagarlo, no está jamás obligado á hacerlo, como no sea á consecuencia de una convención particular por la que se hubiere encargado de ello, ó que una falta precedente del deudor no hubiere dado lugar al caso fortuito. Por ejemplo, si os he prestado mi caballo para ir á cierto lugar, y habéis sido atacado por ladrones quienes hos han robado ó matado mi caballo, aunque esta violencia que vos habéis sufrido sea un caso fortuito del cual un deudor generalmente no es responsable, sin embargo, si en lugar de seguir el camino ordinario y más seguro, hubieseis tomado por un camino de traviesa, conocido como infestado por bandidos, y en él fueseis atacado, seríais responsable de ese caso fortuito, por cuanto es vuestra imprudencia quien ha dado lugar al robo.

143. Es todavía efecto de la obligación de dar, por parte del deudor, el que cuando ha sido requerido para que satisficiera su obligación, sea requerido por los daños y perjuicios que debe al acreedor, con motivo de dicho requerimiento, y que venga obligado á indemnizarle, caso de que no satisfaga la obligación en el momento de que ha sido requerido.

Es en consecuencia de ese principio, que si la cosa debida ha sido deteriorada, ó bien se ha perdido totalmente, después del requerimiento del deudor, aunque sea por caso fortuito ó fuerza mayor, que de ella sea responsable el deudor caso de que la cosa no haya perecido en casa del mismo acreedor.

También es en virtud de ese principio, que el deudor está obligado á dar razón al acreedor, no solamente de los frutos percibidos, sino de todos

aquellos que se habrían podido percibir por el acreedor después del requerimiento hecho al deudor.

Sobre las otras especies de daños y perjuicios, véase *infra el art. 3.*

144. Observad que, según nuestras costumbres, un deudor no se reputa como obligado á dar la cosa debida por él, más que mediante una demanda judicial hecha en forma, y solamente á contar del día de esa demanda.

Esta decisión tiene lugar aunque la cosa sea debida á menores ó la Iglesia: los principios del derecho romano sobre la devolución que se contrataba *re ipsa* respecto á esas personas, no tienen aplicación entre nosotros, pues no están en uso.

Es necesario exceptuar de nuestra decisión á los ladrones, quienes están reputados como debiendo satisfacer la obligación que han contratado de restituir la cosa robada, desde el mismo instante que la han contratado por el robo que han cometido, sin que sea necesario para con ellos demanda alguna judicial; *L. fin. de cond. furt.*

El plazo durante el cual el deudor ha estado obligado á dar la cosa, cesa por medio de ofertas válidas, por las cuales ha puesto al acreedor en estado de recibir.

145. La obligación de dar una cosa se extiende algunas veces á los frutos de esta cosa, cuando los produce; y á los intereses, cuando es una cantidad de dinero lo que se debe.

De ordinario el deudor no debe más que los frutos que han sido ó podido ser percibidos después de la demanda judicial que le ha puesto en el caso de abonarlos; y los intereses igualmente no corren sino á contar de dicho tiempo. Algunas veces empero los frutos y los intereses son debidos antes del pla-

zo, como en los contratos de venta de una cosa frugífera. Eso depende de la diferente naturaleza de los contratos y de otras causas de donde nacen las obligaciones. Eso es lo que nosotros veremos al tratar de los diferentes contratos y casi-contratos.

§. II. De la obligación de hacer ó de no hacer

146. El efecto de la obligación que una persona ha contratado de hacer alguna cosa, es que ella debe hacer lo que ella se ha obligado á hacer; y que, si no lo hace, después de haber sido requerida para que lo haga, debe ser condenada al pago de daños y perjuicios á aquel con quien ha sido contratada; es decir, *in id quanti creditoris intersit factum fuisse id quod promissum est*: lo que debe ser estimado en una suma de dinero por peritos convenidos entre las partes.

De ordinario al deudor no puede ponerse en el caso de cumplir su obligación más que por una demanda judicial que el acreedor formula contra el dicho y para que haga lo que ha prometido, sino que sea condenado al pago de daños y perjuicios.

El juez, en vista de esta demanda, prescribe un cierto tiempo dentro del cual el deudor venga obligado á hacer lo que ha prometido; y caso de que no lo haga dentro de dicho término se le condena en costas, al pago de daños y perjuicios.

