

Curso de Contratos

Iván Escobar Fornos



Editorial  Hispamer
Colección Textos Jurídicos

Cuidado de edición

Eduardo J. Saballos Almendárez
Alicia Casco Guido

Diseño de Portada

Reynaldo Silva Flores

Diseño y Diagramación

Reynaldo Silva Flores

Revisión de Texto

Aníbal Ruíz Armijo

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Iván Escobar Fornos, 1988

© HISPAMER, 1998

Segunda Edición 1998

Costado Este de la UCA, Apartado A-221, Zona 13

Managua, Nicaragua

Impreso por Impreandes Presencia S. A.

INDICE

		Efectos de las acciones revocatorias y resolutorias con relación a terceros	94
Capítulo I		Capítulo V	
Compraventa	7	Arrendamiento	95
Definición	7	Concepto	95
Características	8	Diversos Tipos de Arrendamiento	95
Importancia	9	Caracteres de Arrendamiento	96
Clases	9	Requisitos	96
Requisitos	9	Sistema del Código Civil	97
Consentimiento	10	Su crisis	97
Capacidad	11	Arrendamiento de cosas	99
Objeto	12	Reglas especiales	114
Precio	17	Arrendamiento de muebles en general	118
Efectos	20	Arrendamiento de ganado	120
Obligaciones del Vendedor	20	Conclusión del arriendo	123
Obligaciones del Comprador	36	La aparcería o colonia	128
Modalidades de la compra	38	Contrato de hospedaje	131
Compraventa condicional	38	Contrato de transporte	134
Venta con pacto comisorio	40	Contrato de obra	138
Cláusula de no Enajenar	42		
La venta ad gustum	42	Capítulo VI	
Venta a ensayo o prueba	43	La Sociedad	155
Venta con calidad determinada	43	Concepto	155
Venta a satisfacción del comprador	44	Caracteres	155
Venta con pacto de retro venta	45	Elementos de la sociedad	158
Pacto de reventa	52	Sociedad de hecho o irregular	159
Ventas con reserva de dominio	53	Nulidad por objeto ilícito	161
Venta con pacto de preferencia	54	Clases de Sociedades	161
Venta con facultades de señalar la persona para quien se compra	57	Sociedades Civiles y Comerciales	161
Pacto del mejor comprador	58	Sociedades Universales	162
Modalidades de la venta del inmueble	61	Las sociedades particulares	163
Venta en junto, bloque o masa	65	Obligaciones y derechos de los socios	163
Venta por cuenta peso o medida	66	Disolución de la Sociedad	168
Jurisprudencia	67		
		Capítulo VII	
Capítulo II		El mandato	171
Promesa de Ventas	70	Generalidades	173
Concepto	70	Mandato en interés del mandante y mandatario	173
Función negociable de la promesa de venta	70	Mandato en interés del mandante y un tercero	173
Diferencia entre la promesa de venta y la venta	70	Mandato en interés exclusivo del tercero	174
Clases de Promesas	72	Responsabilidad con el mandante	187
Efectos	73	Actos y contratos nulos	187
Requisitos	74	La ratificación	188
Jurisprudencia	75	Relaciones del mandatario y los terceros	189
		Diligencias del mandatario con la ejecución del encargo	190
Capítulo III		Caso fortuito o fuerza mayor	190
La Permuta	78	Delegación del mandatario	191
Concepto	78	La autocontratación	194
Caracteres	78	Rendición de cuentas	199
Afinidad con la venta	79		
Cosas que se pueden permutar	79	Capítulo VIII	
Efectos	79	El mutuo o préstamo de consumo	219
		Definición	219
Capítulo IV		Clasificación	219
La donación entre vivos	82	Capacidad	219
Definición	82	Caracteres	220
Características de la donación	82	Efectos del mutuo	222
Elementos	83	Plazo para la restitución	224
Clasificación de las donaciones	87		
Efectos de las donaciones	89		
Extinción de las donaciones	92		

Obligaciones del Mutuante	225	Clases de fianza	270
El mutuo con interés	225	Efectos de la fianza	274
Diferentes tipos de interés	227	Extinción de la fianza	286
Anatocismo	228	Diferencias de la fianza con otras figuras	291

Capítulo IX

El comodato o préstamo de uso	229
Definición	229
Caracteres	229
Prueba del comodato	231
Capacidad	231
Obligaciones del comodatario	232
Obligaciones del comodante	235
Extinción del comodato	236
Diferencia entre el comodato y el mutuo	237
Jurisprudencia	238

Capítulo X

El depósito	239
Definición	239
Caracteres del depósito	239
Diversas especies de depósito	240
Depósito propiamente dicho	241
Obligaciones del depositario	242
Derechos del depositario	245
Obligaciones del depositante	246
Derechos del depositante	246
Extinción del depósito	246
El depósito necesario	247
El secuestro	249

Capítulo XI

Juego o apuesta	251
Concepto y elementos	251
Diferencia entre juego y apuesta	251
Juegos o apuestas prohibidos o permitidos	252
Efectos de los juegos o apuestas permitidos	253
Efectos de los juegos o apuestas prohibidos	253
Juegos penados o permitidos por las leyes especiales	255
La suerte como medio para dividir las cosas o para terminar cuestiones dudosas o litigiosas	255

Capítulo XII

Renta vitalicia	256
Concepto	256
Caracteres del contrato oneroso de renta vitalicia	256
Críticas	256
Elementos de la renta vitalicia onerosa	257
Efectos	259
Extensión del contrato	260
Diferencias con otros contratos	260

Capítulo XIII

La fianza	262
Las cauciones	262
Concepto	262
La fianza es un contrato	263
Caracteres de la fianza	263
Requisitos	266

Capítulo XIV

La anticresis	294
Origen	294
Definición	294
Características	294
Requisitos del contrato	296
Efectos	296
Compatibilidad de la anticresis y la hipoteca	300
Prescripción	300
Clases de anticresis	301
Extinción	301

Capítulo XV

La prenda	302
Origen de la prenda y la hipoteca	302
Concepto	303
Variedades de prenda	303
Característica de la prenda	303
El contrato de prenda	305
Efectos de la prenda	308
Transferencia de derecho de prenda	312
Extinción de la prenda	312

Capítulo XVI

La hipoteca	314
Breve historia	314
Concepto	315
Su importancia	315
Caracteres	315
Clases de hipoteca	318
Características del contrato de hipoteca	319
Elementos del contrato	320
Efectos de la hipoteca	323
Extinción de la hipoteca	329

Capítulo XVII

La hipoteca mobiliario	334
Las garantías reales mobiliarias	334
Diversos tipos de garantías	334
Diferencias legales	335
Concepto de la hipoteca mobiliaria	336
Caracteres	336
Su importancia	336
Forma	336
Publicidad	337
Obligaciones garantizables	337
Bienes hipotecables	337
Efectos	337
Diferencia entre hipoteca mobiliaria y la prenda	338
La hipoteca mobiliaria en nuestro derecho	339

Indices Auxiliares

Código de abreviaturas	341
Índice onomástico	342
Índice de artículos	343
Índice de jurisprudencia	346

PROLOGO

El Dr. Iván Escobar Fornos, un nicaragüense amante del estudio y de la investigación jurídica, que tiene la bondad de no guardarse para sí el producto de su intensa labor intelectual, sino que lo esparce en forma de folletos y libros entre sus colegas, discípulos y lectores, ávidos de conocer sus pensamientos y de estudiar los múltiples temas que aborda con erudición y acierto admirable ya sea sobre el Derecho Inmobiliario Registral, en lo que es una respetable autoridad, o en el área del Derecho Procesal Civil, o en materia de Amparo Constitucional, o bien en el extenso campo de la Obligaciones y Contratos.

Con relación al libro **Curso de Contratos**, objeto específico de nuestra nota introductoria, esta ya había aparecido en una primera edición por editorial imprenta UCA.

Editorial HISPAMER en esta oportunidad financia esta obra de **Curso de contratos** actualizada, corregida, con jurisprudencia nacional y concordada con nuestro Código Civil y de Procedimiento Civil, lo cual estamos seguro será de gran ayuda para el estudiante jurista y estudioso del derecho en general.

Podemos decir con seguridad que tener en nuestro poder el libro **Curso de Contratos** de tan destacado autor, es poseer una enciclopedia de la materia, que nos ayudará a resolver cualquier problema que sobre la misma se nos presente, con acierto y prontitud.

Muchas gracias Dr. Escobar Fornos por el aporte que nos hace con su estudio e investigación ejemplar.

Felipe Rodríguez Serrano
San José Costa Rica

Capítulo I

Compraventa

SUMARIO: 1. Definición.- 2. Características. A. Es un contrato consensual. B. Es un contrato bilateral. E. Es un contrato oneroso. D. Es un contrato comutativo. E. Es un contrato principal. F. Es un contrato de ejecución instantánea. G. Trasmite el dominio.-3. Su importancia.-4. Clases.-5. Requisitos.-6. El consentimiento.-7. Capacidad.-8. Objeto: A. Cosas que pueden ser vendidas. B. Requisitos del objeto: a) Posible; b) Real; c) Determinado o determinable; d) Propio; e) No debe pertenecer al comprador. C. Venta de cosa futura y venta de esperanza.-9. El precio: A. Concepto. B. Requisitos: a) Precio en dinero; b) Precio cierto. C. Las arras.-10. Efectos.-11. Obligaciones del vendedor: A. Obligación de conservar y entregar la cosa. B. Garantía de la cosa vendida.-12. Obligaciones del comprador: A. Obligación de pagar el precio. B. Derecho a depositar el precio. C. Lugar y tiempo del pago. D. Resolución del contrato por falta del pago del precio. E. Obligación de recibir la cosa.-13. Modalidades de la compraventa.-14. Compraventa condicional.-15. Venta con pacto comisorio.-16. Cláusula de no enajenar.-17. Venta ad gustum.-18. Venta a ensayo o prueba. -19. Venta con calidad determinada.-20. Venta a satisfacción del comprador.-21. Venta con cláusula de arrepentimiento.-22. Venta con pacto de retroventa: A. Concepto y naturaleza jurídica. B. Su utilidad. C. Requisitos. D. Forma de ejercitar el derecho. E. Personas que pueden ejercer la retroventa. F. Personas contra las cuales se puede ejercer la retroventa. G. Efectos de la retroventa.-23. Pacto de reventa.-24. Venta con reserva de dominio.-25. Venta con pacto de preferencia: A. Su concepto y naturaleza. B. Requisitos. C. Efectos. D. Venta en pública subasta. E. Intrasmisibilidad del derecho de preferencia.-26. Venta con la facultad de señalar la persona para quien se compra: A. Concepto y naturaleza jurídica. B. Requisitos. C. Efectos. 27. Pacto del mejor comprador: A. Concepto y naturaleza. B. Transmisibilidad. C. Bienes sobre el que recae y plazo. D. Solo cabe en casos de venta y pago. E. Limitaciones del ar. 2709 C.F. Efectos. G. Comparación con el pacto de preferencia.-28. Modalidades de la venta de inmueble.-29. Venta en junto, bloque o masa.-30. Venta por cuenta, peso o medida.-31. Jurisprudencia.

1. Definición

La compraventa se encuentra definida en el art. 2530C. que dice:»La compra y venta es un contrato por el cual una de las partes transfiere a otra el dominio de cosas determinadas por un precio cierto». Esta definición consagra varias de las características de la compraventa y señala los requisitos de especial relevancia: el objeto y el precio. Según los anotadores, esta definición fue tomada de la obra de Don Modesto Falcon.¹

¹ Nota al art. 2530C.

2. Características

El contrato de compraventa tiene las características siguientes:

A. Es un contrato consensual

El carácter consensual de este contrato se consagra en el art. 2540C. que dice: «La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado».²

Es cierto que el art. 2534C. establece que la compraventa de inmueble se otorgará en escritura pública; pero esta no es un requisito esencial de su perfeccionamiento. Si no se celebró en escritura pública, el contrato existe y las partes pueden compelerse para su otorgamiento y procede a la inscripción.

B. Es un contrato bilateral

Es bilateral porque se obliga tanto el vendedor como el comprador. El primero se obliga a entregar la cosa vendida y a responder por la evicción y saneamiento. El segundo se obliga a pagar el precio, lo mismo que a recibir el objeto comprado.

C. Es un contrato oneroso

Es oneroso por cuanto ambos contratantes sufren un sacrificio, un gravamen. El vendedor se desprende de la cosa y el comprador del precio.

D. Es un contrato conmutativo

Es conmutativo por cuanto las partes pueden prever, al celebrarse el contrato, el sacrificio equivalente de sus prestaciones, lo mismo que sus ventajas.

No obstante, a veces puede ser aleatorio, como sucede en las ventas de cosas futuras cuando el comprador asume el riesgo de que no llegaren a existir en todo o en parte, o cuando se venden como existentes las sujetas a riesgos y el comprador los asume, de acuerdo con art. 2571C.

E. Es un contrato principal

Es principal porque subsiste por sí solo. No necesita de otro para subsistir, como sucede con la hipoteca y la fianza.

². El carácter consensual de la compraventa tanto civil como mercantil, lo confirma la Corte Suprema en sentencia de las 8 a.m. del 4 de febrero de 1931, B.J.,P.7689.

F. Es un contrato de ejecución instantánea

Es de ejecución instantánea por cuanto se cumple de una sola vez. No obstante, puede ser de ejecución sucesiva cuando está de por medio un suministro de cosas.

G. Trasmite el dominio

Tal efecto se desprende de la definición que da el art. 2530C. En ella se expresa que la compraventa transfiere el dominio. Se produce la transmisión aunque ni el precio ni la cosa se hayan entregado. Este sistema de transmisión es el consagrado por el Código Civil francés, el que se aparta del sistema romano y del alemán.

3. Su importancia

Este contrato es el más usual y en los tiempos modernos, se presenta en forma masiva. Por lo expuesto, es regulado en los códigos en forma minuciosa.

4. Clases

La compraventa puede ser civil y mercantil. El art. 341 C.C. Expresa: «Serán mercantiles las compraventas a las que este Código da tal carácter y todas las que se hagan de bienes muebles con el objeto directo y preferente de traficar, esto, es, de revenderlos, o alquilar su uso».

De acuerdo con el art. 111 literal i) C.C. la venta de inmueble queda sujeta al Código Civil.

Es importante la distinción para determinar la ley reguladora del contrato; a saber:

a) De acuerdo con el Código Civil la venta civil puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles; de acuerdo con el Código de Comercio, la mercantil sólo sobre muebles.

b) De acuerdo con el art. 2568 C. no pueden venderse las cosas ajenas, bajo pena de nulidad; en cambio el art. 342C.C. expresa que la venta de cosa ajena es válida y, como consecuencia, vincula a las partes.

5. Requisitos

La compraventa es un contrato y como tal debe reunir todos los requisitos generales de los contratos: consentimiento, objeto, capacidad y causa.

El precio y la cosa vendida forman parte del objeto del contrato de compraventa, pero en este contrato adquieren características especiales de la compraventa. La doctrina los califica como elementos especiales.

Si falta el precio o la cosa, no hay venta. Si falta el precio, por ejemplo, no hay venta, pero puede convertirse en donación si se han llenado los requisitos de ésta.

El art. 2533C. establece que el contrato no será juzgado como de compraventa, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le faltare un requisito esencial. Trataremos brevemente sobre el consentimiento, capacidad, objeto y precio.

6. El consentimiento

El consentimiento es un requisito esencial de todo contrato, y como consecuencia, de la compraventa. El consentimiento debe recaer sobre:

a) La cosa comprada. No existe contrato válido si Juan cree vender el inmueble X y José entiende comprar el inmueble Y Juan cree vender un automóvil Datsun y Pedro cree adquirir un Jeep Toyota.

b) El precio. No hay contrato válido si Juan cree vender el inmueble X por C\$100,000 y Pedro cree adquirirlo por C\$10,000.

c) Sobre la naturaleza del contrato. No habrá venta ni arrendamiento si Juan cree vender a plazo el inmueble X y Pedro recibirlo en arriendo.

La venta, como contrato que es, se forma por el consentimiento libre del vendedor y del comprador. No obstante, el art. 2531C. establece algunos casos en que una persona se ve compelida a vender. Las ventas forzadas no son consideradas como verdaderas ventas, por cuanto falta el consentimiento libre del vendedor. Sin embargo, un fuerte sector doctrinal estima que no hay ausencia de consentimiento, ya que éste se ha dado por adelantado en el instrumento de donde emana la obligación del deudor, o al adquirir el inmueble objeto de la expropiación.

De acuerdo con el citado artículo nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguiente:

i) Cuando se decreta la expropiación por causa de utilidad pública.

Este es el ejemplo típico de la venta forzada. En épocas normales no se presenta con mucha frecuencia; no sucediendo lo mismo en períodos revolucionarios, la que generalmente va acompañada con injusta confiscaciones. En la

Ley de Reforma Agraria se presentan ambas figuras ya derogados por la Constitución.

ii) Cuando por una convención o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada.

Si es por una convención estamos en presencia de la promesa de venta. Si es por virtud de testamento estamos en presencia de una carga a la institución de heredero o a un legatorio.

iii) Cuando en la partición de la herencia o en la cesación de comunidad las cosas partibles no admiten división o su división las hiciere desmerecer.

iv) Cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial.

Son las ventas judiciales que resultan de los juicios que los acreedores iniciaron en contra de sus deudores para el cumplimiento de la obligación.

Entre los autores se discute en torno a la determinación de quién es el vendedor: la mayoría sostiene de que el vendedor es el deudor, representado por el Juez; otro sector opina que vende el Juez en ejercicio de su función jurisdiccional.

Nuestro derecho sigue el primer sistema, porque en los arts. 1775 y 1816 Pr. se dispone que el Juez procederá en representación del deudor demandado a otorgar la escritura al acreedor ejecutante, según se establece en el art. 2624 inc. 2C.

v) Cuando la ley impone al administrador de bienes ajenos la obligación de realizar todo a parte de las cosas que estén bajo su administración.

Ejemplos: la obligación del guardador de la herencia de vender todos los bienes hereditarios de acuerdo con el art. 379C.; la obligación del albacea de vender los bienes de la sucesión para el pago de las deudas de conformidad con el art. 1285C.

7. Capacidad

Todas las personas capaces para obligarse pueden celebrar la compraventa. Pero al vendedor se le exige que además tenga el dominio y la libre disposición de las cosas vendidas. Así se dispone en el art. 2564C.

El art. 2565C. señala una serie de prohibiciones y no de incapacidades.

8. Objeto

A. Cosas que pueden ser vendidas

Todas las cosas muebles e inmuebles pueden ser vendidas, aun las futuras, siempre que puedan ser objeto de contrato. Esta es la regla general. No se permite cuando la ley lo prohíbe. Esta es la excepción. Así se desprende del art. 2566C. que dice: «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida».

Se prohíben vender, por ejemplo: las cosas públicas, de acuerdo con el art. 611C.; la sucesión de una persona viva, de acuerdo con los arts. 934, 2473 inc. 2 y 2734C.; todos los bienes presentes o futuros o una parte de ellos de acuerdo con el art. 2573C.; los derechos de uso, habitación y comodato de acuerdo con los arts. 1548 y 3426C.; el derecho de pedir alimento de acuerdo con el art. 286C.; el derecho otorgado por el pacto de preferencia de acuerdo con el art. 2703C.

B. Requisitos del objeto

Para determinar los requisitos del objeto de la venta debemos recurrir a las reglas generales sobre el objeto de los contratos y de las obligaciones y a las especiales para ella, siempre que no resultaren modificadas por estas últimas.

El objeto de la compraventa debe ser:

a) Posible.

Esta posibilidad debe ser física y jurídica. En pocas palabras, el objeto debe estar en el comercio, como se desprende del art. 2473C.

No se puede vender por ejemplo: el sol, el aire, las calles y las cosas cuya enajenación prohíbe la ley, como hemos visto anteriormente.

b) Real.

Es decir debe existir. No es válida la venta de una cosa que dejó de existir al tiempo de celebrarse el contrato. Será nula por falta de objeto. Ejemplo: es nula la venta que hace Juan a Pedro del caballo X, si al tiempo de celebrarse el contrato ya había muerto.

Esto no quiere decir que no se puedan vender las cosas futuras, es decir, las que no existen, pero que se espera que existan.

c) Determinado o determinable.

De acuerdo con el art. 2572C., la cosa es determinada:

i) Cuando es una cosa cierta. Se refiere al cuerpo cierto, o sea, aquel que se encuentra determinado en sus elementos esenciales. Ejemplos: el caballo «El Consentido»; el automóvil placa No. 482-2030, chasis 103678; el inmueble X con tales linderos, medidas y datos de inscripción.

ii) Cuando la cosa se determina en su especie y cantidad. Ejemplo: 10 fanegas de maíz, 30 litros de aceite de semilla de algodón.

Si sólo se señala el género, no hay contrato, por cuanto no se sabe cuál es el objeto debido. Ejemplo: te vendo animales. Tampoco hay contrato cuando se señala la especie sin la cantidad. Ejemplo: te vendo maíz, frijoles, etc. Se podría cumplir la obligación entregando un grano de frijol o un grano de maíz.

d) Propio.

La cosa objeto de la venta debe pertenecer al vendedor, debe ser propia. Al art. 2568C. expresamente prohíbe y declara nula la venta civil de cosa ajena, pues si nadie puede transmitir un derecho que no tiene y por definición legal la venta transmite el dominio, lógico es consagrar la nulidad de la venta de cosa ajena.

En los sistemas en que la venta no transmite el dominio, se acepta la venta de cosa ajena. Era la solución que seguía el Derecho romano. No obstante, algunas legislaciones que distinguen entre título y modo, declaran la nulidad de la venta de cosa ajena.

Por el contrario, la venta comercial de la cosa de otro es válida. Obliga al vendedor a adquirirla y entregarla al comprador bajo la pena de la indemnización de daños y perjuicios. Así lo dispone el art. 342C.C.

Para el estudio de los efectos de la venta de cosa ajena es preciso distinguir: efectos, con relación al verdadero propietario de la cosa y efectos con relación a los contratantes.

La venta de cosa ajena no puede perjudicarle al verdadero propietario que no ha sido parte en el contrato de venta de cosa ajena *res inter alios acta*, conservando el derecho de reivindicarla.

El verdadero propietario sólo pierde la acción reivindicatoria:

i) Cuando el comprador adquirió la cosa por prescripción.

ii) Cuando se adquieren cosas muebles no hurtadas ni robadas por tercero de buena fe, de acuerdo con el art. 1768C.

iii) Cuando el tercero registral adquiere en virtud de testamento revocado o declarado nulo.³

La Corte Suprema ha dicho que la acción de nulidad por la venta de la cosa ajena no la puede ejercer el dueño de ella. Sólo los contratantes la pueden ejercer.⁴

Con relación a los contratantes se producen dos efectos fundamentales: la nulidad de la venta y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el comprador.

En principio la acción de nulidad se establece en beneficio del comprador, quien debe tener buena fe (ignorar que la cosa era ajena). Por eso la parte pertinente del art. 2568C. dice:»... si el comprador sabía que la cosa era ajena no podrá pedir la restitución del precio...»

El comprador no sólo puede invocar la nulidad como acción, sino también como excepción. Se invoca como acción a fin de que se le devuelva el precio y liquide una situación conflictiva. Se invoca como excepción a fin de negarse a entregar el precio.

Al vendedor que entregó la cosa no se le concede acción de nulidad de conformidad con la parte pertinente del art. 2568C. que dice:»...El vendedor después que hubiere entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa...». Interpretado a *contrario sensu*, antes de haber sido entregada puede demandar la nulidad. Debemos de reconocer que el tema no es pacífico en la doctrina.

En nuestro derecho no existe duda de que la nulidad es relativa. El art. 2568C. expresamente dispone que es nula, con nulidad relativa, la venta de cosa ajena.

Como consecuencia, la venta se convalida o consolida:

i) Por la ratificación que de ella hiciera el propietario.