Si el deudor satisface dentro del plazo concedido su obligación, evita los daños y perjuicios, y debe sólo abonar los gastos, á menos de que el juez no estime que se deben algunos daños por causa del retardo.

147. Algunas veces el deudor está obligado á daños y perjuicios al acreedor, por falta de haber

hecho lo que se había obligado á hacer, bien que no haya sido requerido por la Justicia. Eso tiene lugar cuando la cosa que el deudor se ha obligado á hacer, no puede hacerse útilmente que dentro cierto período de tiempo que se ha dejado pasar. Por ejemplo, si yo he encargado á un procurador de hacer en mi nombre oposición al decreto de una heredad que se me había hipotecado, y que ese procurador haya dejado interponer el decreto sin hacer la oposición, está obligado á darme daños y perjuicios, bien que no haya formado demanda contra del mismo para que me los dé, pues que el tiempo dentro del cual sabía que esta oposición había de ser hecha, tenía lugar de demanda.

148. El efecto de la obligación que una persona ha contratado de no hacer tal cosa, es, que si la hace está obligada á daños y perjuicios que resultan del perjuicio que se le ha causado haciendo aquella cosa, siendo así que se habían obligado para con él á no hacerla.

149. Cuando aquel que se había obligado á hacer alguna cosa, se ha visto privado de poder hacerla por algún caso fortuito ó por fuerza mayor; y que igualmente cuando aquel que se había visto obligado ha hacer tal cosa, se ha visto obligado á hacerla por causa de fuerza mayor, no hay lugar á daños y perjuicios, pues *nemo præstat casus fortuitos*.

Observad que en ese caso debo advertiros de la fuerza mayor que me ha impedido hacer aquello que yo me había comprometido á hacer respecto á vos, á fin de que vos podáis tomar vuestras medidas para proveer por vos mismo ó por otro. Sin eso yo no evitaría los daños y perjuicios, á menos de que esta fuerza mayor no me hubiere también pri-

vado de poder advertíroslo; L. 27, §. 2. d. *Mand.*

## ARTÍCULO II

### *Del efecto de la obligación en relación al acreedor*

150. Los efectos de la obligación en relación al acreedor son: 1.º el derecho que se le da de perseguir en justicia al deudor por el pago de lo que está contenido en la obligación.

2.º Cuando la obligación es de una suma líquida, da derecho al acreedor de oponerla á su deudor en compensación, hasta la debida concurrencia de aquella que él deba á su deudor. Trataremos de esta compensación *infra*, pac. 3, cap. 4.

3.º La obligación sirve al acreedor de fundamento para las otras obligaciones que podrían contratar los fiadores respecto á él, por la persona que la ha contratado. De los fiadores hablaremos en la parte 2.ª, cap. 6.

4.º Sirve de materia para la novación cuando ha lugar. Véase por lo que toca á las novaciones *infra*, part. 3, cap. 2.

En este momento sólo hemos de tratar del primero y principal efecto de la obligación, que es el derecho que da al acreedor de perseguir por las vías judiciales el pago de lo que se le debe. Es necesario á este fin distinguir el caso en que la obligación consiste en dar alguna cosa, de aquel en que consiste en hacer ó no hacer alguna cosa.

#### §. I. Del caso en que la obligación consiste en dar

151. El derecho que esta obligación da al acreedor de perseguir el pago de la cosa que el deudor

se ha obligado á darle, no es un derecho que le dé á esta cosa, *jus in re*, sino que es un derecho contra la persona del deudor para hacerle condenar á dar esta cosa, *jus ad rem*. *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum*; L. 3, d. de *Obligat. et act.*

La cosa que el deudor se ha obligado á dar continúa pues perteneciéndole, y el acreedor no puede convertirse en su propietario más que por la tradición leal ó simulada que le hará el deudor al cumplir su obligación.

Hasta el momento de esta tradición el acreedor no tiene más que el derecho de pedir la cosa, y no tiene ese derecho más que contra la persona del deudor que ha contratado la obligación para con él, ó contra sus herederos y sucesores universales, por cuanto el heredero sucede á todos los derechos activos y pasivos del difunto, y por consiguiente á sus obligaciones; y por cuanto los sucesores universales del deudor al suceder en sus bienes, suceden también por consiguiente en sus deudas, que son una carga de sus bienes.