³. Ver ESCOBAR FORNOS IVAN. INTRODUCCION AL DERECHO REGISTRAL NICARAGUENSE, Managua, Nicaragua, 1979, p.p.330 y 331.

⁴. S. 10 a.m., del 12 de Marzo de 1926, B.J.,p. 521; S. 12 m. del 15 de Octubre de 1931, B.J.p 7880; S. 12 m. del 29 de Julio de 1932, B.J.,p. 8082; S. 12 m. del 27 de febrero de 1937, B.J.,p. 9602; S. 11 a.m. del 26 de Junio de 1945, B.J.,p.12839; S. 10.a.m. del 28 de Junio de 1954, B.J., p. 17011; S. 11 a.m. del 31 de Julio de 1963, B.J.,p. 322; S. 10:35 a.m. del 6 de Julio de 1965, B.J.,p. 202.

ii) Por la adquisición posterior que hace el objeto vendido el comprador, sea a título universal (institución de heredero), o a título particular (legado, venta, donación, permuta, dación en pago, etc.).

La convalidación tiene lugar aún después de presentada la demanda de nulidad por el comprador, aunque el tema es discutido en la doctrina.

Son varias las teorías que tratan de dar fundamento a esta nulidad: la de la rescisión, de la falta de causa, de un error sobre la persona, del error sobre la cosa y del error sobre la causa del acto.

El otro efecto que produce la venta de cosa ajena consiste en la indemnización de los daños y perjuicios que el vendedor debe pagar al comprador, aunque se encuentre de buena fe, como consecuencia de la anulación del contrato o de la reivindicación de la cosa. Para que el comprador sea indemnizado necesita tener buena fe.

El art. 2568C. no comprende las ventas siguientes:

i) La que se refiere a cosas genéricas. Ejemplos: cincuenta fanegas de maíz, cien vacas.

Estas se pueden adquirir al momento de la entrega.

ii) Aquellas en las cuales el vendedor se obliga adquirir los bienes objeto de la venta.

En este tipo de venta las partes están de acuerdo en que es condicional.

En los anteriores supuestos no hay venta de cosa ajena, pues solamente se difiere la trasmisión de la propiedad, lo cual es permitido. Son, pues, ventas válidas.

Relacionada íntimamente con la venta de cosa ajena se encuentra la venta de la totalidad de la cosa común por uno de los condominios. Esta venta es nula aun respecto de la porción que le corresponde al vendedor. Así lo dispone el art. 2569C.

La solución del mencionado artículo ha sido criticada por ser excesiva, pues se piensa que debe ser válida la venta por la porción que le corresponde al vendedor. Creo que la solución del artículo citado es la justa, pues el comprador ha creído comprar toda la cosa y no una parte indivisa.

También esta venta puede ser ratificada de acuerdo con el art. 2568C., pues el art. 2569C. declara que el art. 2568. es aplicable al supuesto de la venta de la totalidad de la cosa común.

Los anotadores encuentran un roce entre los arts. 2569C. y 1803 inc. 2C.

e) No pertenecer al comprador.

La compra de cosa propia no vale. Así lo dispone expresamente el art. 2574C. Esta nulidad es absoluta y se produce por faltarle causa al contrato.

C. Venta de cosa futura y venta de esperanza

En la venta de cosa futura o esperada el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a existir. Si la cosa llega a existir se habrá cumplido la condición y el contrato surtirá todos sus efectos. Si por el contrario, la cosa no llega a existir, la condición no se cumple y el contrato se tendrá por no celebrado, por lo que, como consecuencia, el comprador no está obligado a pagar el precio. No existe contrato por falta de objeto. Ejemplos: la cosecha de naranjas que producirá la finca el Naranjo; el potrillo que nazca de la yegua «El Encanto».

Si lo vendido no es la cosa esperada, sino la esperanza o suerte de que exista, la venta es de esperanza. En este supuesto existe venta pura y simple, pero es aleatoria. Como consecuencia, el comprador debe pagar el precio aunque las cosas no lleguen a existir. Ejemplo: la compra por C\$500.00 que Juan le hace al pescador de los peces que coja con un tiro de red.

El art. 2571C. establece tres casos en que la venta es aleatoria:

a) Cuando sean vendidas cosas futuras tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaren a existir en su totalidad. Ejemplos: comprar la cosecha de café asumiendo el riesgo de que se pierda totalmente antes de ser cortada; comprar un billete de lotería; comprar por C\$500.00 los peces que de un golpe de red saque el pescador.

En estos supuestos el comprador debe pagar el precio aunque no obtenga ninguna utilidad de la esperanza. Por ejemplo: el comprador debe pagar el precio aunque se pierda toda o parte de la cosecha por un incendio, plaga, etc.; aunque el pescador no saque ningún pez.

El comprador en los anteriores supuestos asume el riesgo de que no resulte nada de lo calculado. Así lo dispone el art. 2711C. «Si la venta fuera aleatoria, por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegaren a existir, el vendedor tendrá derecho a todo el precio, aunque la cosa llegare a existir, si de su parte no hubiere culpa»

b) Cuando se venden cosas futuras asumiendo el comprador los riesgos de que no lleguen a existir en cualquier cantidad. Ejemplo: se calcula la cosecha en quinientas fanegas de café y sólo produjo la finca cien fanegas; se calculó que la cosecha de maíz será de quinientos quintales y sólo produjo doscientos.

En tales casos el comprador debe de pagar la totalidad del precio, pues ha comprado una esperanza. Así lo dispone la primera parte del art. 2712C. que dice:»Si la venta fuere aleatoria por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegaren a existir, en cualquier cantidad, el vendedor tendrá también derecho a todo el precio, aunque la cosa no llegare a existir en una cantidad inferior a la expresada...»

En este supuesto el comprador no ha tomado el riesgo de la inexistencia total, sino el riesgo de la inexistencia de una parte, aunque se muy pequeña; como consecuencia, si se produce la pérdida total no habrá venta por falta de objeto y el vendedor debe restituir el precio si ya lo hubiere recibido. Así lo dispone el art. 2712 inc.2C.

c) Cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando este riesgo el comprador. Ejemplo:venta de los animales que existen en la finca X afectada por una sequía, los que están expuestos a morirse por falta de agua y comida.

En este caso el vendedor tiene derecho a todo el precio aunque la cosa hubiere dejado de existir en su totalidad o en parte en el día del contrato. Así lo dispone el art. 2713C.

Esta venta puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada si probare que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que estaba sujeta la cosa. Así lo dispone el art. 2714C. El dolo puede provenir del vendedor o del comprador (sabía que a la fecha del contrato había pasado el peligro y se aprovechó de ello para comprar a un precio inferior).

No es preciso que conste expresamente que el comprador asume el riesgo para que la venta sea aleatoria en los casos regulados por los artículos anteriores. Puede resultar del contexto del contrato o de la circunstancia que rodean el caso, como cuando se vende una cosecha de café de la finca X que normalmente produce quinientos quintales en cincuenta mil córdobas.

9. El precio

A. Concepto

El precio es la contraprestación que realiza el comprador a cambio de la cosa que recibe.

B. Requisitos

El precio debe de reunir los requisitos siguientes: debe consistir en dinero y ser cierto.

a) Precio en dinero.

El precio debe consistir en dinero; pero el art.2536C. admite el precio mixto que consiste parte en dinero y parte en otras cosas. Ejemplo de precio mixto: Juan le vende a Pedro el inmueble X por cien mil córdobas, de los cuales recibe setenta mil córdobas en efectivo y un automóvil en treinta mil córdobas. De acuerdo con el citado artículo para determinar si estamos en presencia de una permuta o de una venta cuando el precio es mixto debe atenderse preferentemente a la intención de las partes; pero agrega que, en defecto de ella, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada como parte del precio excede al del dinero, y por venta cuando el dinero excede al de la cosa dada como parte del precio.

La referida disposición se presta a confusión pues, tal como se encuentra redactada, las partes podrían convertir en venta lo que es permuta o en permuta lo que es venta, a pesar de la diferencia de los valores del dinero y de la cosa dada. Pero en realidad esa no ha sido la intención del legislador, ya que las partes no pueden desnaturalizar el contrato, convirtiendo en venta lo que es permuta o viceversa. La intención de los contratantes funcionará cuando el dinero y las cosas son iguales o más o menos iguales.

b) Precio cierto.

El art. 2530C.al definir la venta exige como requisito el precio cierto.

El precio es cierto cuando es determinado o determinable.

El precio es cierto:

i) Cuando determinan las partes el precio que debe de pagar el comprador.

Es la forma más usual de determinar el precio. El precio no podrá quedar al arbitrio de uno de los contratantes, pues en tal supuesto no existiría consentimiento. Así lo dispone el art. 2539C. Ejemplos: el que fije Juan (comprador); el que fije Pedro (vendedor).

ii) Cuando se deje su señalamiento al arbitrio de un tercero determinado.

Así lo permite el art. 2537C. Si el tercero no quisiere señalarlo (muerte, negativa, incapacidad, etc.), quedará ineficaz el contrato. Si el tercero ha procedido de mala fe, con evidente error y, en general, cuando el precio es bastante desproporcionado, puede ser impugnado en busca de un reajuste.

Esta forma de determinar el precio es poco usual.

iii) Cuando se fija con referencia a otra cosa cierta.

Ejemplo: vendo el inmueble X por el precio en que lo compré.

iv) Cuando en las ventas de valores, granos, líquidos y demás consumibles se señalare por precio el que la cosa vendida tuviere en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto.

Ejemplo: Vender cien fanegas de maíz al precio que tenga el día veinte de septiembre del corriente año; vender diez fanegas de maíz con el diez por ciento menos del que tuviere el diecisiete de julio del corriente año en el Mercado Oriental.

C. Las arras

Su origen se encuentra en el Derecho romano.

Son sumas de dinero o cosas muebles (un anillo ordinariamente en el Derecho romano), que se entregan como prueba de la celebración de un contrato o para reservarle a las partes el derecho de retractarse del contrato. Las primeras se denominan arras probatorias y las segundas penitenciales.

Las arras probatorias tienen por objeto constatar que el contrato se ha celebrado y para este fin el comprador entrega una cosa o dinero de valor inferior a la cosa vendida. Si el contrato es cumplido, lo recibido se aplica al precio convenido.

Nuestro Código Civil no regula este tipo de arras, pero puede ser convenido. Solamente consagra las arras penitenciales en el art. 2557C. que dice: «Si hubieren mediado arras o señal en el contrato de compraventa, podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor volverlas duplicadas».

Estas arras penitenciales producen los efectos siguientes:

- a) Si el contrato se cumple, lo entregado se aplica al precio convenido.
- b) Cuando ambos contratantes de común acuerdo desisten de la venta, el vendedor debe regresar las arras al comprador, sin estar obligado a dar otro tanto al mismo comprador.
- c) Si el comprador desiste de la venta pierde las arras entregadas al vendedor.
- d) Si el vendedor es el que desiste debe devolver las arras recibidas al comprador, y otra cantidad igual.

En los casos de los dos últimos literales, para retractarse en virtud de las arras, no es preciso que exista un incumplimiento del contrato de la otra contraparte, pues basta la simple voluntad sin motivaciones de dar por resuelto el contrato.

Esto es así porque el derecho concebido en el art. 2557C. es diferente al del art. 1885C. En virtud del primero se puede resolver el contrato sin que exista incumplimiento; por el contrario, en virtud del segundo, es preciso el incumplimiento del otro contratante para que proceda la resolución del contrato.

Cuando se produce la resolución por falta del pago del precio, el vendedor tiene derecho a retener las arras o recibirlas dobladas. Así lo dispone el art. 2664C.

Generalmente las arras se estipulan en la compraventa. De aquí que el legislador las haya regulado en el título correspondiente a ese contrato, pero en realidad, pueden emplearse en todos los contratos, razón por la cual el Código Civil italiano de 1942, las regula en la parte general de las obligaciones, conjuntamente con la cláusula penal, del art. 1382 al 1386.

En el art. 361C.C. se dispone que las arras se reputan dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario. Acepta pues, las arras como medio de prueba y las arras como de retracción, pero éstas deben pactarse expresamente.

10. Efectos

El contrato de compraventa es bilateral y como tal produce obligaciones para ambas partes. El vendedor está obligado a conservar, entregar y garantizar la cosa, como también a sufragar los gastos de entrega y a recibir el precio. El comprador por su parte está obligado a entregar el precio y a recibir la cosa.

Es importante destacar que la compraventa produce la transmisión del dominio de la cosa vendida junto con los riesgos.

11. Obligaciones del vendedor

El art. 2582C. señala las principales obligaciones del vendedor: la entrega y la garantía de la cosa vendida.

A. Obligación de conservar y entregar la cosa

a) Conservación.

El vendedor está obligado a conservar la cosa tal como se hallaba al tiempo de celebrarse el contrato sin cambiar su estado, hasta que la entregue al comprador. Así lo dispone el art. 2583C.

Como consecuencia de esa obligación el vendedor debe de mantenerla en buen estado y abstenerse de hacer mejoras y modificaciones en la cosa.

Los gastos de conservación corren a cuenta del vendedor, salvo convenio en contrario. Esto resulta por la aplicación del art. 2590C.

El deber de custodia se da en el cuerpo cierto, pues cuando lo debido es un género se puede pagar entregando cualquier cosa perteneciente a dicho género. ¿Si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, quién debe de asumir el riesgo? De acuerdo con los arts. 1846, 1847, 2174 inc. 2 y 2579C., los riesgos del cuerpo cierto los asume el comprador desde que se celebró la venta, salvo que se haya hecho bajo condición suspensiva, en cuyo caso mientras penda la condición los riesgos serán a cargo del vendedor.

También asume el riesgo el comprador, de acuerdo con el art. 2580C. cuando se trata de cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señaladas de modo que no puede confundirse con otra porción de la misma cosa, como por ejemplo, todo el maíz que se encuentra en el granero de la finca «Los Angeles».

Si sólo se venden partes indeterminadas de ese granero (diez fanegas de maíz) la pérdida la asume el vendedor, a menos que ya se hubiere ajustado el precio y de haberse pesado, en cuyo caso la asume el comprador.

En las ventas al gusto mientras el comprador no declare que le agrada la cosa el riesgo lo asume el vendedor.

No obstante, si el cuerpo cierto perece durante la mora del vendedor de entregar la cosa, éste asumirá los riesgos. Así se desprende de los arts. 1847 inc. 3 y 2166 inc. 1C.

Debemos de tener presente que el género no perece y que el deudor siempre lo debe entregar, ya sea que haya perecido por caso fortuito o por fuerza mayor o por su culpa.

b) Obligación de entregar.

En virtud de la entrega se pone en posesión al comprador para que puede disfrutar de la cosa vendida como propietario.

El vendedor debe entregar la cosa junto con los accesorios (llaves, etc.) y aumentos después de la venta. Los frutos naturales pendientes al tiempo de la venta y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, salvo que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo, pues en este supuesto no pertenecerán al comprador sino vencido el plazo. Así se desprende de los arts. 2574 inc. 2 y 2584C.

El art. 2574, inc.2C. se encuentra mal ubicado, pues el problema de los frutos es diferentes al de la venta de cosa ajena. Se trata de dos problemas diferentes, por lo que deben ser regulados en forma separada.

La entrega debe hacerse en el lugar convenido y si las partes no lo designaron se hará en el lugar en que se encontraba la cosa en la época del contrato. Así lo dispone el art. 2585 inc. 1C.

La solución de que a falta de designación convencional se entregará la cosa en el lugar en que se encontraba sólo es aplicable al cuerpo cierto. Cuando se trata de un género la entrega debe hacerse en el domicilio del vendedor al tenor de lo dispuesto en el art. 2031 inc. 2C. con relación al pago.

De acuerdo con el art. 2586C. la entrega debe hacerse en el tiempo estipulado en el contrato o, si no lo hubiere convenido cuando la exija el comprador.

Los gastos de entrega corren a cargo del vendedor. Son gastos de entrega: el acarreo, embalaje, pesaje, medida, etc., si se tratare de cosas muebles, los honorarios del Notario, el pago de los impuestos de transmisión, la certificación de que si tiene o no gravamen el inmueble, etc. Los gastos del testimonio y su inscripción corresponden al comprador. Así se dispone en los arts. 2558 y 2590C⁵. Estos mismos artículos permiten que se pacte en contrario a la solución que ellos mismos dan.

c) Casos en que no existe o se retarda la obligación de entregar la cosa.

Ya hemos visto que la entrega de la cosa es una obligación fundamental del vendedor; sin embargo, existen algunos casos en que se extingue o se retarda la obligación de entregar:

i) Cuando por caso fortuito o fuerza mayor desaparece la cosa. En tal supuesto el riesgo es del comprador y, como consecuencia, no puede pedir la devolución del precio si ya lo pagó. De no haberlo entregado podrá ser obligado a ello.

Si la imposibilidad deriva del caso fortuito o fuerza mayor fuere temporal (falta de solvencia fiscales, etc.), el comprador puede pedir la resolución de la venta y la devolución del precio, pero no tiene derecho para reclamar los daños y perjuicios, a menos que hubiere culpa por parte del vendedor.

El comprador no puede demandar en tal supuesto el cumplimiento del contrato, salvo que pase la imposibilidad. Sólo cabe, pues, la resolución de la venta.

⁵.De acuerdo con el art. 2 de la Ley de Impuestos de Transmisiones de Inmuebles se tendrá por obligado a pagar el impuesto al vendedor, pero el Fisco puede tener también por obligado al comprador. Pero si el comprador paga puede reclamar lo pagado al vendedor.

ii) Cuando el comprador no ha pagado el precio.

El art. 2593C. le concede el derecho de retención al vendedor cuando el comprador no le hubiere pagado el precio en la venta de contado. Por el contrario, si el vendedor le hubiera concedido un plazo al comprador para pagar el precio no puede negarse a entregar la cosa.

iii) Cuando en la venta a plazo el comprador cae en insolvencia.

Así lo dispone el art. 2594C. que dice:»Tampoco está obligado a entregar la cosa, cuando hubiere concedido un término para el pago, y después de la venta el comprador se halla en insolvencia, salvo que afianzare de pagar en el plazo convenido.

d) Sanciones por la falta de entrega.

Si el vendedor no entregare la cosa, el comprador puede pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, más los daños y perjuicios en ambos casos. El ejercicio optativo de ambas acciones se produce tanto por la falta de entrega de bienes muebles como de inmuebles, a pesar de la aparente limitación con relación a estos últimos del art. 2597C. Esta solución se desprende del espíritu que informa el Código Civil en esta materia, como puede observarse en los arts. 1885, 2586 y 2595C.

B. Garantía de la cosa vendida

a) Concepto

El vendedor no sólo se encuentra obligado a entregar la cosa vendida, sino a garantizarle al comprador lo siguiente: el derecho y posesión de la cosa que trasmite (saneamiento por evicción), y el uso útil de la cosa de acuerdo a su destino (saneamiento por vicios y redhibitorios).

El vendedor, pues, es garante del disfrute y uso de la cosa vendida. Esta garantía está consagrada en el art. 2589C., cuyo desarrollo lo hace el Código Civil en los Capítulos VI y VII, Título X, Libro II.

b) Saneamiento por evicción.

i) Ideas generales

Evicción es la privación de toda o parte de la cosa comprada, en virtud de sentencia judicial. Ejemplo: Juan vende a Pedro el inmueble X, pero éste es demandado por José con acción reivindicatoria para que le restituya dicho inmueble y el Juez declara con lugar la demanda por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Pedro ha sido evicto, por lo que Juan debe sanear la

evicción de acuerdo con el art. 2589C. Existe normalmente en virtud de una sentencia que condena al comprador a abandonar la cosa comprada por causas anteriores a la venta. Pero también se dan supuestos en que no es preciso la sentencia para que se produzca la evicción:

-Cuando el tercero detenta la cosa vendida y se niega a entregarla al comprador.

-Cuando por ser evidentemente indiscutible el derecho del reivindicante, el comprador se allana a la demanda.

No es aconsejable esta actitud, ya que es muy difícil determinar si nos encontramos frente a un derecho evidentemente indiscutible; por lo que resulta mejor citar de evicción al vendedor para evitar que este se niegue a prestar la garantía de conformidad con el art. 2617C.

Es conveniente insistir sobre la anterioridad del título del tercero. El enajenante no puede garantizar los títulos posteriores de adquisición sobre las cosas enajenadas. El vendedor, por ejemplo, no debe la garantía de evicción cuando el inmueble es expropiado o confiscado en manos del comprador.

Cuando la adquisición del derecho del tercero se produce con posterioridad, pero en base a un origen anterior, el Juez tiene suficiente arbitrio para decidir si cabe o no la evicción. Así lo dispone el art. 2605C. que dice: «Cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido posteriormente a la tradición de la cosa, pero cuyo origen era anterior, los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias y resolver la cuestión».

Ejemplo: Juan vende a Diego el inmueble X. Si antes de la venta Manuel ya estaba por adquirir el inmueble X por prescripción y poco tiempo después de la venta se ha cumplido la prescripción y adquirido el inmueble, Juan debe garantizar a Diego. Por el contrario, si la prescripción no se encontraba tan avanzada al tiempo de la venta no debe la garantía, por cuanto Diego tuvo tiempo suficiente para interrumpir la prescripción. Esta es una cuestión de hecho que queda bajo la apreciación soberana de los tribunales de instancia.

El citado artículo termina con las opiniones extremas que se daban sobre el asunto: unos sostenían que se debía la garantía y otros que no se debía.

La evicción es parcial cuando se priva de una parte de la cosa (diez hectáreas de una finca de sesenta) o de una de las adquiridas (un caballo de los seis comprados) o cuando se turba el goce de la cosa (se priva de una servidumbre activa del inmueble vendido o se declara que pesa sobre él una servidumbre pasiva, o un usufructo o habitación).

ii) Efectos

Dos son los efectos fundamentales de la garantía de la evicción: defender al comprador en el juicio e indemnizarlo si perdiere el juicio.

ii.1) Defensa en juicio

El vendedor debe salir en defensa del adquirente. Tal obligación la consagra el art. 2612C. que dice: «El enajenante debe salir a la defensa del adquirente, citado por este en la forma y tiempo que designe el Código de Procesamiento, en el caso que un tercero le demandar la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición, o lo turbare en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa».

El enajenante sustituye procesalmente al adquirente si asume la defensa en el proceso, quien puede adherirse como coadyuyente. Hay una sustitución procesal, al igual que en la acción oblicua. Se litiga en nombre propio en virtud de un interés ajeno, pero que le conviene hacer en su beneficio. Los sujetos de la relación sustancial no cambian en ambas acciones, a pesar del cambio de las personas que ejercitan las acciones.

La acción de evicción la tiene el actual adquirente y sus herederos. Se puede dirigir contra el anterior vendedor o contra cualquiera de los anteriores.

El citado de evicción no puede citar a su vez a otro de los enajenantes. Pero tendrá derecho a pedir que se notifique la demanda a los enajenantes que designe. Si los notificados comparecen deben coadyuvar con el que pidió la notificación, formando con él una sola parte, debiendo gestionar en conjunto o por medio de apoderado. El citante tiene contra los notificados los mismos derechos que contra él tiene el demandado que lo ha citado de evicción. Así lo disponen los arts. 2613 y 2614C.

Cabe la evicción contra los anteriores enajenantes aunque el demandado no puede citar por evicción a su enajenante inmediato por haber adquirido en virtud de donación o de venta en la que se renunció el saneamiento. Ejemplo: si Juan no puede citar a Pedro por cuanto que renunció al saneamiento, puede citar a Diego de quien adquirió Juan en virtud de venta. Así lo permite el art. 2606C.

La citación de evicción es una condición indispensable para que funcione la garantía de la evicción. Así lo dispone el art. 2617C. que dice: «La obligación que resulta de la evicción cesa si el vencido en juicio no hubiere hecho citar de saneamiento el enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por el Código de Procedimiento».

Si el demandado no cita de evicción pierde su derecho para reclamar los daños y perjuicios. También cesa la responsabilidad si el demandado, sin inter-

venir el enajenante, se allana a la demanda y fuere por ello privado de su derecho. Así se desprende del art. 2618C.

No obstante, si el adquirente demandado es vencido en el juicio y probare que era inútil al transmitente por no existir una oposición justa, subsistirá la garantía de evicción. Así lo dispone el art. 2618C.

La citación de evicción es una excepción dilatoria y representa un supuesto de intervención forzada. Es cierto que puede o no concurrir el enajenante, pero si no lo hace sufrirá las consecuencias de sentencia condenatoria.

La obligación de la defensa en juicio es indivisible; pero la condenación hecha a los herederos del enajenante es divisible. Así lo dispone el art. 2611C. que dice: «La obligación que produce la evicción es indivisible y puede demandarse y oponerse a cualquiera de los herederos de los enajenantes, pero la condenación hecha al enajenante sobre restitución del precio de la cosa, o de los daños e intereses causados por evicción es divisible entre ellos».

Si la demanda del tercero contra uno solo de los herederos es rechazada favorecerá a los otros y, como consecuencia, no podrá demandarlos en otro juicio. Por el contrario, si fuere condenatoria no produce cosa juzgada en contra de los otros que no fueron parte.

ii.2) Indemnización por la pérdida del juicio

El saneamiento o indemnización comprende:

-La devolución del precio pagado por el comprador.

Esta obligación está contemplada en el art. 2620C. que dice: «Verificada la evicción, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido por él, sin interés, aunque la cosa haya disminuido de valor, sufrido deterioros o pérdidas en parte, por caso fortuito o por culpa del comprador».

Se debe entregar el precio sin intereses, por cuanto se estiman compensados por el uso que de la cosa hizo el comprador. Pero se deben los intereses moratorios.

No se puede autorizar al vendedor a retener el precio, por cuanto equivaldría a convalidar un pago sin causa. Debe restituirlo aunque el comprador tenga mala fe, ya que siempre existe pago indebido.

El vendedor debe entregar el precio aunque la cosa se haya deteriorado por culpa del comprador, por cuanto aquel no tiene derecho sobre la cosa vendida, lo cual queda plenamente demostrado en el triunfo del tercero.

No obstante, el vendedor puede retener del precio la suma que el comprador hubiere recibido del tercero que lo ha vencido, por las mejoras hechas por el vendedor antes de la venta y la que hubiere obtenido por las destrucciones en la cosa comprada (venta de materiales de las cosas destruidas, etc.).

- Los frutos.

De acuerdo con el art. 2621C., el vendedor está obligado a pagar el valor de los frutos de la cosa cuando el comprador tiene que restituirlos al tercero, a menos que el comprador fuere de mala fe, pues de conformidad con el art. 2610C. nada puede reclamar al enajenante.

- Las mejoras no necesarias.

El comprador puede reclamarle al vendedor las mejoras no necesarias. Las necesarias las debe reclamar al verdadero dueño. Así se desprende del art. 2622C. que dice: «Debe también el vendedor al comprador los gastos hechos en reparaciones o mejoras que no sean necesarias, cuando él no recibiere del que lo ha vencido, ninguna indemnización, o sólo obtuviere una indemnización incompleta.

- Los gastos del contrato y las costas procesales.

De acuerdo con el art. 2621C. el vendedor también debe los gastos del contrato (certificaciones registrales, honorarios del Notario, etc.). También debe pagar el vendedor los gastos del juicio.

- Los daños y perjuicios.

De acuerdo con el art. 2621C. el vendedor debe pagar al comprador los daños y perjuicios que la evicción le causare.

El art. 2623C. señala que lo debido por daños y perjuicios se determina por la diferencia del precio de la venta con el precio de la cosa al día de la evicción (si la cosa valía 100 córdobas y su valor actual es de 200 córdobas, el aumento es de cien córdobas) a menos que se deba a causas extraordinarias (apareció petróleo, se hizo una avenida, etc.).

La indemnización del art. 2612C. es amplia y, como consecuencia, no puede estar limitada sólo al aumento de valor de la cosa contemplado en el art. 2623C. En virtud del art. 2621C. se dan otras indemnizaciones, como gastos de intermediarios en la operación de compra, etc.

En las ventas forzadas el vendedor sólo está obligado a la devolución del precio. Se considera vendedor al acreedor que adquiere el inmueble o se ha pagado de su crédito a cualquier otra persona que recibió el precio. También se

considera vendedor al deudor que no se haya opuesto al embargo y subasta por cuanto no le pertenece la cosa. Así lo dispone el art. 2624.,cuyas dos últimas partes han dejado mucho que desear.

iii) Evicción parcial.

Cuando existe evicción parcial el comprador tiene a su elección dos acciones:

iii.1) Demandar una indemnización proporcional al daño sufrido.

En este supuesto el comprador decide no rescindir el contrato. Los daños se determinan de acuerdo con el art. 2628C. que dice: «Habiendo evicción parcial, y cuando el contrato no se rescinda la indemnización por la evicción sufrida, es determinada por el valor al tiempo de la evicción, de la parte de que el comprador ha sido privado, sino fuere menor que el que le correspondía proporcionalmente, respecto al precio total de la cosa comprada. Si fuere menor, la indemnización, será proporcional al precio de la compra».

Expresa Salvat: «Así: supongamos que la compra se ha realizado por 10,000 pesos y que el comprador sea vencido de la cuarta parte; si esta parte al tiempo de la evicción vale 3,000 pesos es éste el valor que debe ser indemnizado, por ser él superior a la cuarta parte del precio pagado.

En sentido inverso, supongamos que la cuarta parte de la cosa, en la cual se ha vencido, vale 2,000 pesos: la indemnización consiste en este caso en la cuarta parte del precio, es decir, 2,500 pesos, por ser aquel valor inferior a esta última»⁶.

iii.2) Demandar la rescisión del contrato.

El comprador puede demandar la rescisión del contrato cuando la parte que se le ha quitado o la carga o servidumbre que resultar fuere de tal importancia respecto del todo que sin ella no hubiere comprado. Ejemplos: si se compra un terreno para un hipódromo y la parte privada por la evicción lo hace insuficiente para ello; si se compra una casa de habitación y por la evicción se reconoce sobre ella un derecho de habitación. Esto es una cuestión de hecho que queda bajo la apreciación soberana de los tribunales de instancia. En ambos supuestos también el comprador tiene derecho a los daños y perjuicios.

La misma elección le corresponde al comprador de dos cosas adquiridas conjuntamente si apareciese que el comprador no hubiere comprado la una sin la otra. Así lo dispone el art. 2627 inc. 2C. Ejemplo: Juan le compra a Pedro los

⁶ . Tratado de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones. Tipográfica. Editorial Argentina, Buenos Aires, 1957, Vol. III.p.412.

inmuebles X y Y para fusionarlos y hacer un hotel; pero Pedro es privado por el verdadero propietario del inmueble Y, sin el cual no se puede construir el hotel.

El comprador tiene derecho a ser indemnizado de las cargas ocultas que tenga que sufrir cuando el vendedor a pesar de conocerlas no las mencionó. Ejemplo: servidumbre de no edificar a más de cierta altura. Así lo dispone el art. 2607C.

Las cargas aparentes y las que emanan directamente de la ley, no dan derecho a la indemnización. Las primeras porque se presume que son conocidas y las segundas porque son inherentes al dominio traspasándose al comprador junto con éste. Así se desprende del art. 2608C.

Si la servidumbre no aparente, fuere conocida por el comprador ya sea porque la manifieste el vendedor, o ya sea por otros medios, no tendrá derecho a reclamar, pues la admitió sin protesta alguna. Lo mismo sucederá cuando pudo haber sido conocida examinando el predio. La servidumbre no aparente inscrita en el Registro perjudica al comprador.

Si el vendedor declara que el inmueble tiene gravamen o gravámenes hipotecarios, no responde de los perjuicios por ellos, salvo que prometa garantizar. Así lo dispone el art. 2609C.

c) Exención y modificación de la garantía de la evicción.

La garantía de la evicción se debe aunque no se pacte en el contrato, pues va implícita en él. Así lo dispone el art. 2601C. Pero no es un elemento esencial, sino de la naturaleza del contrato y no afecta al orden público. De aquí que se permita pactar su exención, ampliación o restricción. El art. 2602C. expresa: «Pueden los contratantes ampliar o restringir a su voluntad la evicción y el saneamiento: pueden también pactar que el vendedor no queda sujeto a esa obligación».

Cuando el vendedor es eximido de la obligación de responder de la evicción, el comprador tiene derecho a pedir la devolución del precio, pues no puede enriquecerse sin una causa justa, salvo que estuviere de mala fe (por no permíterselo el art. 2568C.), cuando el vendedor quedó también eximido de entregarlo o cuando la venta es a riesgo del comprador. El vendedor, en virtud de la cláusula de exención de responsabilidad, queda eximido de entregarlo o cuando la venta es a riesgo del comprador queda liberado de pagar los daños y perjuicios, pero no de la obligación de entregar el precio de la venta excepto en los casos enumerados.

De acuerdo con el art. 2602C., las partes, pues, pueden suprimir la garantía de evicción, ampliarla o restringirla. Las cláusulas de ampliación o restricción son poco usuales; por el contrario, las de exención se pactan con frecuencia.

Todos los anteriores pactos son nulos cuando el vendedor tuviera mala fe al ocultarle al comprador la existencia de un mejor derecho en manos de un tercero.

d) Extinción de la garantía de la evicción.

La garantía de la evicción se extingue:

i) Por la cláusula de exención de responsabilidad.

De ella tratamos anteriormente.

ii) Cuando el adquirente conocía el peligro de la evicción.

Así lo dispone el art. 2610C. que dice: «Cuando el adquirente, de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar el enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que esta hubiere sido expresamente convenida».

En este supuesto el vendedor debe devolver el precio, pues carece de una justa causa para retenerlo.

iii) Por no haber sido citado a juicio el enajenante.

No obstante, a pesar de no haber sido citado, no se extingue la garantía si el comprador prueba que era inútil citarlo, dado el carácter indiscutible del derecho del tercero. Así lo dispone el art. 2618C.

iv) Cuando el comprador se allana a la demanda.

Salvo que el comprador demuestre que no tenía excepciones legítimas que oponer. Así se desprende del art. 2618C.

v) Por dolo o negligencia en el juicio.

Se presenta cuando el comprador asume la defensa y dejó de oponer por dolo o negligencia las defensas convenientes, o si no apeló de la sentencia de primera instancia, o no prosiguió la apelación. Pero el vendedor responderá si el adquirente demuestra que era inútil apelar o proseguir la apelación. Así lo dispone el art. 2619C.

vi) Cuando sin consentimiento del vendedor se sometiere el negocio a árbitros y éstos laudasen en contra del comprador. Así lo dispone el art. 2619C.

vii) Por la prescripción.

e) Vicios redhibitorios.

i) Concepto.

Son vicios redhibitorios; los defectos ocultos de las cosas vendidas a título oneroso que las hace impropias para su destino, de tal manera que de haberlos conocido el adquirente no las habría comprado, o hubiese dado menor precio por ellas.

Los vicios ocultos pueden existir tanto en los bienes muebles como en los inmuebles.

ii) Requisitos que debe reunir el vicio para ser redhibitorio.

Para la existencia de un vicio redhibitorio son necesarios los requisitos siguientes: que sea oculto; que sea grave; que sea anterior a la venta.

- Que sea oculto.

El vicio debe ser oculto y no aparente. Del aparente no responde el vendedor. Así se desprende los arts. 2630 y 2638C.

No son ocultos aquellos defectos que pueden ser descubiertos en virtud de un atento examen practicado en la forma usual para el negocio o el tipo de mercadería. No es preciso que el comprador siempre se asesore de expertos, salvo que se trate de cosas mecánicas o de estructuras de gran valor económico. Esta exigencia sería muy excesiva, contraria a la forma en que se actúa en el tráfico mercantil.

La determinación de si el vicio es o no oculto es una cuestión de hecho que queda atribuida a la apreciación de los tribunales de instancia. Ejemplos de vicios aparentes: la ceguera de un caballo; la cojera de un toro.

En los animales existe vicio redhibitorio aunque no haya podido ser detectado por el facultativo, dada la naturaleza del vicio. Pero si el facultativo por ignorancia o mala fe dejare de descubrirlo o manifestarlo, será responsable de los daños y perjuicios. Así lo dispone el art. 2655C.

-Que sea grave.

El vicio o defecto tiene que ser grave, de tal manera que de haberlo conocido el comprador no hubiera celebrado el contrato o hubiera dado menor precio.

Esta condición la establece el art. 2630C. al expresar «...que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyere el uso de ella, que de haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos

por ella». Por ejemplo: comprar semillas para la siembra de algodón y ésta no es apta para ello.

La apreciación de la gravedad queda atribuida a la libre apreciación de los tribunales de instancia, los que deben tener en cuenta para calificar la gravedad, el destino manifestado al vendedor que el comprador le dará a la cosa, y en defecto de esa manifestación, el que es racional asignarle, de acuerdo con la costumbre.

- Que sea anterior a la venta.

Los vicios posteriores a la adquisición no conceden acción contra el vendedor. Son los anteriores los que pueden constituir vicios ocultos. Los posteriores se atribuyen al efecto del tiempo o a la culpa del comprador. Es suficiente que el vicio se encuentra en germen antes de la venta para que se constituya en un vicio oculto.

Si se reúnen los anteriores requisitos se debe la garantía con independencia de si conoció o no el vicio el vendedor, pues aunque se encuentre de buena fe responde de acuerdo con el art. 2638C.

De acuerdo con el art. 2630 inc. 2C.; las adquisiciones a título gratuito no dan lugar a las acciones por vicios redhibitorias.

iii) Prueba de los vicios redhibitorios.

De acuerdo con el art. 2633C. el adquirente debe probar que el vicio existía antes de la adquisición; y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino después.

Para Vélez Sarfield la anterior solución vino a terminar con el problema de determinar a quién le incumbe la carga de la prueba.

iv) Personas vinculadas por la garantía.

La garantía por vicios redhibitorios se da entre el enajenante y el adquirente, como también con relación a los sucesores hereditarios de éste.

Asimismo se da entre los sucesores a título particular del adquirente, sean a título oneroso o gratuito, siempre que al tiempo de la adquisición el vicio no sea ya aparente. El que adquirió a título gratuito puede demandar por vicios redhibitorio al que le vendió a su donante.

El adquirente puede demandar a cualquier de los enajenantes anteriores a título oneroso.

v) Efectos.

-Acciones que nacen del vicio.

La existencia de un vicio oculto da nacimiento a dos acciones: la redhibitoria, en virtud de la cual se deja sin efecto el contrato; y la acción de reducción del precio *actio aestimatoria* o *actio quanti minoris*. Estas dos acciones están consagradas en el art. 2639C.

Estas dos acciones las puede ejercer el comprador en forma alternativa, pero la elección desaparece, de acuerdo con el art. 2640C., cuando ha sido vencido en una de ellas o cuando ha intentado la otra.

-Acción redhibitoria.

Esta es una acción resolutoria y como tal se encuentra destinada a dejar sin efecto el contrato. En virtud de la resolución el vendedor queda obligado a restituir el precio y el comprador a devolver la cosa junto con sus accesorios.

El comprador no sólo tendrá derecho al precio, sino también a los daños y perjuicios, cuando el vendedor actuó de mala fe, si por razón de su oficio o arte conoce o debe conocer de los vicios ocultos y no se los manifestó al comprador. Por el contrario, si el vendedor actúa de buena fe, el comprador sólo tiene derecho a la restitución del precio conforme el art. 2639C.

Los gastos del contrato se deben ya sea que se encuentre de buena o mala fe el vendedor.

-Acción de reducción del precio.

Esta acción era denominada en el Derecho romano, *actio aestimatoria* o *actio quanti minoris*.

En virtud de esta acción no se persigue la resolución del contrato, sino su modificación mediante la reducción del precio y, como consecuencia, el comprador se queda con la cosa, pero en compensación a la disminución del valor de ella por el vicio oculto pierde la reducción del precio que debe pagar.

Si el vendedor es de mala fe, también debe al comprador los daños y perjuicios, aunque parece desprenderse del art. 2641C. que éstos sólo se conceden cuando el comprador ejerce la acción redhibitoria.

vi) Venta conjunta de varias cosas.

Cuando se compran varias cosas en un mismo acto por un solo precio o por precios separados, el vicio que una de ellas tenga sólo da acción para reclamar su

redhibición y no contra la otra, salvo que el comprador no hubiera comprado la sana sin la viciada (una yunta de bueyes, etc.) o cuando la venta fuere de un rebaño y el vicio fuere contagioso. Así lo dispone el art.2642.

vii) Venta en remate.

El dueño de la cosa vendida en remate judicial está exento de la responsabilidad de los vicios redhibitorios. Así lo dispone el art. 2636C. Tampoco tiene lugar el saneamiento por vicios ocultos en las ventas de ganado y animales hechas en subastas públicas y ferias, ni en las de caballería enajenadas como deshechos. Así lo dispone el art. 2653C.

Es nula la venta de animales y ganado afectados con enfermedad contagiosa. También es nula cuando se establece en el contrato el uso o destino para la cual se adquieren y resultaren inútiles para ello. Así lo dispone el art. 2654C. Como consecuencia de lo expuesto, para estos casos deben aplicarse las disposiciones que regulan la nulidad. Esta nulidad es absoluta.

viii) Pérdida de la cosa.

Es posible que la cosa se pierda en manos del comprador, en cuyo caso se producen los efectos siguientes:

-Si la cosa se pierde a consecuencia del vicio redhibitorio, el vendedor sufrirá la pérdida y debe restituir el precio. Si la pérdida fuere parcial, el comprador deberá devolverla en el estado en que se hallare y puede reclamar todo el precio que dio. Así lo dispone el art. 2643C.

-Si la cosa se perdió por caso fortuito o por culpa del comprador, éste tiene el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. Así lo dispone el art. 2644C. No es esta la solución del Código francés, pues de acuerdo con el art. 1644 de ese cuerpo de leyes, la pérdida fortuita de la cosa viciada la asume el comprador, y, como consecuencia, no tendrá derecho a la parte del precio.

ix) Los vicios con relación a otros actos.

Entre enajenantes y adquirentes que no son vendedor ni comprador el vicio en la cosa sólo da derecho a la acción redhibitoria y no a la rebaja del precio. Así lo dispone el art. 2637C. Por su parte el art. 2645C. preceptúa que lo dispuesto respecto a la acción redhibitoria entre comprador y vendedor es aplicable: a las adquisiciones por dación en pago; las adquisiciones por contratos innominados; las adquisiciones en virtud de remate o adjudicación (cuando no sean en virtud de sentencia); a las permutas; a las donaciones en los casos en que haya lugar a la evicción donaciones remuneratorias o con cargos); a las sociedades, dando lugar a la disolución de la sociedad o a la exclusión del socio que aporta la cosa viciada.

x) Indivisibilidad de la acción redhibitoria.

De acuerdo con el art. 2646C. la acción redhibitoria es indivisible; por lo que ninguno de los herederos del adquirente la puede ejercer por su sola parte. Pero puede demandarse a cada uno de los herederos del enajenante.

xi) Cláusula de exención y modificación de la garantía.

Es permitida la renuncia, ampliación y restricción de la garantía de los vicios redhibitorios, por cuanto no afectan al orden público. Así se desprende del art. 2631C.

Pero estas cláusulas serán nulas cuando el vendedor conocía el vicio y no se lo manifestó al comprador, según se desprende de los art. 2631 y 2634C.

Respondiendo a la posibilidad de ampliar la garantía, el art. 2632C. permite convertir en vicios redhibitorios; los que por su naturaleza no lo son. Expresa dicho artículo: «Pueden también por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son cuando el enajenante garantizare la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar, aunque no exprese, cuando el enajenante afirmo positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades, aunque al adquirente le fuere fácil conocer el defecto o la falta de la calidad».

xii) Prescripción.

La acción redhibitoria prescribe a los seis meses respecto a los muebles y a un año con relación a los inmuebles, salvo ampliación legal o convencional de los plazos de la prescripción. Esta prescripción se contará desde la entrega real. Así se desprende del art. 2647C.

Como supuesto de restricción legal del plazo se puede citar la consagrada en el art. 2656C., según el cual la acción redhibitoria fundada en los vicios de los animales debe entablarse dentro de cuarenta días, salvo que por el uso de la localidad se hallaren establecidos mayores o menores plazos.

Habiendo prescrito la acción redhibitoria, el comprador todavía conserva la acción de rebaja del precio y la de indemnización de daños. Así se desprende del art. 2648C. La acción de rebaja del precio tiene un plazo más largo de prescripción: un año para los bienes muebles y dieciocho meses para los inmuebles. Si la cosa tiene que remitirse a lugar distante, la acción prescribirá en un año, más el término del emplazamiento que corresponda al de la distancia, a partir de la entrega al consignatario; pero será preciso que en el tiempo intermedio entre la remesa y la venta el comprador haya podido ignorar el vicio sin negligencia de su parte. Así se desprende de los arts. 2649 y 2650C.

xiii) Cesación de la garantía

La garantía por los vicios ocultos puede desaparecer:

-Por convenio entre las partes.

-Por prescripción.

Ya nos ocupamos de ambas circunstancias.

-Cuando el adquirente conocía los vicios o debía conocerlos por su profesión u oficio.

En el primer supuesto los conoce directamente y en el segundo los debía conocer por su profesión u oficio (carros vendidos a un mecánico, harina vendida a un panadero, etc.). -Lo expresado se desprende del art. 2635C.

12. Obligaciones del comprador

A. Obligación de pagar el precio

La principal obligación del comprador es el pago del precio. Así lo dice expresamente el art. 2660C. Este mismo artículo establece que el comprador tiene otras obligaciones, como por ejemplo, la de recibir la cosa comprada.

B. Derecho a depositar el precio

Si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que contra ella existe ya una acción real que no le fue manifestada, podrá depositar el precio con autorización judicial. Este depósito durará hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio. Así lo dispone el art. 2662 inc. 2C. De acuerdo con el art. 2120Pr. este mismo derecho tiene el comprador en los casos de los arts. 2551,2552,2553 y 2554C.

C. Lugar y tiempo del pago

El pago debe hacerse en el tiempo y lugar de la entrega, salvo estipulación en contrario, de acuerdo con el art. 2661 inc. 1C.

D. Resolución del contrato por falta del pago del precio

Ya hemos visto que el vendedor tiene derecho de retener la cosa cuando el comprador no paga el precio, o cuando se volviesen insolvente si mediare plazo. También se le concede al vendedor el derecho de resolver la venta, sean muebles o inmuebles los objetos vendidos, aunque no se hubieren estipulado el pacto comisorio.

Es cierto que los arts. 2596,2597 y 2665C. establecen limitaciones al funcionamiento de la condición resolutoria tácita; pero tales restricciones no son justas y chocan con el sistema general del art. 1885C., que consagra la condición resolutoria tácita para todos los contratos.

Los mencionados artículos responden al sistema argentino de donde los tomó nuestro Código Civil, en el cual en forma general no operaba la condición resolutoria tácita en los contratos, aunque actualmente ha sido consagrada. Pero aun antes de la reforma los juristas argentinos la aceptaban en la venta ya sea sobre muebles o sobre inmuebles. Expresa Borda: «En suma: hoy se admite que el pacto comisorio está implícito en la compraventa, trátase de muebles o inmuebles, sea a favor del comprador o vendedor»⁷.

E. Obligación de recibir la cosa

El comprador se encuentra obligado a recibir la cosa. Para el cumplimiento de dicha obligación el Código Civil concede al vendedor varios derechos, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

De acuerdo con el art. 2670C. cuando se trata de bienes muebles el vendedor tiene derecho a:

a) Exigir al comprador las costas de conservación y las pérdidas e intereses (materiales para conservación, salarios del cuidador, arriendo de locales, etc.).

b) Depositar la cosa en un lugar determinado con autorización del juez.

c) Demandar el pago del precio o bien la resolución de la venta. Puede alternativamente pedir el cumplimiento del contrato o la resolución del contrato.