152. De donde se sigue que si mi deudor, desde que ha contratado para conmigo la obligación de darme una cosa, á hecho pasar esta cosa á un tercero á título singular, ya sea de venta, ó de donación, no podré pedir esta cosa á ese tercero, sino solamente á mi deudor, quien no pudiendo dármela, por no poseerla ya, será condenado al pago de los daños y perjuicios que irroque la falta de cumplimiento de su obligación.

Lo razón está, en que según nuestros principios, la obligación no da al acreedor derecho alguno á la cosa que le es debida, por el cual pueda perseguirla

en las manos del que la posea. Siendo el derecho que da una obligación un derecho que el acreedor tiene sólo contra el deudor y sus sucesores universales, no puedo tener acción alguna contra el tercero adquirente de esta cosa, quien, siendo un adquirente por título singular, no ha sucedido en las obligaciones de aquel que se ha obligado para conmigo. l. *Quoties*, 15, *Cod. de Rei vind.*; *Paul. sent.* v. 11, 4.

Por la misma razón, si mi deudor ha legado la cosa que se había obligado á darme, y muere, por su muerte, habrá transferido la propiedad al legatario, según la regla de derecho que dice: *Dominium rei legate statim á morte testatoris transit á testatore in legatarium*: pues habiendo, según nuestros principios, quedado siendo su propietario, ha podido transferirle su propiedad. Al legatario, pues, será á quien ha de entregarse: y en este caso yo no tendré más que una acción en demanda de daños y perjuicios contra los herederos de mi deudor. l. 32. d. *Locat.*

153. Observad empero, que si el deudor, cuando ha hecho pasar á un tercero la cosa que se había obligado á darme, no era solvente, yo podré accionar contra el tercer adquirente para hacerle rescindir la alienación que se le ha hecho en fraude de mi crédito, con tal que él haya participado en el fraude, *consciens fraudis*, si era adquirente á título oneroso; si lo era á título gratuito, para esto ni sería necesario que hubiese participado en el fraude. *Tit. D. Quæ in fraud. cred.*

Observad también que si la venta me ha sido hecha por un acto delante de notario, y que la cosa vendida sea una heredad ú otro inmueble, yo tengo un derecho de hipoteca sobre esta heredad para la

ejecución de la obligación que mi vendedor ha contratado para conmigo; y puedo perseguir ese derecho de hipoteca contra ese segundo comprador á quien encuentre en posesión de esta heredad. Puede también, á la verdad, remitirme á la discusión de los bienes de mi vendedor, por los daños é intereses que me sean debidos, y que resulten de la inejecución de la obligación que ha sido contratada para conmigo; mas si esta discusión es infructuosa por la insolvabilidad de mi vendedor, el segundo comprador vendrá obligado á saldar la heredad delante de mi acción hipotecaria, si es que no prefiere pagarme daños y perjuicios.

154. Aunque una obligación personal no dé por sí misma al acreedor respecto de quien ha sido contratada, derecho alguno á la cosa de que es objeto, sin embargo, hay ciertas obligaciones á la ejecución de las cuales viene afectada la cosa de que es objeto; y esta afectación da un derecho á la cosa al acreedor, para perseguir la ejecución de la obligación contra el tercero detentor de esta cosa. Tal es la obligación que resulta de la cosa de la cláusula de recobro, por la que el comprador de una heredad se obliga para con el vendedor á devolvérsela cuando él quiera entrar de nuevo en posesión, reembolsándole lo que le ha costado. La heredad que constituye el objeto de esta obligación por parte del comprador queda afectada á la ejecución de esta obligación, y el vendedor puede perseguir la ejecución contra un tercero detentor de la heredad. Pero no es la obligación la que produce ese derecho de afectación: la obligación no es por sí misma capaz de dar derecho alguno como no sea contra la persona que la ha contratado: ese derecho de afectación resulta de que el vendedor, al alienar su he-

redad, se reputa como habiendo retenido ese derecho de afectación á las obligaciones que el comprador contrataba para con él por relación á esta heredad.

Ese derecho de afectación es mucho más fuerte que el derecho de hipoteca. El acreedor de un cierto cuerpo afectado al cumplimiento de su crédito, puede hacer condenar al poseedor á que le deje precisamente la cosa, sin que el poseedor pueda remitirlo contra el deudor principal, y sin que pueda ofrecerle en su lugar los daños y perjuicios que resultan de la inejecución de la obligación.