De acuerdo con el art. 2671C., si la venta hubiere sido de inmueble y el vendedor hubiere recibido el todo o parte del precio, o si la venta se hubiere hecho al crédito y no estuviere vencido el plazo para el pago, y el comprador se negare a recibir el inmueble, el vendedor tiene los derechos siguientes:

a) Pedir al comprador las costas de conservación y los daños y perjuicios.

b) Poner la cosa en depósito judicial por cuenta y riesgo del comprador.

Este derecho tiene amplia aplicación en el Código Civil argentino donde la transmisión del dominio no se realiza por el contrato de venta, ya que se requiere además la tradición.

⁷.Manual de Contratos. Editorial Perrot, Argentina, 1968,p.230.

En nuestro sistema la transmisión se produce por la compraventa y el riesgo de la cosa vendida se traslada al comprador desde el perfeccionamiento del contrato, aunque el precio y la cosa no se hayan entregado, según lo dispone expresamente el art. 2579C.

En nuestro Código Civil, por el mencionado derecho sólo se pondría en mora de recibir la cosa al acreedor.

Si el comprador ya pagó el precio, carece el vendedor del derecho de pedir la resolución de la venta del inmueble, ya que de una parte, los riesgos los asume el comprador y de otra, le basta consignar para asegurar sus intereses.

13. Modalidades de la compraventa

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden establecer en el contrato de venta las cláusulas que estimen convenientes, subordinándolo a condiciones o modificando las obligaciones que nacen de él, a menos que sean contrarias al orden público, a la moral y a la ley. Así se dispone en los arts. 2437 y 2673C.

El Código Civil reglamenta una serie de modalidades, como por ejemplo la venta condicional, el pacto de retroventa, etc., sobre los cuales haremos un breve análisis junto con otras no regulados expresamente por dicho cuerpo de leyes.

Este es un contrato rico en modalidades. Admite tantas que el juego del principio la libre voluntad es amplio y el régimen legal que la regula con frecuencia es modificado.

14. Compraventa condicional

El Código Civil regula en los arts. 2680 y 2681C., las ventas subordinadas a una condición suspensiva o una resolutoria. Estos artículos son aplicables, salvo disposiciones especiales, a las ventas hechas con pacto de retroventa, de reventa, de preferencia y de mejor comprador.

Cuando la condición es suspensiva el comprador no adquiere la propiedad de la cosa vendida y, como consecuencia, los riesgos, de acuerdo con el art. 2579C., son a cargo del vendedor. Ejemplos: te vendo el inmueble X si te gradúas de abogado. Vendo el automóvil X a ensayo o prueba del comprador. Vendo el tractor X a satisfacción del comprador.

El art. 2680C. regula los efectos de la venta bajo condición suspensiva.

De acuerdo con dicho artículo, la compraventa bajo condición suspensiva tendrá los efectos siguientes:

a) Mientras pendiese la condición, ni el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador pagar el precio, y sólo tendrá derecho para exigir las medidas de conservación.

Pendiente la condición suspensiva el contrato queda en suspenso y, como consecuencia, ninguna de las partes puede pedir el cumplimiento de las obligaciones que genera. El comprador tiene derecho para solicitar las medidas conservativas con la finalidad de que la cosa vendida le sea entregada tal como la contrató.

No existe todavía transferencia del precio y del dominio de la cosa comprada. El vendedor continúa siendo dueño de la cosa junto con sus frutos y asume los riesgos.

b) Si antes de cumplida la condición, el vendedor hubiere entregado la cosa vendida al comprador, éste no adquiere el dominio de ella, y será considerado como administrador de cosa ajena.

Por voluntad de las partes el vendedor retiene la transferencia del dominio hasta el cumplimiento de la condición y, como consecuencia, la entrega de ella antes de cumplida, no tiene la virtud de transmitir el dominio.

El comprador será considerado como administrador de cosa ajena para todas las obligaciones y responsabilidades que resulten si no se cumple la obligación y como consecuencia tenga que devolverla.

c) Si el comprador, sin embargo, hubiere pagado el precio, y la condición no se cumpliera, se hará la restitución recíproca de la cosa y del precio, compensándose los intereses de éste con los frutos de aquella.

Es justa la compensación de los intereses del precio con los frutos de la cosa. Pero si no hubo entrega del precio, el comprador no puede quedarse con los frutos percibidos pendiente la condición.

Por otra parte, tanto el vendedor como el comprador de una venta sujeta a condición suspensiva pueden enajenar o gravar los derechos sobre el inmueble (venta, usufructo, hipoteca, servidumbre, etc.), pero estos actos se encuentran también sujetos a dicha condición. Considero, fundado en los arts. 1894, 3782, 3804 y 3870C., que el comprador tiene un derecho real sujeto a una condición suspensiva y no una simple expectativa o derecho personal y, como consecuencia, puede realizar actos de disposición y de gravamen. Lo expresado es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3795C. (venta con pacto de retroventa) que puede dar pie para sostener en general que el propietario bajo condición suspensiva no puede hipotecar.

Cuando la venta está subordinada a una condición resolutoria el dominio de la cosa se transfiere de inmediato al comprador y, como consecuencia, asume los riesgos hasta

que se cumple la condición. Una vez cumplida la condición el contrato queda resuelto. Ejemplos: te vendo el inmueble X, pero me reservo el derecho de poder arrepentirme y desistir de la venta. Te vendo el automóvil X, pero podrás arrepentirte de la compra y dejarla sin efecto. Te vendo el inmueble X, pero quedará sin efecto la venta si antes del primero de enero próximo no adquiero otro semejante.

Por otra parte, de acuerdo con los arts. 1894, 3782, 3804, y 3870C., tanto el vendedor como el comprador de una venta sujeta a una condición resolutoria pueden enajenar o gravar los derechos sobre el inmueble (venta, usufructo, servidumbre, etc.), pero estos actos se encuentran sujetos a dicha condición. Sin embargo, el art. 3795C., en forma excepcional, le impide al que vende el inmueble bajo una condición resolutoria, hipotecarlo antes del cumplimiento de la condición. Esta es una disposición que se opone a la idea general aceptada en los citados artículos, por lo que resulta inconsecuente su inclusión en el Código.

El art. 2681C. regula los efectos de la condición resolutoria. Expresa que cuando la condición fuere resolutoria, la compraventa tendrá los efectos siguientes:

a) El vendedor y el comprador quedarán obligados como si la venta no fuere condicional, y si hubiere entregado la cosa vendida, el vendedor, pendiente la condición, sólo tendrá derecho a pedir las medidas conservatorias de la cosa.

La venta se perfecciona, pero se encuentra subordinada a una condición resolutoria. Como consecuencia, el comprador adquiere el dominio junto con los riesgos.

b) Si la condición se cumple, se observará lo dispuesto en el Título de las Prestaciones Mutuas (no existe en nuestro Código Civil ese Título); pero el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa, sino cuando el comprador le haga tradición de ella.

El art. 2681 inc. 2C es confuso. Primero se refiere al título de las prestaciones mutuas que no existe en nuestro Código Civil. Después expresa que el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella, pero en realidad no existe en nuestro Código Civil la tradición como modo de adquirir el dominio y éste es adquirido de pleno derecho por el vendedor en virtud del cumplimiento de la condición, encontrándose obligado el comprador a restituir la cosa de acuerdo con el art. 1883C. Lo debido, pues, por el comprador, una vez cumplida la condición, es la posesión y no el dominio. En favor de esta opinión se encuentra Cuadra Zavala y Machado.

15. Venta con pacto comisorio

La venta con pacto comisorio está hecha bajo una condición resolutoria, según lo dispone el art. 2684C. Es definida por el art. 2666C. como la resolución del contrato por la falta del cumplimiento del precio. Solo se refiere a los inmuebles y no comprende al supuesto de la falta de entrega de la cosa. Pero también

funciona por falta de la entrega de la cosa y sobre los bienes muebles, a pesar de que con relación a éstos se encuentra prohibición expresamente en el art. 2684C., ya que esta prohibición solamente se refiere a los terceros que adquieren derechos sobre la cosa mueble.

Borda, al comentar el art. 1364 del Código Civil de Argentina, modelo de nuestro art. 2684C., expresa: «Es obvio que Vélez ha tenido presente los inconvenientes que la resolución retroactiva del contrato tendrá para los terceros que han adquirido derechos sobre ella; su intención fue indubitablemente limitar a las partes los efectos resolutorios del pacto comisorio tratándose de cosas muebles. En la práctica, el segundo párrafo del art. 1364 se tiene por escrito; el pacto comisorio, sea expreso o tácito, se admite tanto respecto de los muebles como de los inmuebles»⁸.

El art. 2685C. regula los efectos del pacto comisorio. De conformidad con este artículo la venta con pacto comisorio tendrá los efectos siguientes:

a) Si hubo plazo determinado para el pago del precio, el vendedor podrá demandar la resolución del contrato, desde el día del vencimiento del plazo, si en ese día no fuere pagado el precio.

Este es un caso de mora legal, a los que se refiere el art. 1859 inc. 1C. No es preciso la interpelación, pues el solo vencimiento del plazo constituye en mora al comprador.

b) Si no hubiere plazo, el comprador no quedará constituido en mora del pago del precio, si no desde la interpelación judicial.

Cuando las partes no señalaren plazo, el juez, de acuerdo con el art. 1900C., debe señalarlo si de la naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concedérsele al comprador. Una vez señalado y vencido, el vendedor debe interpelar al comprador para constituirlo en mora, pero si no es ese el caso debe precederse directamente a la interpelación.

c) Puede el vendedor a su arbitrio demandar la resolución de la venta, o exigir el pago del precio. Si prefiere este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato.

Lo prohibido es pedir la resolución después de haber demandado el cumplimiento del contrato mediante el pago del precio, pero no lo contrario, o sea, demandar la resolución y después pedir el cumplimiento del contrato.

d) Si vencido el plazo del pago, el vendedor recibiese solamente una parte del precio, sin reserva del derecho a resolver la venta, se juzgará que ha renunciado a este derecho.

⁸. Ob. cit., 230.

Es una renuncia tácita al pacto comisorio establecida a favor del vendedor. De ahí en adelante el vendedor sólo puede demandar el cumplimiento del contrato.

También se admite que la resolución de la venta, ya sea en virtud de la condición resolutoria tácita o en virtud del pacto comisorio, no opera cuando resulta muy gravosa e injusta al comprado. Ejemplo: cuando el comprador ya ha pagado casi toda la totalidad del precio.

Los anteriores efectos son los específicos del pacto comisorio. El efecto fundamental consiste en la resolución de la venta y, como consecuencia, la devolución de las cosas recibidas por las partes.

16. Cláusula de no enajenar

El art. 2674C. prohíbe la cláusula de no enajenar la cosa a persona alguna; pero la permite con relación a una persona determinada. Es una limitación a la libre contratación a fin de no paralizar la libre circulación de la riqueza.

El vendedor puede tener interés en prohibir la venta a persona determinada, como cuando ésta es su enemigo o su competidor, y no desea que el inmueble le sirva para el negocio en que compiten.

17. La venta *ad gustum*

Esta venta se da generalmente sobre bienes muebles que en el comercio se suelen paladear, gustar, antes de comprarlos (aceite, vino, etc.) No es necesario estipular la cláusula de la degustación cuando es costumbre probar las cosas vendidas antes de recibirlas, de acuerdo con los arts. 2542 y 2581 inc.3C. Si no existe tal costumbre es necesario pactar que la cosa quedará sujeta a la degustación.

De acuerdo con el art. 2542C. es una condición suspensiva y tácita en los casos en que es costumbre probar. No obstante, es conveniente observar que entre el art. 2542 y el art. 2581C. hay una contradicción, por cuanto éste expresa que no existe contrato mientras no exista manifestación del agrado y aquél preceptúa que hay condición suspensiva.

En esta venta el comprador tiene derecho absoluto de decidir si le agrada o no la cosa sin que pueda ser revisado justamente por abuso de ese derecho.

El vendedor debe poner la cosa a disposición del comprado para degustarla. La mora en gustar o probar tiene por efecto la de dar por perfeccionada la venta. Así lo dispone el art. 2543C.:»Si el comprador fuere moroso en gustar o probar la cosa, la degustación se tendrá por hecha y la venta quedará concluida». Con

lo expuesto se evita que quede indefinidamente en suspenso el contrato. El comprador tiene que pronunciarse, bajo la sanción anterior.

En el caso de rechazo no puede el vendedor pedir otra degustación de productos análogos, ni el comprador puede exigirle al vendedor la entrega de otras cosas.

Existe una manifestación tácita de que la cosa le agrada al comprador, si paga el precio de ella, sin hacer reserva alguna.

El derecho a la degustación puede renunciarse.

18. Venta a ensayo o prueba

Esta es similar a la anterior. Es una cláusula en virtud de la cual el contrario no se formará si del ensayo o prueba no resulta satisfactoria para su uso o destino.

El derecho del comprador de probar la cosa y rechazarla no es absoluto, arbitrario, pues no la puede rechazar si la cosa tiene las calidades prometidas, o las corrientes, lo que se puede probar por medio de peritos. El comprador tiene una gran discrecionalidad, pero con los referidos límites.

Se pueden comprar a ensayos cosas muebles o inmuebles aunque es raro en éstos últimos.

De acuerdo con el art. 2542C. es una venta bajo condición suspensiva que consiste en la manifestación del agrado del comprador. Es conveniente observar que este artículo está en contradicción con el art. 2581C., por cuanto expresa que se entiende que no hay contrato mientras el comprador no manifiesta su agrado. La contradicción tiene su origen en la diferencia de fuentes legislativas.

Mientras pende la condición el contrato se encuentra en suspenso y, como consecuencia, los riesgos anteriores al ensayo son a cargo del vendedor.

Las ventas *ad gustum* y a ensayo son ventas a satisfacción del comprador, por lo que se les aplica las reglas de los arts. 2686, 2687 y 2688C.

19. Venta con calidad determinada

Se da cuando se vende la cosa fijando en el contrato calidades determinadas. Ejemplos: 10 quintales de café Matagalpa, un carro Toyota que desarrolla 200 km. por hora. Es una venta bajo condición suspensiva que consiste en que la cosa tenga la calidad convenida.

En esta venta no queda al arbitrio del comprador rehusar la cosa, la que debe aceptar si tiene la calidad determinada. Si a pesar de ello la rehúsa, el vendedor debe acreditar por medio de peritos que tiene la calidad pactada.

El art. 2544C. consagra este tipo de venta. Expresa: «Cuando las cosas se vendieren como de una calidad determinada, y no al gusto personal del comprador, no dependerá del arbitrio de éste rehusar la cosa vendida. El vendedor, probado que la cosa es de la calidad contratada, puede pedir el pago del precio».

20. Venta a satisfacción del comprador

El art. 2675C. define este tipo de venta diciendo: «Venta a satisfacción del comprador, es la que se hace con la cláusula de no haber venta, o de quedar deshecha la venta, si la cosa vendida no agrada al comprador». El artículo transcrito se aplica tanto a la venta de bienes muebles como a la de inmuebles.

La apreciación de que si le agrada queda al absoluto arbitrio del comprador y, como consecuencia, su decisión de desagrado no puede ser revisada judicialmente.

Esta cláusula sujeta la venta a una condición suspensiva, la que consiste en la manifestación del agrado del comprador. El art. 2686C. expresa: «La venta a satisfacción del comprador, se reputa hecha bajo condición suspensiva, y el comprador será considerado como mandatario (debe entenderse como comodatario, según expresa el modelo argentino), mientras no declare expresa o tácitamente que la cosa le agrada». El paréntesis es nuestro.

El artículo transcrito expresa que se presume como condición suspensiva pero no es obstáculo para que se pacte como condición resolutoria cuando se ha entregado el precio y la cosa, en cuyo caso al manifestar su desagrado el comprador debe devolver lo recibido.

Produce los efectos siguientes:

a) El vendedor debe entregar la cosa al comprador para que puede decidir si le agrada o no le agrada. De acuerdo con el art. 2686C., mientras la tiene en su poder y no declara que la cosa le agrada se considerará como comodatario.

b) La manifestación del comprador de que la cosa le agrada puede ser expresa o tácita. De acuerdo con el art. 2687C., habrá declaración tácita de que la cosa le agrada cuando pague el precio sin reserva alguna.

c) De acuerdo con el art. 2688C. no habiendo plazo para que el comprador manifieste si le agrada o no la cosa, el vendedor podrá intimarle judicialmente para que la haga en un término improrrogable, con la conminación de quedar extinguido el derecho de resolver el contrato.

Interpretando a *contrario sensu* el mencionado artículo, si hubiere plazo para la manifestación no es necesaria la intimidación judicial, pues basta el vencimiento del plazo para que quede extinguido el derecho para resolver el contrato.

Se critica al referido artículo porque habla de resolver el contrato, ya que el art. 2686C. considera a esta venta subordinada a una condición suspensiva, en la cual no puede darse una resolución, sino la falta del cumplimiento de la condición, en cuyo supuesto se puede pedir el cumplimiento del contrato.

Los antiguos la llamaban *Pactum displicentiae*. En virtud de ella el vendedor y el comprador, o cualquiera de ellos, se reserva el derecho de poder arrepentirse del contrato dándolo por resuelto.

La primera parte del art. 2683C. estima a la venta con cláusula de poder arrepentirse sujeta a una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiera hecho tradición de la cosa.

Esta cláusula produce los efectos siguientes:

a) Las partes pueden pedir el cumplimiento de las prestaciones: entrega del precio y de la cosa, sin perjuicio del derecho de arrepentirse. Si no se ha entregado ni el uno ni la otra, el arrepentimiento extingue el contrato y ningún efecto puede producir.

b) Si la cosa ha sido entregada o pagado el precio, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de retroventa, si fuese estipulada a favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de reventa, si fuere estipulada a nombre del comprador.

Las partes pueden fijar el plazo para el arrepentimiento. En su defecto el arrepentimiento debe hacerse dentro de los tres años señalados para la retroventa y reventa en el art. 2667C.

22. Venta con pacto de retroventa

A. Concepto y naturaleza jurídica

Esta es una cláusula de gran importancia. En el Derecho romano se llamaba *pactum de retrovendendo* y en el Derecho Español retracto convencional.

El art. 2676C. define dicho pacto diciendo: «Venta con pacto de retroventa es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución». Ejemplo: Juan le vende a Pedro el inmueble X por 50 mil córdobas,

pero se reserva el derecho de recuperar dicho inmueble devolviéndole a Pedro los 50 mil córdobas recibidos, o bien 60 mil o 40 mil córdobas, según convenio.

Dos teorías se han formulado en torno a la naturaleza jurídica del pacto con retroventa: la que considera que existe una nueva venta del comprador al vendedor con origen en el Derecho romano; y la que considera que existe venta subordinada a una condición resolutoria, la que una vez cumplida (ejercitado el derecho) retrotrae las cosa a su estado anterior sin necesidad de una nueva venta.

La adopción de una u otra teoría tiene importancia práctica; a saber:

a) Si se adopta la teoría de la nueva venta, se producen los efectos siguientes:

i) Los derechos reales constituidos en el intervalo subsisten aunque la cosa la recupere el vendedor.

ii) El comprador no está obligado a pagar los deterioros de la cosa.

b) Si se adopta la teoría de la cláusula resolutoria, se producen los efectos siguientes:

i) La resolución opera retroactivamente y como consecuencia:

-Se reputa que la propiedad de la cosa nunca ha salido del patrimonio del vendedor, por lo cual no es preciso una nueva venta para que se opere la transmisión de la propiedad a favor del vendedor.

De aquí que no sea necesaria una nueva escritura traslativa del dominio.

- Se extinguen los derechos constituidos sobre la cosa a favor de terceros.

- No se pagan por la recuperación los impuestos de transmisión.

De la definición dada en el art. 2676C. y de los arts. 2690 y 2691C., entre otros, se desprende que el pacto de retroventa constituye una condición resolutoria potestativa del vendedor. Es resolutoria porque del ejercicio del derecho que otorga depende la subsistencia o resolución del contrato. Es potestativa porque el ejercicio o no ejercicio del derecho que concede depende de la voluntad del vendedor. Si el vendedor entrega el precio, la condición se cumple y la venta se resuelve. Si no lo entrega, la condición no se cumple (falla) y la cosa la adquiere el comprador en forma irrevocable.

B. Su utilidad

Desde el punto de vista teórico el pacto no tiene nada de malo y perjudicial, pues es una verdadera y sincera venta con la modalidad de poder el comprador recuperar la cosa vendida. Pero en la realidad presenta inconvenientes:

a) Se utiliza como instrumento de los prestamistas que practican la usura. Se ocupa como un instrumento de crédito y no como venta, lo que ha dado lugar a muchos abusos.

En nuestro medio se ha usado la promesa de venta y no el pacto de retroventa para encubrir préstamos, pues aquella no paga impuestos de transmisión y no es preciso tener a la vista las demás solvencias fiscales.

b) Limita la libre circulación de la riqueza.

c) Termina con los derechos a favor de terceros.

Por todo lo expuesto muchos códigos, como el nuestro, han limitado su aplicación y otros, como el de México, la han prohibido.

C. Requisitos

Cuatro son los requisitos o condiciones para la validez del pacto de retroventa: que recaiga sobre inmuebles; que no se pacte un plazo mayor de tres años; que se estipule un precio; y que se pacte en el mismo acto de la venta.

a) Debe recaer sobre inmuebles.

Se prohíbe este pacto sobre bienes muebles. Así lo dispone el art. 2689C. que dice: «Las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa».

Se prohíbe para favorecer a los terceros que han adquirido de acuerdo con el art. 1768C. Por igual razón se prohíbe en la venta de mueble los pactos comisorios y de mejor comprador.

Si se pacta la retroventa sobre bienes muebles será nula toda la venta. Esta nulidad es absoluta. No faltan autores que sostienen que sólo es nula la cláusula, subsistiendo la venta en forma pura y simple. Se fundan en que la condición ilícita se tiene por no puesta de acuerdo con el art. 1880C., pero ya vimos en nuestro Derecho de Obligaciones que en realidad esa condición anula el contrato.

b) No puede estipularse por un plazo mayor de tres años.

Tal limitación se desprende de los arts. 2667 y 2690C. Se establece limitación para evitar trabas a la libre disposición y circulación de los bienes.

Si se estipula un plazo mayor no se anula toda la cláusula. Es válida por tres años y se anula por el excedente. Se permite la prórroga del plazo, pero no tiene efecto con relación a los terceros que han adquirido derechos sobre la cosa antes de dicho prórroga.

El plazo presente las características siguientes:

i) Es un plazo de prescripción. Así lo dicen expresamente los arts. 2667 y 2690.

ii) Opera de pleno derecho, por lo que no es necesario poner en mora al vendedor, quedando por su vencimiento extinguido el derecho del vendedor que no lo ejercitó. Así se desprende del art. 2690C.

iii) Si las partes no establecieron un plazo, debe entenderse que es de tres años. Los arts. 2667 y 2690C. actúan como normas supletorias o interpretativas.

iv) El plazo de tres años de prescripción para ejercer el derecho corre contra toda clase de personas, aun contra los incapaces. Así lo dispone el art. 2690C. Esta es una excepción a la regla del art. 931 inc. 1C. de que la prescripción no corre contra los incapaces.

v) Debe pactarse el precio en virtud del cual el vendedor puede recuperar la cosa vendida. Si no se estipuló será el precio de la venta.

vi) Pasado el plazo se extingue el derecho del vendedor para resolver la venta y el comprador queda como propietario irrevocable. La extinción opera de pleno derecho, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, pasando el comprador a ser propietario del inmueble en forma irrevocable.

c) Debe estipularse en el mismo acto de la venta.

Si se estipula con posterioridad habrá una promesa de venta que al cumplirse producirá una nueva transmisión. Ya no estamos, pues, frente a una condición resolutoria de la retroventa, por lo que tendrá que hacerse una nueva venta y pagarse el impuesto de transmisión. Por otra parte, este pacto posterior no afecta a los terceros adquirentes.