155. Por lo que toca á las vías que tiene el acreedor para obligar al deudor ó á sus herederos y sucesores universales á darle lo que le es debido, hay dos; la vía mandatoria y de ejecución, y la de simple demanda.

La primera consiste en hacer al deudor, á su persona ó á su domicilio, por un notario, un requerimiento para que pague, y en apoderarse, caso de que se niegue, de sus muebles y aun de sus inmuebles, y hacerlos vender para cobrar lo que le es debido.

Para que el acreedor pueda usar esta vía es necesario que concurren tres cosas: 1.º Es necesario que la deuda sea una suma de dinero cierta y líquida, ó una cierta cantidad de especies *fongibles*, como trigo, vino, etc. Observad que por más que se pueda hacer ejecución por una deuda en especies, cuando la cantidad debida es líquida, se debe, sin embargo, sobreseer en la venta hasta que se haya hecho la apreciación. *Ordenanza de 1667 tit. 33, art. 2.*

En segundo lugar es necesario que el acreedor tenga su título ejecutivo, es decir, un acto pasado por ante notario, revestido de esas formas, por el

cual el deudor se haya obligado á pagar, ó una sentencia condenatoria cuya ejecución no se haya suspendido por apelación en oposición. Véase nuestra Introducción al título 20 de la costumbre de Orleáns, *cap. 2, §. 1.*

Tercero, es necesario que sea contra la misma persona que se ha obligado por acto delante de notario, ó la que haya sido condenada, contra quien el acreedor proceda por vía de ejecución. Aunque los herederos de esta persona sucedan á sus obligaciones, el acreedor no puede proceder contra ellos por vía de ejecución, y sí sólo por vía de demanda, hasta tanto que hayan pasado un nuevo título por delante notario, ó que el acreedor haya obtenido contra ellos una sentencia de condenación.

Cuando concurren esas tres cosas, el acreedor tiene la vía de ejecución, y no le es permitido tomar por la vía de simple demanda.

La vía de simple demanda es aquella que debe tomar el acreedor que no tiene la vía de ejecución: consiste en citar al deudor delante del juez competente, y en obtener contra él sentencia condenatoria.

156. Cuando la cosa debida es un cierto cuerpo, y que el deudor, condenado por sentencia á dar la cosa, tiene la cosa en su posesión, el juez, mediante el requerimiento del acreedor, debe permitirle el que se apodere del dicho cuerpo y entre en posesión del mismo; y no basta que el deudor ofrezca, en ese caso, el pago de los daños y perjuicios que resulten del incumplimiento de su obligación. Véase sobre este particular nuestro *Tratado sobre el contrato de venta, n.º 67.*

§. II. Del caso en que la obligación consista en hacer ó no hacer una cosa.

157. Cuando alguien se ha obligado á hacer alguna cosa, esta obligación no da al acreedor el derecho de obligar al deudor precisamente á hacer lo que se ha obligado á hacer, sino tan sólo el de hacerle condenar al pago de daños y perjuicios, falto de haber satisfecho á su obligación.

Es en esta obligación de daños y perjuicios que se resuelven todas las obligaciones de hacer alguna cosa; pues *Nemo potest præcise cogi ad factum*.

158. Cuando alguien se ha obligado á no hacer una cosa, el derecho que da esta obligación al acreedor es el de perseguir en justicia al deudor, en caso de contravención á su obligación, para hacerle condenar al pago de los daños y perjuicios que resulten de la contravención.

Si lo que él se había obligado á no hacer, y que ha hecho en perjuicio de su obligación, es alguna cosa que pueda destruirse, el acreedor puede también conducir contra su deudor hasta á la destrucción. Por ejemplo, si mi vecino se ha obligado para conmigo á no cerrar una avenida, á fin de dejarme libre el paso, y que en perjuicio de esta obligación la ha cerrado por una barrera ó foso, puedo hacerle ordenar y obligarle á que cierre la barrera ó á que llene el foso, y que en caso de no hacerlo dentro de un cierto tiempo, estaré autorizado para hacerlo á sus costas.

### ARTÍCULO III

*De los daños y perjuicios que resultan, ya sea del incumplimiento de las obligaciones, ya del retardo puesto á su ejecución.*

159. Se llama *daños y perjuicios* la pérdida que