D. Forma de ejercitar el derecho

EL Código Civil no señala una forma específica para ejercitar el derecho de recuperar el inmueble, por lo que existe libertad para hacerlo: puede hacerse en

forma escrita o verbal, judicial o extrajudicial, pero debe ser expresa y hecha dentro del término legal o convencional.

Si el comprador recibe el precio y no se presentan problemas, por cuanto de común acuerdo se ha cumplido la condición; pero si pone obstáculo a ello, debe demandarlo. Junto con la demanda debe allanarse a pagar el precio o consignarlo.

Se sostiene que la demanda se puede presentar con posterioridad al vencimiento del plazo, siempre que pruebe el vendedor haberle hecho saber al comprador dentro del plazo estipulado su intención de recuperar la cosa vendida; aunque otros piensan que es necesario que haya sido precedida de una consignación.

Debemos advertir que el tema de la forma de ejercer el pacto de retroventa es objeto de múltiples opiniones.

E. Personas que pueden ejercer la retroventa

El derecho del vendedor de recuperar la cosa vendida es de carácter patrimonial y, como consecuencia, puede ser ejercitado:

a) Por el vendedor.

Es el titular original del derecho. Si fueren varios los vendedores, o varios los herederos del vendedor, será preciso el consentimiento de todos ellos para ejercitar el derecho. Así lo dispone el art. 2695C. Pero de acuerdo con el art. 2697C. si cada uno de los condominios ha vendido separadamente su parte indivisa, puede ejercer su derecho separadamente, y no podrá ser obligado por el comprador a tomar la totalidad de la finca.

b) Por el cesionario del vendedor.

Esta cesión es permitida por el art. 2694C. El art. 1884 del Código Civil chileno prohíbe expresamente la cesión.

c) Por los herederos.

Así lo permiten los arts. 2694 y 2695C. De acuerdo con el art. 2484C. se puede convenir que el derecho del vendedor no se transmita a sus herederos.

d) Los acreedores del vendedor.

Así lo permite el art. 2694C. Esta es una aplicación específica del art. 1870C. que consagra en forma general la acción subrogatoria u oblicua.

F. Personas contra las cuales se puede ejercer la retroventa

Se puede ejercer este derecho contra las personas siguientes:

a) Contra el comprador.

Es el generalmente obligado y lógicamente contra él procede esta acción.

b) Contra los herederos del comprador.

Son los sucesores de los derechos y obligaciones del comprador. El art. 2698C. expresamente establece que la obligación de sufrir la retroventa pasa a los herederos del comprador.

Si fueren varios los herederos, la acción se divide entre ellos en proporción a su haber hereditario y, como consecuencia, el vendedor la debe ejercer contra cada uno de los herederos en la proporción que le corresponde.

La demanda a cada heredero sólo tiene efectos con relación a él, de tal manera que si el vendedor deja transcurrir el plazo sin demandar a los demás, el dominio de éstos se torna irrevocable. Si ya se verificó la partición y la cosa común se adjudicó a uno de los herederos, la acción debe ser intentada en contra del adjudicatario de toda la cosa. Lo expuesto se desprende del art. 2698C.

G. Efectos de la retroventa

Para proceder al estudio de los efectos es preciso distinguir: efectos antes del vencimiento del plazo y efectos posteriores al vencimiento del plazo.

a) Efectos anteriores al vencimiento del plazo (*pendente conditione*).

i) Con relación al comprador. El comprador es el propietario de la cosa, pero sujeto a condición resolutoria. Tiene un dominio revocable. Como consecuencia de lo expuesto se desprenden los efectos siguientes:

-Puede realizar toda clase de acto de disposición, como venta, hipoteca, servidumbre, etc., pero estos actos quedan sujetos al pacto de retroventa si consta en el Registro, y se extinguen si el vendedor recupera la cosa vendida mediante el ejercicio del pacto. Así se desprende del art. 1894C.

-Puede realizar toda clase de actos de administración, y el vendedor que recupera el inmueble tendrá que respetarlos.

-La cosa se pierde o deteriora para el comprador.

ii) Con relación al vendedor. El vendedor es propietario subordinado a la condición suspensiva de ejercitar el derecho y, como consecuencia, puede vender, permutar, donar o gravar con servidumbres los derechos sobre el inmueble vendido (excepto hipotecar por no permitírsele el art. 3795C.). Estos derechos se extinguen si no se recupera la cosa vendida y por el contrario, se consolidan si la recupera.

b) Efectos posteriores al vencimiento del plazo.

i) Cuando el vendedor no ejercita el derecho de recuperar la cosa dentro del plazo fijado, el comprador adquiere en forma irrevocable el dominio de la cosa comprada y se consolidan los actos de disposición (venta, hipoteca, servidumbre, etc.) que hubiere realizado. Este efecto se produce de pleno derecho, sin necesidad de sentencia que lo declare, según se desprende del art. 2690C.

ii) Si el vendedor ejercida su derecho de recuperar la cosa, se producen los efectos siguientes:

-Entre las partes queda resuelta la venta y las cosa vuelven al estado anterior a la celebración de dicha venta.

Es cierto que en la recuperación no existe una nueva venta, pero es necesario que por escritura pública o por orden judicial se haga constar la recuperación del inmueble para su debida inscripción en el Registro.

De acuerdo con el art. 15 R.R.P. la recuperación debe hacerse constar en un nuevo asiento de inscripción, pues así debe incorporarse al Registro el cumplimiento de la condición resolutoria. Con base en el mismo artículo, la consolidación de la adquisición del comprador por no haber usado de su derecho el vendedor, se hará constar en nota marginal.

Si las partes de común acuerdo realizan la operación y otorgan la escritura pública, no existe problema alguno; pero si a ello se negare el comprador deberá recurrirse a la autoridad judicial.

Se sostiene que la acción del vendedor tiene por objeto obligar al comprador a otorgar la escritura de retroventa, bajo el apercibimiento de otorgar la el Juez, de acuerdo con el art. 2527C. De ahí que la obligación de entregar se convierta en la práctica en una de hacer.

-El vendedor debe restituir el precio con aumento o con disminución.

También debe reembolsar los gastos de entrega y del contrato y las mejoras que no sean voluntarias (necesarias y útiles). Si no cumple con todas esas obligaciones no pueden entrar en posesión. Lo expuesto anteriormente se desprende los arts. 2676 y 2692C.

El pago de tales obligaciones produce la efectiva resolución de la venta. La manifestación del vendedor de ejercitar su derecho dentro del plazo legal evita la extinción de su derecho, pero no produce la resolución de la venta. Es conveniente advertir que existen opiniones en contrario, según las cuales basta la manifestación sin acompañar el pago de dichas obligaciones:

El art. 2692C. concede un derecho de retención a favor del comprador para garantizar sus créditos.

-El comprador está obligado a restituir la cosa con todos sus accesorios y a responder de la pérdida de la cosa y de su deterioro por su culpa, pero no por deterioros causados por caso fortuito o fuerza mayor. Así se desprende del art. 2693C.

-Recuperada la cosa vendida, los frutos de ésta (cosechas, alquileres, etc.) deberán ser compensados con los intereses del precio de venta, salvo pacto en contrario. Así los dispone el art. 2691C.

-Los actos de disposición (venta, hipoteca, servidumbre, etc.) del comprador quedan sin efectos, pero para ello debe constar el pacto en el Registro. Así se desprende del art. 1894C.

-Los riesgos de la cosa corresponden al vendedor.

-Los aumentos y mejoras corresponden al vendedor.

-El comprador tiene derecho de retener la cosa mientras el vendedor no le pague el precio de las mejoras útiles y necesarias, según el art. 2692C.

23. Pacto de reventa

Es el pacto en virtud del cual el comprador se reserva el derecho de devolver la cosa, recibiendo por ello el precio, con exceso o disminución.

Así como la ley le permite al vendedor recuperar la cosa vendida por medio de la retroventa, también se le permite al comprador por medio de la reventa recuperar el precio devolviendo la cosa vendida. Por eso se dice que la reventa es la retroventa a favor del comprador. Se le denomina *pactum de retroemendo*.

Es una condición resolutoria potestativa a favor del comprador, la que consiste en la manifestación que hace éste de recuperar el precio y resolver la venta mediante la devolución de la cosa.

El art. 2677C. define el pacto de reventa diciendo: «Pacto de reventa es la estipulación de poder el comprador restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiere pagado, con exceso o disminución».

Los principios y disposiciones de la retroventa se aplican a la reventa en cuanto fueren compatibles a las diferentes posiciones que ocupan las partes en ambos pactos, ya que las dos son condiciones resolutorias y la reventa es el pacto de retroventa a favor del comprador. Como consecuencia, para la reventa rigen las normas siguientes: la reventa no constituye una nueva venta; el vendedor y los herederos deben soportarla; se resuelve la venta por la manifestación del comprador de recuperar el precio; el derecho de la reventa puede ser cedido; los intereses se compensan con los frutos; el derecho pasa a los herederos del comprador; cuando son varios los herederos del comprador deber ejercerse por todos ellos; cuando se ejerce contra varios herederos del vendedor, debe hacerse en la porción que cada uno tiene en la herencia; el comprador puede realizar actos de administración y de disposición (venta, hipoteca, servidumbre, etc.); no cabe sobre bienes muebles; etc.

Algunos autores expresan que entre ambos pactos existen profundas diferencias y aconsejan prudencia en aplicar las normas de la retroventa a la reventa.

De acuerdo con los arts. 2667 y 2690C. el plazo de la reventa no puede ser mayor de tres años. Este plazo también opera de pleno derecho, sin necesidad de la mora.

24. Venta con reserva de dominio

En el Derecho romano no se conoció como un pacto expreso de la compraventa, pero se consideraba implícita en ella, ya que era necesario, además de la tradición, que el comprador pagara el precio para adquirir el dominio, salvo que el vendedor haya concedido un plazo al comprador para el pago que éste diere caución para garantizarlo, en cuyo caso se transfería el dominio desde la entrega. Esta venta ha sido criticada por ciertos abusos que se han cometido pero éstos pueden ser corregidos.

En la actualidad se estima como una formidable garantía para el pago del precio de las ventas a plazo; creándose Registros de venta de bienes muebles en donde se hace constar la reserva de dominio, siendo muchos los Códigos que la admiten, tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, por cuanto facilita el crédito.

Por medio de este pacto, el vendedor se reserva el dominio hasta que el comprador pague la totalidad del precio.

Este pacto encierra una verdadera condición suspensiva, pues mientras el comprador no pague el precio queda en suspenso la adquisición del dominio por el comprador.

Visto así produce los efectos siguientes:

i) Pendiente la condición el vendedor continúa siendo propietario de la cosa, pero como el comprador tiene el uso y custodia de ésta, asume sus riesgos. Esta es una excepción justificada de la regla de que las cosas perecen para su dueño.

ii) Pagado el precio se cumple la condición y el comprador adquiere el dominio de la cosa.

iii) Si no se paga el precio, falla la condición y el vendedor puede pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, en los dos casos junto con los daños y perjuicios.

En nuestro Código Civil este pacto no tiene aplicación, pues de acuerdo con el art. 2663C. un pacto de esa naturaleza sujeta a la venta a una condición resolutoria, en virtud de la cual el comprador adquiere el dominio, pero subordinado a quedar resuelto si no paga el precio. En otras palabras, el pacto de reserva de dominio no impide la transmisión del dominio. Esta opinión es sostenida por Arturo Alessandri Rodríguez⁹ y Horacio Argüello Bolaños.¹⁰

El mencionado artículo dice: «La cláusula de no transferir el dominio, sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirá en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa, o de los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio».

De acuerdo con lo expuesto los riesgos de la cosa están a cargo del vendedor.

Algunos piensan que el artículo transcrito establece una condición suspensiva y que cuando el comprador paga es para evitar que la condición falle y una vez cumplida la condición adquiera el dominio retenido por el vendedor.

Nuestra excelentísima Corte Suprema de Justicia, partiendo de que el pacto de reserva de dominio constituye una condición suspensiva admite dicho pacto.¹¹

25. Venta con pacto de preferencia

A. Su concepto y naturaleza

Pacto de preferencia es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador si éste decide venderla o darla en pago, mediante el pago del precio (con aumento o disminución) y satisfacción de las demás ventajas ofrecidas por el tercero. Este pacto se permite tanto en la venta de bienes muebles como en la de bienes inmuebles.

⁹. De la compra venta y la Promesa de Venta. Imprenta-Litográfica Barcelona. Santiago, Chile, 1917. Tomo II p. 637 y sigts.

¹⁰. Ob. cit., Homine est errare. Editorial El Centroamericano. León, 1966,p.52 y sigts.

¹¹.S. 10:30 a.m. del 20 de Diciembre de 1950, B.J.,p.15375; S. 10:30 a.m. del 30 de Junio de 1958, B.J.,p.19061.

El art. 2678C. lo define así: «Pacto de preferencia, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla».

Se denomina derecho de tanteo y en el Derecho romano *pactum promiteseos*.

Este pacto se regula en la compraventa, pero no es obstáculo para incorporarlo a otros contratos, por ejemplo, el arriendo (preferencia para ser arrendatario), en la sociedad (preferencia para adquirir acciones). Su uso es muy amplio y útil.

No obstante su utilidad, algunas legislaciones no lo contemplan y otras como la nuestra, sólo lo regulan para la venta.

En esta venta, al vendedor sólo se le concede un derecho, por lo que no está obligado a comprar si el comprador se decide vender o a dar en pago la cosa. Tampoco el comprador está obligado a vender, pero si voluntariamente se decide a vender debe preferir a su vendedor.

En la doctrina se estima que el pacto de preferencia no envuelve una venta condicional, sino una promesa de venta subordinada a la condición suspensiva de que el comprador decida vender o dar en pago la cosa. Por eso se expresa que hay dos ventas independientes: la del vendedor al comprador y la de éste al vendedor. Ambas ventas pagan el impuesto de transmisión. El comprador en este tipo de venta adquiere la propiedad de la cosa vendida.

B. Requisitos

Para que opere el pacto de preferencia son necesarios los requisitos o condiciones siguientes:

a) Que el comprador decida vender la cosa o darla en pago.

Si se trata de otros actos no tiene aplicación, por ejemplo, si el comprador dona la cosa, la aporta a una sociedad, la da en comodato, arriendo, usufructo, etc.

Así lo dispone el art. 2699C. que dice:»La venta con pacto de preferencia no da derecho al vendedor para recuperar la cosa vendida, sino cuando el comprador quisiere venderla o darla en pago y no cuando enajenare por otro contrato, o constituyere sobre ella derechos reales».

b) Que el vendedor ofrezca el precio convenido y las demás ventajas que ofrece el tercero que pretende comprar la cosa.

Así lo establece el art. 2700C. al expresar: «...En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador hubiere encontrado, o más o menos si hubieren pactado algo sobre el precio. Está obligado también a satisfacer cua-

lesquiera otras ventajas que el comprador hubiere encontrado, y sino las pudiere satisfacer, queda sin efecto el pacto de preferencia». Como puede observarse, el artículo transcrito permite que el precio sea menor o mayor del ofrecido por el tercero.

C. Efectos

a) Obligaciones del vendedor

i) De acuerdo con el art. 2700C. el vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de los tres días siguientes, si la cosa fuere mueble, después que el comprador le hubiere hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho, si en este tiempo no lo ejerciere. Si fuere cosa inmueble, después de diez días, bajo la misma pena.

Si el vendedor no ejerce su derecho dentro de los términos señalados pierde ese derecho y el comprador puede vender la cosa sin ninguna responsabilidad. Es conveniente advertir que mientras el comprador no se decida a vender la cosa y notificarle esa decisión al vendedor, éste conserva su derecho de preferencia, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

ii) De acuerdo con el art. 2700C. el vendedor está obligado a pagar el precio y demás ventajas ofrecidas por el tercero.

b) Obligaciones del comprador

La obligación fundamental del comprador es avisarle al vendedor el precio y las ventajas que le ofrece el tercero. Esta obligación debe ser cumplida sin dolo o reticencias.

La falta de cumplimiento de esta obligación hace incurrir al comprador en los daños y perjuicios, pero la venta es válida. Así lo dispone el art. 2701C. que dice: «El comprador queda obligado a hacer saber al vendedor el precio y las ventajas que se le ofrezcan por la cosa, pudiendo al efecto hacer la intimación judicial; y si la vende sin avisarle al vendedor, la venta será válida, pero debe indemnizar a éste todo el perjuicio que le resultare».

Cuando el pacto de preferencia recae sobre bienes inmuebles y consta inscrito en el Registro, perjudicará a los terceros adquirentes, pues aunque sólo engendra un derecho personal, la inscripción le concede virtualidad real.

D. Venta en pública subasta

Si la cosa vendida en pública subasta fuere mueble, el vendedor pierde todo derecho, el pacto de preferencia desaparece. Si la cosa fuere inmueble el vendedor tiene derecho a ser notificado sobre el día y el lugar en que ha de

hacer el remate; pero no puede hacer uso del derecho de preferencia y, como consecuencia, adjudicarse la cosa si ofrece igual precio del mejor postor, ya que debe entrar a las subasta en pie de igualdad con los otros postores y mejorar las posturas si pretende ser preferido. Debe advertirse que algunos piensan que el vendedor conserva en la subasta el derecho de preferencia. La omisión de la notificación del remate al vendedor obliga al comprador a pagar los daños y perjuicios.

El art. 2702C. expresa: «Si la venta hubiere de hacerse en pública subasta, y la cosa fuere mueble, el vendedor no tendrá derecho alguno. Si fuere inmueble, el vendedor tendrá derecho a ser notificado sobre el día y lugar en que se hace el remate. Si no le hiciere saber, debe ser indemnizado del perjuicio que le resulte».

E. Intrasmisibilidad del derecho de preferencia

De acuerdo con el art. 2703C. el derecho adquirido por pacto de preferencia no puede cederse ni pasa a los herederos del vendedor, pues es concedido en atención a la persona (*intuitu personae*). Como consecuencia, no puede ser ejercitado por los acreedores del vendedor por medio de la acción oblicua.

En la doctrina se reconoce la posibilidad de pactar la cesibilidad y trasmisibilidad del pacto de preferencia.

26. Venta con la facultad de señalar la persona para quien se compra

A. Concepto y naturaleza jurídica

En virtud de esta venta, el comprador, a pesar de comparecer en su propio nombre, manifiesta que compra para otro que vendrá a ocupar su lugar. Se piensa que si el comprador actúa por encargo de otro, nos encontramos ante un mandato sin representación, donde el mandante comprador aparece oculto, figura reconocida por el art. 3331C. Pero si la compra es con el exclusivo propósito de buscar un comprador a quien le transferirá sus derechos nos encontramos frente a la estipulación a favor del tercero.

Ambas soluciones han sido criticadas con razón, y la doctrina más aceptada es la que considera que esta venta se encuentra afectada a una alternativa en cuanto a la persona del comprador: uno de los compradores eventuales está determinado y el otro no. El comprador en forma alternativa compra para sí y para un tercero.

Esta cláusula puede tener cabida tanto en las ventas voluntarias como en las forzadas. El art. 1774 Pr. se refiere incidentalmente a este tipo de venta. Esta cláusula puede consignarse en la venta con base al principio de la autonomía de la voluntad.

Se sostiene en la doctrina que esta cláusula también cabe en otro tipo de contrato. El nuevo Código Civil Italiano en los arts. 1401 a 1405, la establece para todos los contratos, bajo el nombre de contrato por persona a nombrar.

Sus funciones son muy importantes: de gestión o de comisión.

B. Requisitos

Esta cláusula debe reunir los requisitos o condiciones de validez siguientes:

a) Que se pacte en el contrato de compraventa

Es la autorización para que el comprador transfiera sus derechos quedando así liberado.

b) Que la determinación de la persona para quien se compra se haga dentro del plazo legal o convencional.

c) Que el tercero acepte la celebración de la venta.

C. Efectos

a) Si el comprador estipulante no determina al tercero comprador en el plazo legal o convencional, se reputa que renuncia a la determinación y asume la posición de verdadero y definitivo comprador, obligado, como consecuencia, al pago del precio, etc.

b) Si el comprador estipulante señala dentro del plazo la persona del tercero comprador, queda eliminado y la venta se realiza directamente entre el vendedor y el tercero. Existe una sola venta entre el vendedor y el tercero.

c) Si el tercero no acepta o carece de capacidad, la venta queda consumada entre el vendedor y el comprador.

27. Pacto de mejor comprador

A. Concepto y naturaleza

En virtud de este pacto la venta queda deshecha si el vendedor encontrare un mejor comprador que ofrece un precio más ventajoso u otras ventajas. El art. 2679C. lo define así: «Pacto de mejor comprador, es la estipulación de quedar deshecha la venta, si se presentare otro comprador que ofreciere un precio más ventajoso».

De acuerdo con el art. 2705C. la venta con pacto de mejor comprador se reputa hecha bajo condición resolutoria, salvo que se pacte como suspensiva.

La condición resolutoria de este pacto consiste en el hecho de que el vendedor encuentre un nuevo comprador que ofrezca mejores ventajas.

B. Trasmisibilidad

El derecho derivado del pacto de mejor comprador es patrimonial y, como consecuencia, transmisible por herencia, cesible y ejercitable por los acreedores del vendedor.

El art. 2704C. expresa: «El pacto de mejor comprador puede ser cedido y pasa a los herederos del vendedor. Los acreedores del vendedor pueden también ejercer ese derecho en caso de concurso».

El ejercicio de ese derecho por los acreedores no puede ser limitado al supuesto de concurso. El artículo en su parte final se refiere al concurso por vía de ejemplo. Es conveniente advertir que varios autores piensan que sólo cabe en caso de concurso.

C. Bienes sobre que recae y plazo

El pacto de mejor comprador no cabe sobre bienes muebles, por ser incompatible con el principio de presunción de propiedad de las cosas muebles adquiridas de buena fe establecida en el art. 1768C. Sólo tiene aplicación sobre bienes inmuebles.

Su plazo no puede exceder de tres meses, a fin de no impedir la libre circulación de la riqueza. -Si se pacta un plazo mayor debe reducirse a tres meses. Lo dispuesto anteriormente se encuentra consagrado en el art. 2707C.

D. Sólo cabe en caso de venta y pago

De acuerdo con el art.2710C. Sólo cabe este pacto cuando el tercero pretende comprar la cosa o recibirla en pago, no cuando desea recibirla en virtud de otro contrato (permuta, donación,etc.).

E. Limitaciones del art. 2709C

De acuerdo con este artículo si dos o más personas venden en común a dos o más compradores en común ninguno de ellos podrá ser nuevo comprador.

Se sostiene que si la venta de las partes indivisas fueron hechas separadamente, el vendedor de una de las partes puede ser comprador de la venta hecha por el otro vendedor.

F. Efectos

a) De acuerdo con el art. 2708C. el vendedor debe hacer saber al comprador quien es el mejor comprador y las ventajas que ofrece.

El mejor comprador debe ser plenamente individualizado a fin de que el vendedor pueda comprobar la verdad de la oferta y de las incompatibilidades del art. 2709C., y el comprador pueda hacer uso del derecho de preferencia consagrado en el art. 2708C.

También tienen que detallarse las mejores ventajas que ofrece el tercero para que el primitivo comprador pueda igualarlas o superarlas a fin de hacer efectivo el derecho de preferencia.

Estas mejores ventajas pueden consistir en un mayor precio, plazos más cortos para el pago, pago al contado o en un lugar más útil al vendedor. También puede consistir en un precio menor, pero acompañado de una serie de ventajas que superen al precio original, como por ejemplo, fianzas o hipotecas que garanticen el pago.

De acuerdo con el art. 2706C. el mayor precio o las mejoras ofrecidas deben ser por la cosa como estaba cuando se vendió, sin los aumentos o mejoras ulteriores.

El art. 2708C. dice: «El vendedor debe hacer saber al comprador quien sea el mejor comprador y que mejores ventajas le ofrece. Si el comprador propusiere iguales ventajas, tendrá derechos de preferencia; sino, podrá el vendedor disponer de la cosa a favor del nuevo comprador».

b) Cuando el vendedor encontrare un mejor comprador y el primitivo comprador después de notificado no hace uso del derecho de preferencia para dejar firme su venta, quedará esta resuelta, y la cosa debe ser restituida al vendedor, pudiendo éste venderla al mejor comprador tal como lo expresa la parte final del art. 2708C. anteriormente transcrito. Este es un efecto de la condición resolutoria que encierra este pacto, pero como ya hemos visto, se puede convenir bajo una condición suspensiva. Ejemplo: Juan vende a Pedro el inmueble X por 50 mil córdobas, si antes del primero de Diciembre del corriente año no encontrare un mejor comprador que ofreciera un mejor precio.

c) Si el comprador propusiere iguales ventajas tiene preferencia para consolidar su compra, pagando para ello las ventajas ofrecidas por el tercero. Es justo el otorgamiento de este derecho.

d) Si el vendedor no encontrare comprador, la venta se consolida. La constancia de este pacto en el Registro afecta los terceros adquirentes si el vendedor no cumplió con la obligación de avisarle al comprador original.

G. Comparación con el pacto de preferencia

El pacto de mejor comprador y el pacto de preferencia tiene las semejanzas siguientes: se establecen a favor del vendedor y sólo caben en el supuesto de venta o entrega en pago.

Pero tiene importantes diferencias:

a) El pacto de mejor comprador puede ser cedido y se trasmite a los herederos del vendedor; en cambio el derecho derivado del pacto de preferencia no puede ser cedido ni se trasmite a los herederos del vendedor.

b) El acreedor del vendedor puede ejercer el derecho derivado del pacto de mejor comprador; en cambio el derecho derivado del pacto de preferencia no lo pueden ejercer los acreedores del vendedor.

c) El pacto de mejor comprador sólo puede recaer sobre bienes inmuebles; en cambio el pacto de preferencia puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

d) En el pacto de mejor comprador el derecho surge en el supuesto de que el vendedor encuentre un tercero que le ofrezca mejores condiciones; en cambio en el pacto de preferencia el derecho surge cuando el comprador decide vender o dar en pago la cosa.

e) El pacto de mejor comprador se reputa hecho bajo condición resolutoria, salvo que se pacte bajo condición suspensiva; en cambio el pacto de preferencia no encierra condición alguna, pues es una promesa de venta.

28. Modalidades de la venta de inmueble

De acuerdo con el art. 2550C. la venta de un inmueble determinado puede hacerse:

A. Sin indicación de área y por un solo precio

Esta es la venta denominada *ad corpus*. Se vende por un precio global, con prescindencia de las disminuciones, pues éstas no se indican en el contrato. Ejemplo: te vendo mi finca de ganadería «El Roble» situada en el Km. 10 de la carretera Managua-Tipitapa por un millón de córdobas.

En estas ventas las partes no pueden hacerse reclamaciones fundadas en la diferencia de la medida con la que creían que tenía el inmueble, aunque exceda el vigésimo del art. 2551C. Tampoco da lugar esta venta a dejarla sin efecto, salvo que resultare el inmueble tan pequeño que no fuere útil para su destino.

Es posible que en la venta por precio único se señalen los linderos y medidas, pero se agregue la cláusula «o lo que resulte más o menos dentro de los muros» o «dentro de los linderos». Esta venta es también *ad corpus*. Pero debemos advertir que un fuerte sector doctrinal piensa que es *ad mensuram* o *quantitatem*¹². Nuestra excelentísima Corte Suprema de Justicia considera que estas ventas son *ad corpus*.¹³

En nuestra práctica notarial se usa la expresión «más o menos», la cual es agregada a la medida o linderos detallados en la escritura. La Excelentísima Corte Suprema de Justicia sostiene que ese agregado no la convierte en *ad corpus*,¹⁴, pero debe advertirse que existen sentencias anteriores que, por el contrario, sostienen que ese agregado la convierte en *ad corpus*.¹⁵.

B. Sin indicación del área, pero a razón de un precio la medida. Ejemplos: te vendo el inmueble X a razón de 200 córdobas el metro cuadrado; te vendo el inmueble X a razón de 20 mil córdobas la hectárea

Esta venta es llamada *ad mensuram*, pues el precio resultará de la medida que se haga. Como consecuencia, no se conciben reclamaciones en cuanto al exceso o disminución del área; aunque se reconoce el derecho de dejar sin efecto la venta cuando el área hace inepto al inmueble para su destino.

C. Con indicación del área, pero bajo un cierto número de medidas que se tomarán de un terreno más grande. Ejemplo: te vendo 500 hectáreas de mi finca X razón de 20 mil córdobas la hectárea, o por un precio total de un millón de córdobas

En la escritura generalmente se ubica el lote con relación al resto de la finca; pero si no se hace la elección le corresponde al vendedor quien debe actuar de buena fe.

Si esta venta se hace por un precio único, se le aplica el art. 2552C. Si se hizo con precio por medida se le aplica el art. 2551C.

D. Con indicación del área con un precio cada medida, haya o no indicación del precio total. Ejemplos: te vendo el inmueble X de 1.000 hectáreas a razón de 20 mil córdobas la hectárea. Te vendo un lote, de terreno que mide 20x50 a razón de 200 córdobas el metro

¹². La Suprema hace ver las diferentes opiniones sobre la expresión «poco más o menos» (S. 11 a.m. del 2 de Mayo de 1935, B.J. p. 8956).

¹³. S. 9:45 a.m. del 25 de Julio de 1969, B.J.,p.169.

¹⁴. S. 10:30 a.m. del 31 de Mayo de 1946, B.J.,p.13478; S. 9:45 a.m. del 25 de Julio de 1969, B.J.,p.169.

¹⁵.S. 12 m. del 23 de Diciembre de 1924, B.J.,p. 4685; S. 10:30 a.m. del 31 de Marzo de 1954, B.J.,p. 16839;S. 11:40 a.m. del 20 de Enero de 1959, B.J. p. 19367.

En este tipo de venta no surge problema alguno si el inmueble vendido tiene la superficie señalada. Si no tiene la superficie indicada surge el problema, para cuya solución el art. 2551C. sienta las reglas siguientes:

a) Si resultare una superficie menor, el comprador tiene derecho a tomar el exceso abonando su valor al precio estipulado.

b) Si resultare una superficie mayor, el comprador tiene derecho a que se le devuelva la parte proporcional al precio.

En los supuestos anteriores no se permite la resolución de la venta, sino solo ajustar las prestaciones.

c) Pero si el exceso o la diferencia fuera de un vigésimo del área total del inmueble señalado por el vendedor, puede el comprador dejar sin efecto el contrato o bien aceptarlo. Ejemplos: te vendo el inmueble X de 200 hectáreas a razón de 20 mil córdobas la hectárea, pero resulta que sólo tiene 100 hectáreas. Te vendo el inmueble X de 200 hectáreas a 20 mil córdobas por hectárea y resulta que tiene 300 hectáreas.

En el primer caso el comprador puede pedir la resolución de la venta o aceptarla pagando solamente el precio de las 100 hectáreas que tiene derecho de pedir la resolución del contrato, o aceptarlo pagando las 100 hectáreas que tiene además el inmueble, pero no puede sólo pagar las 200 hectáreas y dejarle al vendedor las 100 hectáreas de exceso.

La facultad de dejar sin efecto a la compraventa se le concede exclusivamente al comprador, pues el vendedor debe saber la superficie del inmueble. Sólo puede reclamar el precio del excedente y reivindicar este sobrante.

E. Con indicación del área, pero por un precio único y no a tanto la medida. Ejemplos: te vendo el inmueble X de 100 hectáreas por 200 mil córdobas; te vendo el inmueble X de 30 x 50 metros por C\$ 80,000.00

Esta venta es llamada venta *per aversionem* y se le aplica el art. 2552C.; como consecuencia.

a) Cuando el exceso o disminución no alcanza el vigésimo, no hay reclamaciones recíprocas: el vendedor no tiene derecho a reclamar un suplemento del precio, por el excedente, y el comprador no tiene derecho a la disminución del precio por resultar menor el área.

Esa diferencia del área, pues, no autoriza a reclamo alguno y a ajuste de precio, ni a la resolución del contrato, pues las partes han puesto más atención sobre el total de la cosa que sobre esas pequeñas diferencias.

b) Cuando el exceso o disminución fuere igual o superior al vigésimo de la superficie, hay derecho a reclamaciones recíprocas y a dejar sin efecto el contrato en la forma siguiente:

i) El comprador tiene derecho a que se le disminuya el precio si hubiere disminución de la superficie, pero no puede pedir la disolución del contrato, a menos que resulte inútil a su destino.

ii) Si hubiere exceso de superficie, el comprador tendrá derecho de mantener el contrato asumiendo el mayor precio, o dejarlo sin efecto, de acuerdo con el art. 2553C.

iii) El vendedor no puede pedir la disolución del contrato. Sólo puede reclamar el pago del suplemento del precio por el exceso.

F. De varios inmuebles, con indicación del área, pero bajo la convención de que no se garantiza el contenido y que la diferencia, sea más o menos, no producirá en el contrato efecto alguno. Ejemplo: te vendo el inmueble X de 30 hectáreas y el Y de 50 hectáreas por 300 mil córdobas, pero ni tú ni yo podremos reclamar si resultare exceso o disminución de la superficie pactada

Por la voluntad expresa de las partes, ésta venta se vuelve *ad corpus*. Por el contrario, no existiendo tal pacto y se procediere, de acuerdo con el art. 2554C., a la venta de dos o más inmuebles con designación del área de cada uno de ellos y por un solo precio, y se encontrase exceso o disminución, se compensaran las diferencias hasta la cantidad concurrente, y la acción del comprador y del vendedor sólo tendrá lugar según las reglas establecidas en los art. 2552 y 2553C.

Ejemplos: Juan vende a Pedro por C\$ 20,000 el inmueble X de 20 hectáreas y el Y de 30 hectáreas. Si resulta que el X tiene 15 hectáreas y el Y 35 hectáreas, éstas diferencias se compensan sin lugar a reclamación alguna. Pero si resultare que el X tiene 18 hectáreas y el Y 36 hectáreas, por el exceso de las 4 hectáreas no habrá lugar al aumento de precio, porque de acuerdo con el art. 2532C. no alcanza el vigésimo del área convenida (50 hectáreas). Por el contrario, si el X tiene 18 hectáreas y el Y 80 hectáreas, habrá lugar al aumento del precio, en cuyo caso el comprador puede optar entre consolidar su venta pagando el suplemento del precio o disolver el contrato, de acuerdo con el art. 2553C.

Se sostiene que el art. 2554C. también se aplica cuando sin producirse compensación resulta un excedente o un déficit. Ejemplos: el inmueble X tiene 20 o 22 hectáreas y el Y 35 hectáreas. El inmueble X tiene 20 ó 18 hectáreas y el Y 20 hectáreas.

Cuando el valor de los inmuebles no es el mismo, debe calcularse la diferencia del precio que debe pagarse o disminuirse, según los valores respectivos del excedente o disminución de los inmuebles. Se deben, pues, compensar los valores respectivos de los excedentes o disminuciones y no las superficies.

Las reglas contenidas en los arts. 2551 y 2554C. son supletorias de la voluntad de las partes, por lo que pueden ser dejadas sin efectos. También se aplican la venta voluntaria como a la forzada. Las acciones de los arts. 2551 y 2554C. expiran a un año contado desde la entrega material. Así lo dispone el art.2552C.

De acuerdo con el art. 2556C.las reglas de los arts. 2551,2552,2553 y 2554C., se aplican a cualquier todo o conjunto de efectos, piasas, mercaderías u otros semejantes.

29. Venta en junto, bloque o masa

A esta venta se refieren los arts. 2545,2546 y 2547C.,

El art. 2545C. expresa que la venta puede ser por junto o por cuenta, peso o medida. Es hecha por junto cuando las cosas son vendidas en masa, formando un solo todo y por un solo precio.

También se denomina *por aversionem*.

Surge esta venta cuando se vende un conjunto de cosas por un precio único. En este tipo de venta no es preciso pesar, contar o medir, para llegar a la determinación de la cosa vendida o del precio de la venta.

Ejemplo: te vendo por C\$50,000.00 todo el maíz que existe en la bodega X. Te vendo mi biblioteca por C\$1,000.000.00. Te vendo por C\$500.000.00 la mitad de los frijoles que existen en la bodega X. Te vendo por C\$20,000 los 200 quintales de frijoles que tengo en mi bodega X.

Como se deduce de los dos últimos ejemplos, también existe venta por junto cuando se vende la totalidad o una cuota parte determinada de las cosas que se encuentran en un lugar determinado, por un precio global. Existe unidad de precio y unidad del objeto.

Esta venta se perfecciona desde que existe acuerdo en la cosa y el precio. Desde su perfeccionamiento se trasmite el dominio de la cosa vendida y, como consecuencia, el comprador asume los riesgos. Así se desprende de los arts. 2547C. y 2580 inc. 1C. que dicen:

«Art. 2547C. En la venta hecha por junto, el contrato es perfecto desde que las partes están convenidas en el precio y en la cosa».

«Art. 2580C. Si se vende una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalado de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora pertenecerá al comprador, aunque dicha cosa no se haya pesado, contado ni medido, con tal que se haya ajustado el precio».

30. Venta por cuenta, peso o medida

Si para llegar a la determinación de la cosa vendida o del precio de ventas es preciso contar, pesar o medir, estamos en presencia de la venta por cuenta, peso o medida.

De acuerdo con el art. 2546C. la venta es a peso, cuenta o medida:

a) Cuando las cosas no se venden en masa o por un solo precio. Ejemplos: te vendo diez caballos de mi finca X a razón de 3,000 córdobas cada caballo. Te vendo 100 quintales de maíz a razón de 500 córdobas el quintal. Te vendo 50 litros de aguardiente de tal barril a razón de 100 córdobas el litro.

b) Cuando no hubiere unidad en el objeto, aunque el precio sea uno. Ejemplo: Te vendo 10 quintales de mi maíz por 10,000 córdobas. Te vendo 10 caballos de mi finca por 30,000 córdobas. Te vendo 10 litros de mi aguardiente por 1,000 córdobas.

c) Cuando no hay unidad del precio, aunque las cosas sean indicadas en masa. Ejemplos: Te vendo todo el maíz de mi bodega X a razón de 5.000 el quintal. Te vendo todos los novillos de la finca X a razón de 5.000 córdobas cada novillo. Te vendo todo el aceite de comer que tengo en mi bodega X a razón de 100 córdobas el litro.

En estas ventas no existe unidad del precio y del objeto vendido.

Los arts. 2548,2549 y 2580 inc. 1C. consagran los efectos de esta venta. Dice el primero: «en las ventas hechas al peso, cuenta o medida, la venta **no es perfecta** hasta que las cosas no estén contadas, pesadas o medidas».

Al expresar el artículo transcrito que la venta no es perfecta no significa que el contrato no obligue a las partes, pues de acuerdo con el art. 2549C. el comprador puede obligar al vendedor a que pese, mida o cuente y le entregue la cosa vendida; y el vendedor puede obligar al comprador a que reciba la cosa contada, medida o pesada y satisfaga el precio de ella.

Lo que verdaderamente el artículo expresa es que no se opera transmisión del dominio al comprador, y como consecuencia, no asume los riesgos. Tales transmisiones sólo se producen hasta que las cosas estén contadas, pesadas o medidas.

Dentro de tal orden de ideas se han pronunciado los anotadores¹⁶ y la Corte Suprema de Justicia.¹⁷

31. Jurisprudencia

1) No se puede demandar simultáneamente la entrega de la cosa (cumplimiento del contrato) y el incumplimiento del contrato por ser contrarios u opuestos, pero pueden proponerse sucesivamente si en la primitiva demanda no se hubiesen satisfecho uno de los extremos.¹⁸

2) Si el comprador de una parte del inmueble toma una parte mayor, cabe contra él la acción reivindicatoria y no la concedida en los arts. 2551 y 2552C., los cuales son aplicables cuando se vende toda la propiedad.¹⁹

3) Sobre lo no incluido en la venta no existe la obligación de evicción.²⁰

4) La prohibición del art. 2565C., no impide que el abogado en quien se subastó diga que adquiere para su mandante.²¹

5) Es válida la venta que hace el sustituto a los hijos del mandatario pues la prohibición del art. 2565C., no puede ampliarse a otros casos.²²

6) El comprador demandado por la nulidad de la escritura de venta tiene derecho a contrademandar, uno de los derechos que concede el art. 2598C.²³

7) Cuando se vence el plazo de la retroventa, quedan extinguidos los derechos del vendedor a retrocomprar, salvo que pruebe la prórroga.²⁴

8) En las ventas con pacto de retroventa, el comprador tiene un derecho bajo condición resolutoria y el vendedor bajo condición suspensiva.²⁵

9) El verdadero heredero no tiene acción para pedir la nulidad de la venta hecha por el heredero aparente por ser nula relativamente.²⁶

10) La acción de nulidad por venta de cosa ajena sólo prospera cuando el comprador acredita que la cosa era ajena en su totalidad y no en parte. Si la cosa solamente es ajena en parte, la acción procedente no es la nulidad, sino

¹⁶. Nota al art. 2548C.

¹⁷. S. 10:35 a.m. del 7 de Noviembre de 1973, B.J.,p.202.

¹⁸. S. 10 a.m. del 8 de Septiembre de 1914, B.J.,p.516.

¹⁹. S. 12 a.m. del 8 de Noviembre de 1914, B.J.,p.599.

²⁰. S. 10:30 a.m. del 22 de Mayo de 1912, B.J.,p.1497.

²¹. S. 11:30 a.m. del 3 de Abril de 1919, B.J.,p.2282.

²². S. 11:30 a.m. del 16 de Marzo de 1926, B.J.,p.5535.

²³. S. 12 m. del 20 de Octubre de 1928, B.J.,p.6460.

²⁴. S. 12 m. del 23 de Abril de 1928, B.J.,p.6952.

²⁵. S. 12 m. del 11 de Mayo de 1929, B.J.,p.6983.

²⁶. S. 11 a.m. del 21 de Noviembre de 1929, B.J.,p.7216.

las regidas por el art. 2550C. y siguientes, los cuales son aplicables tanto a los predios rústicos, como a los urbanos, a diferencia de la legislación chilena en donde son aplicables a los rústicos.²⁷

11) Las fincas quedan identificadas con solo su nombre y situación si no alegó nada el demandado sobre la identidad.²⁸

12) Es mercantil la venta si el comprador confiesa que adquirió la cosa para revenderla, aunque nunca haya ejercido el comercio.²⁹

13) El verdadero dueño puede pedir la nulidad de la venta hecha por tercero de su propiedad, pues para él la nulidad es absoluta, por faltar el objeto del contrato (existen dos disentimientos).³⁰

14) Cuando la venta de un solar es por un precio único y no a tanto la medida, se aplica el art. 2552 y no el art. 2551C. En consecuencia, si la disminución del área llega al vigésimo, el comprador puede pedir disminución del precio, pero no puede pedir la disolución del contrato por cuanto ésta sólo procede cuando por el exceso de cabida hay aumento del precio de acuerdo con el art. 2553C.³¹

15) No produce nulidad el pacto de un término mayor de tres años para la retroventa, en cuyo caso rige el término legal (tres años).³²

16) Los gastos de otorgamiento de la escritura corresponden al vendedor.³³

17) La venta a satisfacción del comprador está subordinado a una condición suspensiva que deja pendiente el perfeccionamiento del contrato.³⁴

18) Es nula la escritura en que no se insertó el poder del vendedor, pero no es nulo el contrato de venta, pues tiene valor de documento privado reconocido con el cual se puede compeler al vendedor a otorgar la escritura.³⁵

19) El art. 2551C. y siguientes, no es aplicable cuando el comprador adquiere una parte de la finca de mayor área.³⁶

27. S. 11:30 a.m. del 22 de diciembre de 1936, B.J.,p.9509.

28. S. 1:30 a.m. del 8 de Febrero de 1938, B.J.,p.10054.

29. S. 11 a.m. del 4 de Marzo de 1938, B.J.,p.10091.

30. S. 12 m. del 26 de Octubre de 1943, B.J.,p.12205.

31. S. 11. a.m. del 7 de Febrero de 1944, B.J.,p.12311.

32. S. 11:30 a.m. del 6 de Noviembre de 1945, B.J.,p. 13087.

33. S. 11:30 a.m. del 7 de Octubre de 1949, B.J.,p.14868.

34. S. 11:30 a.m. del 13 de Febrero de 1956, B.J., P. 17950.

35. S. 10:30 a.m. del 4 de Abril de 1956, B.J.,p.18027.

36. S. 11 a.m. del 25 de Febrero de 1958, B.J.,p.18896.

20) Si el vendedor viene a ser heredero del dueño se convalida la venta de la cosa ajena.³⁷

21) Es válida la venta de cosa mueble con entrega de la cosa, aunque anteriormente haya sido vendida a otro y, como consecuencia, el segundo comprador no tiene acción de evicción contra el vendedor aún cuando el primer comprador le quite la cosa. Art. 2575C.³⁸

22) No son acumulables la acción redhibitoria y la del cuanto menos, pero como demandante expresó que vendió la cosa y el demandado no opuso la excepción correspondiente, se excusó la primera.³⁹

23) Los daños y perjuicios en el caso del art. 2641C., consisten en el interés legal del dinero conforme el art. 1867C.⁴⁰

24) La expresión «en el estado en que se encuentra» el vehículo vendido no contiene una renuncia a los reclamos por los vicios rehiditorios por el carácter accidental con que aparece incluida dicha expresión.⁴¹

³⁷. S. 8:45 a.m. del 28 de Abril de 1958, B.J.,p.18970.

³⁸. S. 11 a.m. del 22 de Marzo de 1944, B.J.,p.12364.

³⁹. S. 11 a.m. del 4 de Marzo de 1938, B.J.,p.19061.

⁴⁰. S. 10:30 a.m. del 30 de Junio de 1958, B.J.,p.19061.

⁴¹. S. 9:45 a.m. del 4 de Febrero de 1969, B.J.,p.12.

CAPITULO II PROMESA DE VENTA

SUMARIO: 1. Concepto.- 2. Función negocial de la promesa de venta.- 3. Diferencias entre la promesa de venta y la venta.- 4. Clases de promesas.- 5. Efectos: A. Con relación a las partes.- B. Con relación a terceros.-6 Requisitos.- 7 Jurisprudencia.

1. Concepto

La promesa de venta es un contrato que tiene por objeto la futura celebración de una compraventa. No es la venta misma, sino una promesa obligatoria de celebrar la compraventa. Es, pues, un paso previo para llegar a la compraventa, pero no es la venta. Por tal razón se le puede clasificar dentro de los precontratos.

2. Función negocial de la promesa de venta

Pueden ser varias las razones por las cuales las partes no celebran directamente la compraventa, pero, en cambio, se obligan, ya sea en forma unilateral o bilateral, a hacerlo en el futuro. Ejemplos: el futuro comprador no tiene el dinero suficiente para pagar el precio de la venta; el inmueble aún se encuentra arrendado; el comprador desea probar la cosa.

3. Diferencias entre la promesa de venta y la venta

No obstante lo expuesto, en el art. 1589 del Código de Napoleón se dispone que la promesa de venta se reputa como venta. Dicho artículo ha dado origen a muchas dudas y opiniones; a saber:

a) El mayor grupo doctrinal sostiene que el art. 1589 sólo regula la promesa de venta bilateral.

En base a tal criterio algunos autores como Merlin sostienen que no es válida la promesa unilateral de venta. No obstante, la mayoría se pronuncia a favor de su validez. Se fundamenta en que de la falta de regulación de la promesa unilateral por el citado artículo no puede deducirse que se haya prohibido, pues en el Derecho Privado se pueden realizar todos los actos que no están prohibidos. Esta promesa unilateral solo produce un derecho de crédito para obligar a su cumplimiento o a los daños y perjuicios.

b) También se piensa que la promesa unilateral sólo produce el efecto de autorizar a cada parte para pedir el cumplimiento de la venta. Para esta corriente doctrinal la promesa de venta no es una verdadera venta, pues sólo genera una acción personal para pedir el cumplimiento del contrato.

c) Para otros autores, entre ellos Planiol, el art. 1589 sólo regula una promesa unilateral y no una bilateral. Como consecuencia, sólo otorga acción personal para pedir el cumplimiento del contrato, el que engendra una obligación de hacer y no de dar.

En nuestro Derecho no existe esa equivalencia entre la venta y la promesa de venta, por las razones siguientes:

a) No existe un artículo semejante al 1589 del Código de Napoleón que pueda dar pie para sostener una equivalencia entre ambos contratos.

b) El art. 2541 inc.2C. para hacer notoria la diferencia entre la promesa de venta y la venta, dispone que en el supuesto de incumplimiento de la primera se acuda a las normas generales del incumplimiento de las obligaciones y contratos y no a las referentes a la venta.

c) Por otra parte, el art. 2541 inc. 1C. autoriza para pedir el cumplimiento del contrato de promesa de venta y no de la compra venta.

Esto significa que las partes en la promesa de venta no se pueden compelir a entregar la cosa y el precio, sino sólo a otorgar la escritura de venta definitiva. Una vez otorgada ésta, las partes podrán exigirse tales prestaciones.

La Corte Suprema de Justicia se ha mantenido dentro del criterio que diferencia la promesa de venta de la compraventa;¹ aunque en 1939 sentó la tesis de que la promesa de venta inscrita es igual a la venta.²

La generalidad de los autores españoles se adhieren a la tesis de la diferencia entre ambos contratos. No obstante, una minoría (Manresa, Mucius Scaevola, De Buen y De Diego) opina que la promesa de venta bilateral tiene el mismo valor que la venta, negando si la existencia de la promesa bilateral como contrato con vida propia.

Las diferencias entre la venta y la promesa de venta son las siguientes:

a) La venta engendra una obligación de dar; en cambio, la promesa de venta engendra una obligación de hacer.

b) la venta concede acción real para pedir la entrega de la cosa o el precio de ella; en cambio, la promesa de venta concede acción personal para exigir el cumplimiento o resolución de la promesa de venta.

¹. S. 11 a.m.del 23 de Agosto de 1926, B.J.,p.5668; S. 11:14 a.m. del 12 de Julio de 1917, B.J.p.1608; S.12m. del 12 de Septiembre de 1913, B.J.P. 244; S. 12m. del 17 de Junio de 1921, B.J.p. 3337; S.11 a.m. del 10 de Enero de 1929, B.J.p. 6885; S. 10:30 a.m. del 8 de Mayo de 1947, B.J.p. 13870; S. 10 a.m. del 26 de Enero de 1965, B.J.p.35.

². S. 12 m. del 25 de Enero de 1939, B.J. p. 10431.

c) La compraventa transfiere el dominio al comprador junto con los riesgos; en cambio, la promesa de venta no transfiere el dominio de la cosa y el vendedor sigue asumiendo los riesgos.

d) En la compraventa es necesario pagar el impuesto de transmisión; en cambio, en la promesa de venta como se transmite el dominio, no es necesario pagar dicho impuesto.

e) La compraventa otorga acción real para perseguir la cosa en poder de los terceros; en cambio, la promesa de venta, como solo otorga acción personal, no concede derecho para perseguir la cosa en manos de terceros, pero sí acción personal por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

4. Clases de promesas

La promesa de venta puede aparecer bajo las formas siguientes:

A. Como promesa de vender o comprar no aceptada

Esta constituye una oferta o policitud simple de prometer vender o comprar, la que no constituye un contrato. No está regulada por el art. 2541C., sino por los arts. 2449 a 2454C.

Ejemplo: Juan promete vender por 500.000.00 córdobas el inmueble X a Pedro, sin que éste haya aceptado la oferta.

B. Promesa de venta unilateral aceptada

En virtud de ella el propietario promete vender una cosa al otro contratante, sin que éste al aceptar se obligue a comprar, pues sólo adquiere un derecho para comprar.

En esta variedad de promesa de venta existe un verdadero contrato; pero es un contrato unilateral y no bilateral, ya que el único obligado es el promitente vendedor y no el destinatario de la oferta de la promesa, el cual a nada se obliga. Ejemplo: Juan le promete vender a Pedro el inmueble X por 500.000.00 córdobas dentro del plazo de un año, pero éste al aceptar no se obliga a comprar. Pedro puede o no comprar dentro de dicho plazo, ya que no se encuentra obligado a comprar.

Si Pedro no decide comprar dentro del año, se habrá extinguido su derecho y, como consecuencia, no puede obligar a Juan a que le venda. Si Pedro decide comprar dentro del año, Juan está obligado a venderle. Pero Juan no puede obligar a Pedro a que compre, mientras Este no decida comprar, pues no se ha obligado a ello. No obstante, si Pedro decide comprar dentro del año, quedara vinculado y debe cumplir con todas sus obligaciones.

Un sector doctrinal confunde el contrato de opción con el de promesa unilateral; pero otro los distingue atendiendo a sus elementos y fines negociales. En el contrato de promesa unilateral el promitente solamente asume la obligación de celebrar el contrato futuro y el otro contratante acepta, por lo que será preciso nuevamente la voluntad de ambos contratantes para la conclusión del contrato prometido; en cambio en el contrato de opción el promitente se obliga a contratar en virtud de mantener una oferta temporal irrevocable aceptada por el optante o promisorio, por lo que con la aceptación posterior del optante del contrato definitivo queda éste perfeccionado o concluido, no necesitando en consecuencia una manifestación nueva de voluntad del promitente, ni mucho menos de ambos contratantes (promitente y optante).

La necesidad del uso del contrato de opción en determinadas negociaciones jurídicas y económicas y su consagración en muchas legislaciones, justifican su existencia con individualidad propia.

C. Promesa unilateral de compra aceptada

En virtud de ella sólo el futuro comprador se obliga a comprar la cosa, en cambio, el vendedor no se obliga a vender. Las características y efectos son semejantes a la anterior; pero debe tenerse en cuenta que el obligado en esta promesa es el comprador y no el vendedor; es pues la otra cara de la moneda.

Ejemplo: Juan le promete comprar a Pedro por cincuenta mil córdobas el inmueble X dentro del plazo de un año y este acepta la promesa de comprar, pero no se obliga a vender. Si Pedro decide vender, Juan está obligado a comprar, pero si Pedro decide no vender, Juan no puede obligarlo.

D. Promesa bilateral de venta y compra recíprocamente aceptada

En ésta promesa el propietario promete vender y el destinatario de la oferta promete comprar.

En el art. 2541C. la distinción entre las promesas unilaterales y bilaterales es confusa. Principia refiriéndose a las promesas unilaterales de vender o comprar y termina aludiendo a las bilaterales. Nuestra Corte Suprema sostiene que regula a la bilateral y a la unilateral, como puede verse al final.

5. Efectos

Muchos ya fueron estudiados, pero nuevamente haremos un breve y ordenado comentario de ellos y de los otros efectos.

A. Con relación a las partes

a) La promesa no aceptada no es un contrato, sino una simple oferta o policitud, revocable a tenor de los arts. 2449 a 2454C. En virtud de éstos artículos el oferente puede

revocar su oferta antes de que sea aceptada. No obstante, se encuentra obligado a mantener su oferta dentro de los plazos establecidos en los arts. 2452 y 2453C. o dentro del plazo convencional.

b) La promesa unilateral sólo obliga a uno de los contratantes, ya sea al vendedor (promesa unilateral de venta), ya sea al comprador (promesa unilateral de compra).

c) La promesa bilateral de compra y de venta obliga tanto al vendedor como al comprador.

d) La promesa de venta, ya sea unilateral o bilateral, no produce la transmisión del dominio y como consecuencia:

i) El riesgo de la cosa le corresponde al que promete vender, como dueño que sigue siendo de la cosa (*res peit domine*).

ii) Sólo engendra una obligación de hacer y no de dar. Esta obligación de hacer consiste en la celebración de la compraventa.

iii) Sólo concede acción personal para pedir el cumplimiento o la resolución de la promesa de venta y no para solicitar la entrega de la cosa o del precio.

iv) No se paga impuesto de transmisión.

B. Con relación a terceros

La promesa de venta, ya sea unilateral o bilateral, sólo concede acción personal para su cumplimiento o resolución y no acción real para perseguir la cosa en poder de terceros.

No obstante, si la promesa se inscribe en el Registro produce cierta virtualidad real al ser oponible a terceros. Esto quiere decir que el promitente comprador puede ser un tercero protegido por el Registro frente a una promesa de venta, venta u otros derechos reales anteriores o posteriores a la constitución e inscripción de su promesa, de acuerdo con los arts. 2575, 3796, 3937, 3948 y 3949C. Esta oponibilidad a terceros se manifiesta fundamentalmente en un cierre del Registro para las ventas, de acuerdo con el art. 129 R.R.P. Dicho cierre debe extenderse a los otros derechos reales, por cuanto el alcance de dicho artículo así lo permite. Pero aunque no se acepte esta extensión, siempre prevalece la promesa por ser oponible a terceros.³

6. Requisitos

Como contrato que es, debe tener para su validez los requisitos siguientes: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

³. Para ampliar sobre los efectos de la promesa de venta, léase mi Introducción al Derecho Registral Nicaragüense.

La capacidad necesaria es la general exigida para contratar. El consentimiento debe recaer sobre el objeto y el precio de la promesa. No es preciso que se estipule un plazo, salvo que sea destinada a inscribirse, pues el art. 129 R.R.P. exige plazo o condición para que pueda inscribirse y producir los efectos que consagra.

Pero en todo caso el plazo puede ser fijado por el Juez de acuerdo con el art. 1900C., siempre que de las circunstancias se dedujere que se le ha querido conceder al promitente comprador, lo que generalmente sucede en la promesa, pues normalmente se celebra para tener un cumplimiento futuro y no inmediato.

Una vez fijado el plazo judicialmente puede inscribirse la promesa y si no es el caso de solicitar su inscripción, se harán efectivas las obligaciones una vez que venza dicho plazo.

La Corte Suprema de Justicia ha estimado que el plazo no es un requisito de validez de la promesa, como puede verse al final en el resumen de la jurisprudencia.

Pueden ser objeto de la promesa de venta todas las cosas que están en el comercio, ya sean muebles o inmuebles. También pueden prometerse vender las cosas ajenas.

Es consensual, por lo que existe libertad para celebrarlo en forma verbal⁴ o por documento privado⁵ o público.

No obstante, la promesa de venta de inmueble destinada a ser inscrita debe celebrarse en escritura pública y además deben llenarse los restantes requisitos del art. 129 R.R.P. Pero la escritura pública no es un requisito *ad solemnitatem*, ya que se exige para cumplir con el principio de legalidad registral consagrado en forma general en el art. 3941C. y aplicado en forma específica en el art. 129 R.R.P.

7. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

a) Las posiciones (confesión judicial provocada), en que se confiesa una promesa de venta, es suficiente para exigir el otorgamiento de la escritura de venta.⁶

b) No es nula la promesa de venta de cosa ajena, pero no puede inscribirse.⁷

⁴. S. 12 m. del 17 de Junio de 1921, B.J. p.3337

⁵. S. 11:15 a.m. del 12 de Julio de 1917, B.J.p.1608.

⁶. S. 11 a.m. del 31 de Agosto de 1925, B.J.p.5206.

⁷. S. 11:30 a.m. del 21 de Diciembre de 1934, B.J. p 8860; Cta. 21 de Junio de 1966, B.J. p.333.

c) Las promesas de vender o comprar obligan cuando uno de los interesados propone y el otro acepta. El art. 2541C. se refiere tanto a las promesas unilaterales como a las bilaterales.⁸

d) Existe promesa de venta obligatoria y no policitación, cuando se promete vender una cosa por un precio determinado, aunque no se haya fijado plazo y no aparezca expreso el consentimiento del comprador.⁹

e) Si el promitente vendedor enajena la cosa que prometió vender, se coloca ante la imposibilidad de cumplir y, por lo tanto, es responsable por los daños y perjuicios.¹⁰ El perjuicio sufrido consistirá en la diferencia del precio estipulado y el que tenía la cosa en el tiempo que debió cumplirse el contrato.¹¹

f) Cuando se expresa o se promete vender una cosa por el mismo precio en que se ha comprado, queda establecido el objeto y el precio de la promesa de venta.¹²

g) La aceptación de la promesa unilateral no obliga al comprador. Cuando el plazo se vence sin que el aceptante haga uso de su derecho, éste quedará extinguido, sin que sea necesario para determinar con la promesa pedir su resolución o su cumplimiento.¹³

h) En el cumplimiento de la promesa de una cosa ajena el promitente comprador está obligado a probar que el promitente vendedor la ha adquirido. No habiendo ocurrido éste evento, la promesa se extingue y debe devolverse lo que hubiere recibido por razón de ella. Art. 2541C. y 1851C.¹⁴

i) Es nula escritura de venta en que no se determinó el precio, pero se da por recibido. No obstante, la promesa de venta celebrada bajo estas condiciones no es nula, pero no presta méritos ejecutivos, por lo que su cumplimiento debe pedirse en juicio ordinario.¹⁵

j) Si el promisorio demanda dentro del plazo fatal, no puede oponerse la excepción de falta de pago del precio, pues puede hacerlo al otorgarse la escritura.¹⁶

k) El simple vencimiento del plazo de la promesa de venta sin que haya pagado el precio de ella el promisorio no produce la resolución del contrato;

⁸. S. 12 m. del 6 de Febrero de 1940, B.J. p. 10827.

⁹. S. 11 a.m. del 8 de Julio de 1940, B.J. p. 10969.

¹⁰. S. 11 a.m. del 8 de Julio de 1940, B.J. p. 10969.

¹¹. S. 9 a.m. del 30 de Junio de 1924, B.J. p. 11641.

¹². S. 12 m. del 5 de Marzo de 1943, B.J. p. 11942.

¹³. S. 12 m. del 19 de Abril de 1945, B.J. p. 12762.

¹⁴. S. 9:15 a.m. del 25 de Marzo de 1946, B.J. p. 13353.

¹⁵. S. 10:30 a.m. del 23 de Octubre de 1948, B.J. p. 14468.

¹⁶. S. 10:30 a.m. del 2 de Junio de 1947, B.J. p. 13902.

pudiéndose hacer dicho pago mientras el promitente no haya hecho su elección en la demanda. El art. 2597C. es especial para la venta y, por lo tanto, prevalece sobre el art. 1859C. por lo que el promisorio debe depositar judicialmente el precio y no es suficiente que se allane a pagarlo. Este depósito equivale a la consignación.¹⁷

l) Cuando se concede el derecho al promisorio de escoger otras cosas si no se puede llevar a efecto la venta de la cosa prometida en venta, no se ha pactado una obligación alternativa, sino una facultad concedida al promisorio, que bien puede no hacer uso de ella y demandar la resolución del contrato.¹⁸

m) Para exigir el otorgamiento de la escritura pública de la venta definitiva es preciso que haya conformidad en la cosa y en el precio aunque no se hubiere estipulado plazo.¹⁹

n) Prescribe la acción de resolución de la promesa de venta y de recuperar la propiedad que se le había entregado al promisorio, si ha transcurrido diez años desde la fecha en que el promitente estaba obligado a otorgar la escritura de venta y el promisorio a pagar el precio.²⁰

o) Para pedir el cumplimiento de la promesa de venta no es preciso que el promisorio haya pagado el precio dentro del plazo, pues es suficiente el allanamiento a pagarlo o su consignación porque cuando la promesa es bilateral no cabe sostener la existencia de una condición resolutoria que opere de pleno derecho, sino una condición implícita que da lugar a pedir la resolución.²¹

¹⁷. S. 11 a.m. del 4 de Mayo de 1952, B.J. p.16023.

¹⁸. S. 10 a.m. del 12 de Septiembre de 1953, B.J.p.16621.

¹⁹. S. 9 a.m. del 12 de Noviembre de 1953, B.J.p.16709.

²⁰. S. 11:30 a.m. del 17 de Enero de 1955, B.J. p. 17304.

²¹. S. 10:30 a.m. del 9 de Enero de 1956, B.J. p. 17903.

Capítulo III La Permuta

SUMARIO: 1. Concepto.-2.Caracteres: A. Es un contrato consensual. B. Es un contrato oneroso. C. Es conmutativo. D. Es bilateral. E. Es traslativo de derechos.-3.Afinidad con la venta.-4.Cosas que se pueden permutar.-5.Efectos: A. Trasmite las cosas o derechos. B. Obligación de conservar y entregar la cosa. C. Obligación de garantía: a) Evicción total; b) Evicción parcial; c) Vicios ocultos. D. Terceros adquirentes.

1. Concepto

Permuta es la transmisión recíproca de cosas o derechos. El art. 2748C. la define diciendo: «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

Si una de las prestaciones consiste en dinero estamos en presencia de una venta y no de una permuta. Pero es posible que exista permuta a pesar de consistir una de las prestaciones parte en dinero y parte en otra cosa, de acuerdo con el art. 2536C., a cuyos comentarios nos remitimos.

Es el más antiguo de los contratos traslativos y ha dado origen a la compra-venta, por lo que se considera a ésta como una variedad o modalidad de la permuta.

2. Caracteres

A. Es un contrato consensual

La permuta como norma general es consensual y como tal se perfecciona por el simple consentimiento de las partes; pero por excepción es solemne; a saber:

a) Cuando una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes inmuebles o derechos hereditarios. Se requiere escritura pública inscrita como requisito para su perfeccionamiento de acuerdo con el art. 2749C.

b) Cuando siendo la permuta de bienes muebles uno de ellos, o ambos, excedan o tengan un valor de 8 córdobas. En este caso debe celebrarse por escrito, ya sea en documento privado o público. Así se desprende del art. 2750C.

B. Es un contrato oneroso

Es conmutativa por cuantas ambas partes pueden apreciar desde la celebración del contrato la ventaja obtenida o el sacrificio hechos. No obstante, podrá ser aleatoria, cuando, por ejemplo, las partes permutantes cambian cosas

sujetas a riesgos, los cuales son tomados por ellas. Basta que una de ellas sea la sujeta a peligros.

D. Es bilateral

Es bilateral porque ambas partes están obligadas: una transmite una cosa o derecho y el otro también transmite una cosa o derecho.

E. Es traslativa de derechos

La permuta no sólo engendra obligaciones. Produce también la transmisión de los derechos (la transmisión del crédito, la transmisión del dominio, etc.).

El carácter traslativo de la permuta no resulta de la definición que de ella hace el art. 2748C. Este artículo sólo resalta las prestaciones que son objeto de la permuta, pero no se refiere a la transmisión de ellas. El carácter traslativo resulta de aplicar el art. 2530C. de la compraventa (el cual consagra el poder transmisivo de ella), en virtud del art. 2755C.

3. Afinidad con la venta

Entre la venta y la permuta existe una gran afinidad, por cuanto en ambas hay un desplazamiento y reemplazo en los patrimonios de las partes; pero son diferentes por cuanto en la venta existe un precio y una cosa, mientras que en la permuta hay dos cosas que se cambian. Por eso el Código Civil alemán sólo le dedica a la permuta el art. 515, que se concreta a ordenar se apliquen a la permuta las reglas de la compraventa.

Reconoce esta afinidad del art. 2755C. al aplicar a la permuta las reglas de la compraventa. Pero estas reglas no deben contrariar a las establecidas para la permuta o a su propia estructura.

4. Cosas que se pueden permutar

Se pueden permutar cosas corporales (muebles o inmuebles) y derechos. Se pueden permutar cosas por cosas (un inmueble por otro inmueble o por un mueble); cosas por derechos (un inmueble por un crédito); derechos por derechos (dos créditos).

5. Efectos

La permuta produce los efectos siguientes:

A. Transmite las cosas o derechos

La permuta es traslativa de las cosas o derechos permutados.

B. Obligación de conservar y entregar la cosa

Tal como los vendedores, los permutantes están obligados a conservar y entregar la cosa. Les son aplicables los arts. 2582C. y concordantes.

El art. 2751C. permite al permutante que ya recibió la cosa del otro contratante a retener lo que él debe entregar, si prueba que el otro no es dueño de la misma y solo debe devolver la recibida. Este es un derecho de retención similar al del art. 2593C.

Si el permutante que entregó la cosa ajena pide la entrega de la cosa del otro permutante para que cumpla con el contrato, éste puede contrademandar la resolución de la permuta y hacer uso del derecho de retención, pero debe devolver la cosa que recibió.

El permutante que recibió la cosa ajena puede demandar la resolución y devolver la cosa recibida. La acción de resolución sólo la puede entablar el permutante que recibió la cosa ajena. A esta acción resolutoria puede acumularse la de daños y perjuicios aunque no lo expresen los arts. 2751 y 2753C., pues de acuerdo con el art. 1885C. la resolución puede ir acompañada de los daños y perjuicios. Este permutante tiene derecho a los daños y perjuicios.

Los derechos para retener y para pedir la resolución también se conceden aunque el permutante de la cosa ajena no la haya entregado o cuando ambas cosas hayan sido entregadas. A estos casos se aplican los arts. 2751 y 2753C. por cuanto existen las mismas razones para ser resueltos de acuerdo a estas disposiciones.

En todas las hipótesis anteriores, no es preciso esperar a que se produzcan la evicción para ejercer la acción resolutoria.

Los arts. 2550 al 2555C. son aplicables a la permuta, ya sea que se trate de permuta de dos inmuebles o de un inmueble. Pero debemos advertir que existe una corriente doctrinal que sostiene lo contrario, ya que considera que sólo se aplican cuando existe una intención evidente de las partes de sujetarse a ellos.

C. Obligación de garantía

Los permutantes tienen recíproca obligación de garantizar la evicción y los vicios ocultos.

a) Evicción total.

Cuando se produce la evicción total, el permutante que haya sufrido puede pedir, de acuerdo con el art. 2752C. a su elección el resarcimiento de los daños y perjuicios o la cosa que dio. Este artículo a simple vista aparece como limitativo,

concediendo solo esas pretensiones al que sufrió la evicción. Pero no es así. Si se pide la devolución de la cosa, también puede acumular a la demanda de resolución la acción de daños y perjuicios. Si se pide solamente los daños, también tiene derechos al precio de la cosa al tiempo de sufrir la evicción. Así resulta de aplicar el art. 1885C., como complemento de los arts. 2752 y 2753C.

b) Evicción parcial.

En el supuesto de evicción parcial se aplican los arts. 2627 y 2628C., ya tratados al estudiar la compraventa.

c) Vicios ocultos.

Entre los permutantes también existe la garantía por los vicios ocultos. De acuerdo con el art. 2755C., se aplican a la permuta las reglas de la compraventa sobre los vicios ocultos.

D. Los terceros adquirentes

En los casos de los arts. 2751 y 2752C, los terceros adquirentes que reúnen los requisitos de ley son protegidos por el Registro. El art. 2753C., tal como aparece redactado, protege a los terceros que adquieren antes de la demanda de resolución, aunque no esté anotada en el Registro. Pero así resulta por un error de copia del modelo italiano que exige para la protección la adquisición anterior a la anotación de la demanda de resolución. Así debe aplicarse en nuestro medio, siempre que el tercero reúna los requisitos de ley.

Si el tercero adquirió a título gratuito, el permutante puede exigir de aquel el valor de la cosa, o la restitución, aunque no se encontrare anotada la demanda en el Registro. Así se desprende del art. 2753C. Es sabio que los adquirentes a título gratuito no los protege el Registro. El artículo citado es una aplicación concreta de ese requisito.

CAPITULO IV LA DONACION ENTRE VIVOS

SUMARIO; 1. Definición.-2.Características de la donación: A. Es un contrato gratuito. B. Es un contrato unilateral. C. Es un contrato nominado y principal. D. Es traslativo de dominio. E. Es irrevocable.-3.Elementos: A. Consentimiento: a) Formación del consentimiento; b) Capacidad; c) Aceptación y repudiación. B. Objeto. C. Enriquecimiento y empobrecimiento. D. Forma.- 4.Clasificación de las donaciones:A. Enumeración. B. Donaciones universales. C. Donaciones a título singular. D. Donaciones con causa onerosa. E. Donaciones con gravamen. F. Donaciones remuneratoria. G. Donaciones sujetas a modalidades. H. Donaciones con ocasión del matrimonio.-5.Efectos de las donaciones: A. Obligaciones y derechos del donante. B. Obligaciones y responsabilidades del donatario.-6. Extinción de las donaciones: A. nulidad. B. Resolución. C. Revocación. 7. Efecto de las acciones revocatorias y resolutoria con relación a terceros.

1. Definición

El art. 2756C. nos da una definición de la donación entre vivos, al decir: «La donación entre vivos es un acto por el cual una persona trasfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra persona que acepta». De la definición se desprenden tres elementos; a saber: es un acto, es gratuita y trasmite la propiedad de la cosa. Pero en realidad la donación no es un acto, sino un contrato.

El error lo introdujo Napoleón Bonaparte, al sostener que no podía ser un contrato porque sólo se obliga una de las partes (el donante), olvidando que existen contratos unilaterales, diferentes de los actos unilaterales, que surgen a la vida jurídica por la voluntad de una sola persona (testamento, renuncia del usufructo, etc.). A pesar de las oposiciones de los juristas que redactaron el código, se impuso Napoleón, quien participó activamente en la redacción de ese cuerpo de leyes.

El carácter contractual de la donación entre vivos se desprende del articulado que la regula y de la misma definición legal que exige la voluntad del donante y del donatario.

2. Características de la donación

La donación, como contrato que es, presenta las características siguientes:

A. Es un contrato gratuito

Es un contrato gratuito porque sólo el donante sufre un sacrificio en su patrimonio; en cambio el donatario sólo recibe el beneficio, sin sufrir sacrificios.

Ya hemos visto que de la definición legal del art. 2756C. se desprende el carácter gratuito de la donación.

B. Es un contrato unilateral

Es unilateral porque de él sólo surgen obligaciones para el donante.

C. Es un contrato nominado y principal

Es nominado porque se encuentra regulado por el Código Civil. Es principal porque subsiste por sí solo, sin la ayuda o existencia de otro.

D. Es traslativo de dominio

La donación transmite por sí sola el dominio, sin necesidad de tradición. La venta, la permuta, la donación y la renta vitalicia, también transmiten el dominio por sí solas, sin necesidad de tradición. El mutuo es otro contrato traslativo del dominio, pero como es real necesita de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento. Todos ellos son contratos de enajenación de derechos.

E. Es irrevocable

Como la generalidad de los contratos, la donación es irrevocable por la sola voluntad del donante, salvo los casos permitidos por la ley. Por el contrario, las donaciones por causa de muerte (o revocables) y el testamento son revocables.

No hay que confundir las donaciones revocables con las donaciones entre vivos. Veamos algunas diferencias:

a) La donación entre vivos es un contrato; en cambio la donación revocable se equipara al testamento y toma su forma.

b) En la donación entre vivos se adquiere, según su nombre lo indica, en virtud de un acto entre vivos, como es el contrato; en cambio en la donación revocable se adquiere por causa de muerte.

c) La donación entre vivos es irrevocable, salvo por ingratitud; en cambio la donación por causa de muerte es revocable.

3. Elementos

A. Consentimiento

a) Formación del consentimiento.

La donación es un contrato y como tal requiere del acuerdo de las voluntades del donante y del donatario.

De acuerdo con el art. 2778C., el consentimiento en la donación se forma hasta que el donatario acepta y el donante conoce de ella por la notificación que se le hace: Sigue este artículo la teoría del conocimiento. Expresa: «Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio, expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando o dando a otros las cosas comprendidas en la donación».

De conformidad con la disposición transcrita el donante puede revocar la donación mientras el consentimiento no se haya formado en la forma indicada. Esta revocación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se hace en términos explícitos. Es tácita cuando el donante vende, hipoteca o dona a otras personas las cosas donadas.

De acuerdo con el art. 2761C. la voluntad de donar debe ser expresa, pues no puede presumir, salvo los casos establecidos en la ley, como el contemplado en los arts. 2125 y 2126C. En cambio la voluntad de aceptar la donación puede ser tácita.

Si el donante muere antes de que el donatario haya aceptado la donación, puede éste aceptarla y los herederos del donante se encuentran obligados a entregar la cosa donada.¹ Por el contrario, si muere el donatario antes de aceptar la donación, queda ésta sin efecto, y sus herederos no podrán pedir nada al donante.²

Confirma lo anteriormente expuesto el art. 2783 inc. 2C. al establecer que el derecho de transmisión para la sucesión por causa de muerte no se extiende a las donaciones entre vivos.

Cuando la donación se hace a varias personas separadamente (la mitad a cada uno de la finca X), es preciso que sea aceptada por todas, y la que haga uno solo tendrá efectos respecto de él. Como consecuencia, el donante puede revocar la donación con relación al no aceptante y no hay acrecimiento a favor del aceptante. En la donación hecha en forma solidaria, en virtud de la no aceptación de uno o algunos donatarios o la imposibilidad de aceptarla por su muerte o por la revocación del donante, los aceptantes adquieren la donación entera, pues se produce un derecho de no decrecer (*ius non decrecendi*). Así se desprende del art. 2779C.

De acuerdo con el art. 2782C. en las donaciones conjuntas no existe derecho de acrecer, a menos que el donante lo hubiere establecido.

b) Capacidad.

¹. Art. 2780C.

². Art. 2781C.

Tienen capacidad por hacer y aceptar donaciones los que pueden contratar, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. Lo contrario es negarla al que tiene capacidad o concederla al que no tiene.

No pueden donar, por ejemplo, el sujeto a interdicción civil, ya que de acuerdo con el art. 70 Pn. está privado de disponer de sus bienes por actos entre vivos; el demente; etc.

La capacidad para donar es diferente a la capacidad para testar. La primera exige la capacidad para contratar (21 años). Por el contrario, la segunda es menos exigente, ya que de acuerdo con el art. 979C. pueden testar el hombre de 15 años y la mujer de 14 años.

En los arts. 2758 y 2759C. se establecen en términos generales las mismas incapacidades que para suceder por herencia.

Son incapaces para recibir donaciones entre vivos, las personas que no existen legal o naturalmente al momento de la donación, salvo que se encuentre sujeta a condición suspensiva, en cuyo caso es necesario existir al momento de cumplirse la condición. Sin embargo, son válidas las donaciones hechas a personas que no existan, pero se esperan que existan dentro de treinta años siguientes a la donación, y las hechas en premio a los que prestan un servicio importante, aunque el que lo preste no haya existido al momento de la donación, pero que existan en el plazo anteriormente indicado.³

De conformidad con el art. 2759C., las incapacidades de los arts. 984, 985 y 986C. se aplican a las donaciones entre vivos.

c) Aceptación y repudiación.

La aceptación puede hacerse personalmente o por apoderado. El art. 2777C. expresa: «Nadie puede aceptar una donación, sino por sí mismo o por medio de otra persona que tenga poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes; o por medio de su representante legal.

Pero bien podrá aceptar por el donatario sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente sea capaz de contratar y obligarse.

Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones o repudiaciones de la herencia y legados se extienden a las donaciones».

Como puede observarse en la disposición transcrita, existe una representación legal para el donatario, a cargo de los ascendientes o descendientes, aunque no tenga mandato.

³. Art. 982 y 2785C.

La aceptación puede ser expresa o tácita, escrita o verbal, pero si la donación es solemne, la aceptación tendrá que hacerse en la misma forma, como por ejemplo, la donación de inmueble y la donación a título universal, las que deben ser aceptadas en escritura pública.

B. Objeto

Puede ser objeto de donación toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales.

No obstante, las obligaciones de hacer no puede ser objeto de donación, pues tratándose de hechos no existe empobrecimiento por parte de quien los realiza.

Ejemplo: el abogado que defiende gratuitamente al cliente, no hace donación, porque simplemente deja de obtener ganancias. Así se desprende del art. 2764C. que dice: «Los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan».

La donación no sólo se puede realizar a través de una transmisión, pues también se puede hacer liberando al deudor de una obligación (el arrendador que condona el precio del arriendo).

C. Enriquecimiento y empobrecimiento

Debe existir un enriquecimiento a favor del donatario y un empobrecimiento del donante. El donatario se enriquece por los bienes que ingresan a su patrimonio y el donante se empobrece con los bienes que salen de su patrimonio. Así lo preceptúa el art. 2766C. que dice: «No hay donación, si habiendo por una parte disminución del patrimonio no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero». Este es un requisito propio de la donación, el cual tiene las aplicaciones especiales siguientes:

a) De acuerdo con el art. 2762C. no dona el que repudia una herencia legado o donación, o deja de cumplir una condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

Los acreedores podrán ser autorizados por el Juez para sustituirse en un deudor que así lo hace, hasta la concurrencia de su crédito y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechara el tercero.

La solución del art. 2762C. no responde a la realidad de nuestro Código Civil, pues el heredero adquiere la herencia desde la muerte del causante y al renunciar empobrece su patrimonio.

b) De conformidad con el art. 2763C. inc. 1C. no hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque el uso o goce de éste no se acostumbre dar sino en arriendo⁴. El que presta un caballo no se empobrece, sólo deja de recibir un servicio temporalmente.

Dentro de este criterio podríamos sostener que tampoco hay donación en el mandato y depósito gratuito, por cuanto no modifican la extensión de los bienes del depositario o mandatario.

c) De acuerdo con el art. 2763inc. 2C. tampoco hay donación en el mutuo sin interés; pero la hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado en interés.

d) De acuerdo con el art. 2765C. no hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor; pero hace donación el que remite una deuda o el paga sabiendas lo que en realidad no debe.

e) De acuerdo con el art. 2767C. no hay donación en dejar de interrumpir la prescripción.

D. Forma

Generalmente es consensual, pero existen importantes excepciones en que es solemne, como por ejemplo, la donación de bienes inmuebles, donación de una deuda sobre éstos mismos bienes y la donación universal.

Las donaciones no requieren de insinuación alguna, cualquiera que sean sus bienes o cantidades donadas. Así lo dispone el art. 2769C. La insinuación es una autorización judicial para donar.

4. Clasificación de las donaciones

A. Enumeración

Existen las donaciones siguientes: donación a título universal, donación a título particular, donación con causa onerosa, donación con gravamen, donación sujeta a modalidad, donación renumeratoria y donación por causa del matrimonio. Las cuatro últimas no son enteramente gratuitas, la primera así lo es. El art. 2783inc. 1C. prohíbe las donaciones fideicomisarias o con cargo a restituir (Dono a Juan el inmueble X para que pase a José si éste se recibe de médico).

⁴. Para la doctrina moderna no habrá donación cuando las cosas presentadas puedan o no arrendarse o bien ocuparse o no. Por el contrario, hay donación cuando las cosas normalmente se tiene ocupadas o arrendadas. Existe donación porque el comodante sacrifica la renta del arriendo.

B. Donaciones universales

Esta donación comprende todos los bienes o una cuota de ellos. Es solemne, pues se exige la escritura pública inscrita y un inventario de los bienes, bajo pena de nulidad. Si se omitiere en el inventario parte de los bienes, se entenderá que el donante se los reserva y el donatario no tendrá derecho a reclamarlos. Así se dispone en el art. 2774C.

De acuerdo con el art. 2775C., el que dona todos sus bienes tiene derecho de reservarse lo necesario para su alimentación, y si no lo hiciere, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que de los bienes donados, o de los suyos propios, si aquellos no existieren, le asigne a este efecto, a título de propiedad o de usufructo, lo que estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

La donación a título universal no se extiende a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario. Así lo preceptúa el art. 2776C.

No es propio hablar de donaciones a título universal, pues las donaciones siempre son a título singular, por las razones siguientes: los bienes en la llamada donación a título universal están determinados por el inventario y además no se extiende a los futuros.

C. Donaciones a título singular

Son donaciones a título singular las que se hacen sobre bienes especialmente considerados. Estos bienes pueden ser muebles o inmuebles. Varias de éstas donaciones serán estudiadas a continuación.

D. Donaciones con causa onerosa

Son aquellas que imponen una carga en provecho del donatario que no implica un gravamen valuable en dinero. Ejemplos: las hechas con ocasión del matrimonio; para que el donatario abrace una carrera. A. ellas se refiere el art. 2771C.: «Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera, o estado o a título de dote, o por razón de un matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; no siendo así se considerará como donación gratuita».

E. Donaciones con gravamen

En estas donaciones se impone al donatario un gravamen pecuniario o apreciable en dinero a favor de un tercero: dono a Juan dos millones de córdobas, con la obligación de entregarle a Pedro cincuenta mil córdobas. En ésta donación se disminuye el monto de lo donado.

A ella se refiere el art. 2772C. que dice: «Las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, no se entiende gratuita sino con descuento del gravamen».

F. Donaciones remuneratorias

Son aquellas que se hacen en remuneración de servicios específicos, siempre que sean aquellos que suelen pagarse. Ejemplo: dono diez mil córdobas al médico que no me cobró mi curación.

A ella se refiere el art. 2798C. que dice: «Se entenderán por donaciones remuneratorias, las que expresamente se hicieron en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse».

Si no constare por escritura pública o privada, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita».

Estas donaciones, en cuanto equivalen al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles, ni revocables. Así lo dispone el art. 2799C.

G. Donaciones sujetas a modalidad

Estas son las sujetas a condición, plazo o modo. A ellas se refiere el art. 2770C. que dice: «No será exigible la donación condicional o a plazo, si ella no constare por instrumento público o privado, expresivo de la condición o plazo; ni podrá llevarse a efecto, sino mediante escritura pública, debidamente inscrita, como en las donaciones de presente».

De acuerdo con el art. 2784C. las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias a las sustituciones, plazos, condiciones y modos relativos a ellas, se extenderán las donaciones entre vivos. En lo demás que no se oponga a títulos de las donaciones, se seguirán las reglas de los contratos.

H. Donaciones con ocasión del matrimonio

A estas donaciones se refiere el art. 2773C. que dice: «Las donaciones que con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales, no requieren otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea el valor de las cosas donadas».

5. Efectos de las donaciones

A. Obligaciones y derechos del donante

a) Obligaciones del donante.

i) Cumplimiento de la donación.

El donante debe cumplir con la donación mediante la entrega de lo donado. Esta es su principal obligación.

ii) Evicción y vicios redhibitorios.

En principio el donante no debe garantías por evicción y por vicios redhibitorios. Sólo por excepción debe ambas garantías en los casos del art. 2810C.

El art. 2801C. señala los casos en que el donante debe la evicción y el art. 2645C. establece que la acción redhibitoria se da en las donaciones en los casos en que haya lugar a la evicción.

Sólo se concede la acción redhibitoria y no la *quanti minoris*. Para Machado es un exceso extenderla a los casos en que haya lugar a la evicción, debiendo aplicarse solamente a la remuneración o con cargos, porque si el donante se obligó a evicción, no debería ser bastante para obligarse a tomar la cosa defectuosa, debiendo entregar otra sin defecto.⁵

De acuerdo con el art. 2800C., en el caso de evicción de la cosa donada, el donatario no tiene recurso alguno contra el donante, ni aun por los gastos que hubiere hecho con ocasión de la donación salvo, según lo dispone el art. 2801C, en los casos siguientes:

- Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de la donación.
- Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena.
- Cuando fuere donación con cargos.
- Cuando la donación fuere remuneratoria.
- Cuando la evicción tiene por causa la inejecución de alguna obligación que el donante tomara sobre sí, en el acto de la donación.

La extensión de la responsabilidad del donante no es igual a la del vendedor.

En la donación de mala fe, el donante sólo debe indemnizar al donatario los gastos que se hubieren causado (gastos de escritura, mejoras, impuestos de trasmisión, etc.). Así lo dispone el art. 2802C.

Pero si el donatario sabía en el tiempo de la donación que la cosa era ajena, no podrá reclamar nada al donante. Así lo preceptúa el art. 2803C.

⁵. Ob. cit. Tomo V p. 601.

En las donaciones con cargos, el donante responde por la evicción de la cosa en proporción del importe de los cargos, y el valor de los bienes donados, sea que los cargos están establecidos en interés del mismo donante, o que ellos sean de beneficio de un tercero, sea la evicción total o parcial. Así los dispone el art. 2804C.

De acuerdo con el art. 2805C. en las donaciones remuneratorias el donante responde de la evicción en proporción al valor de los servicios recibidos del donatario, y al de los bienes donados.

Se produce la evicción cuando el donante no pagó la deuda hipotecaria del inmueble donado, si se comprometió a ello. El donatario podrá exigir al donante el pago de la deuda, o bien pagar al acreedor y subrogarse en los derechos de éste en contra del donante. Así se desprende del art. 2806C.

De acuerdo con el art. 2807C. cuando la donación ha tenido por objeto dos o más cosas de una misma especie bajo una alternativa, o una cosa que el donatario debe tomar entre varias de la misma especie, y le fuere quitada por sentencia la cosa que se le había entregado, el donatario tiene derecho a pedir que la donación se cumpla entre las otras cosas.

Según el art. 2808C. el donatario de una cosa determinada sólo en cuanto a su especie, y que se encuentre desposeído de ella por sentencia, tiene derecho a que se le entregue otra de la misma especie.

El donatario no tiene acción en contra del donante, salvo en los casos del art. 2801C.; en cambio la tiene contra el que se la enajenó a su donante a título oneroso, de acuerdo con el art. 2809C. También tiene acción contra el que se la donó a su donante, cuando de acuerdo con el art. 2801C. debía la garantía a éste.

b) Derechos del donante

En la donación gratuita, el donante goza del beneficio de competencia contra la acción entablada por el donatario, sea para obligar a cumplir la promesa de donación, sea demandando la entrega de la cosa que se le ha donado de presente.

B. Obligaciones y responsabilidades del donatario

El donatario debe cumplir con los cargos y obligaciones en los términos anteriormente expuestos.

El donatario a título universal adquiere la obligación de pagar las deudas del donante, pero sólo con respecto de las deudas anteriores a la donación, o de futuras que no excedan de una suma específica, determinada por el donante en

la escritura de donación, según lo dispone el art. 2786C. No obstante, de acuerdo con el art. 2787C., los acreedores tienen acción contra el donante, a menos que acepten un pagaré, hipoteca, fianza o pago parcial. Existe una novación por cambio de deudor.

En las donaciones a título singular la extensión de la obligación de donatario para pagar las deudas se la impone el donante. Los acreedores siempre conservan su acción en contra del donante, salvo que acepten al donatario en forma expresa o tácita como nuevo deudor. Así se desprende del art. 2788C.

Es importante destacar que la responsabilidad del donatario respecto a los acreedores del donante en ningún caso se extenderá sino hasta la concurrencia del valor de lo que recibiere, siempre que conste dicho valor por inventario solemne o por instrumento auténtico. Así lo dispone el art. 2789C. Este es una especie de beneficio de inventario.

6. Extinción de las donaciones

Las donaciones se extinguen: por nulidad, por resolución y por revocación.

A. Nulidad

Se extinguen por nulidad en virtud de irregularidades en su celebración: falta de escritura pública, falta del consentimiento, vicios del consentimiento y objeto ilícito.

Decreta la nulidad vuelven las cosas al estado anterior.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

B. Resolución

Esta causal se presenta cuando en las donaciones con causa onerosa o sujetas a gravamen no se cumple la condición o el gravamen, dando lugar a la resolución.

El art. 2791C. se refiere a éste tipo de extinción. Expresa: «Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante, o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación. En éste segundo caso, será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y de los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta.

Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en el desempeño de su obligación, y de que se aprovechare el donante». El artículo transcrito habla de rescisión, cuando en realidad contempla una verdadera acción resolutoria, lo que ha llevado a ciertos autores a sostener⁶ que las donaciones con cargos o gravámenes son verda-

⁶. Alfredo Barros Errazuris. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1931. Tomo V, p. 427.

deros contratos bilaterales. El tercero favorecido con el gravamen no puede exigir su cumplimiento.

De acuerdo con el art. 2792C. la acción de resolución prescribe a los cuatro años, contados desde el día que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta.

Otro caso de resolución lo contempla el art. 2790C., pero no en virtud de la condición resolutoria tácita, sino en virtud de la expresa. Dice: «La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le haya nacido al donante uno o más hijos legítimos, a menos que ésta condición resolutoria se haya expresado en la escritura pública de donación». La condición resolutoria se puede pactar en el mismo contrato de donación.

C. Revocación

La revocación de las donaciones entre vivos se puede dar por ingratitud. Esta opera aun después de aceptada y notificada. Es diferente a la del art. 2778C. que opera antes de la formación del consentimiento y, como consecuencia, del contrato.

El art. 2793C. se refiere a la revocación por ingratitud y expresa: «La donación entre vivos, puede revocarse por ingratitud.

Se entiende por acto de ingratitud, cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciere indigno de heredar al donante». Estas indignidades están señaladas en el art. 988 y sigts. del C.

De acuerdo con el art. 2794C. para los efectos de la restitución a que estuviere obligado el donatario por causa de ingratitud, será considerado como poseedor de mala fe desde la perpetración del hecho ofensivo que ha dado lugar a la revocación.

De acuerdo con el art. 2795C. la acción revocatoria prescribe a los cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo.

El ejercicio de la acción revocatoria corresponde al donante, pero una vez fallecido se extingue, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante o ejecutándose después de ella. En estos casos la acción se trasmite a los herederos.

Si el donante ha perdido el juicio o se encuentra imposibilitado de intentar la acción, podrá ejercerla mientras viva, no sólo el guardador, sino cualquiera de sus descendientes o ascendientes legítimos o su cónyuge, según lo dispone el art. 2796C. Se establece una especie de representación legal.

Es conveniente insistir en que las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios prestado, no son revocables ni objeto de resolución.

7. Efectos de las acciones revocatorias y resolutorias con relación a terceros

De acuerdo con el art. 2797C. las acciones resolutorias y revocatorias no perjudican a los terceros adquirentes, salvo en los casos siguientes:

a) Cuando conste en el Registro la condición de no enajenar, o se haya prohibido al donatario enajenar.

b) Cuando antes de la enajenación el donante u otra persona en su nombre notifique a los terceros su intención de intentar dichas acciones contra el donatario.

c) Cuando se hagan las enajenaciones con posterioridad a la iniciación del juicio. Debe entenderse que es con posterioridad a la anotación de la demanda, en armonía con nuestro sistema registral.

Cuando el donatario decidiera no ejercitar su acción contra los terceros, podrá exigir al donante el precio de las cosas enajenadas, según el valor que éstas hayan tenido a la fecha de la enajenación.

CAPITULO V ARRENDAMIENTO

I

CONCEPTO, TIPOS Y CARACTERES DEL ARRIENDO

SUMARIO: 1. Concepto.-2. Diversos tipos de arrendamientos.-3 Caracteres del arrendamiento: A. Es bilateral. B. Es oneroso. C. Es conmutativo. D. Es un contrato principal. E. Es de tracto sucesivo. F. Es consensual.- 4.Requisitos.-5. Sistemática del Código Civil.-6. Su crisis.

1. Concepto

Existe arrendamiento cuando una persona (arrendador o locador) se obliga a entregar el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o servicios a otra (locatario, arrendatario o inquilino), que a su vez se obliga a pagar un precio determinado y cierto. El art. 2810C. define el arrendamiento en general. Dice: «Se llama arrendamiento o locación el contrato por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio, un precio determinado y cierto. Se llama arrendador o locador el que da la cosa en arrendamiento, y locatario, arrendatario o inquilino, el que la recibe».

2. Diversos tipos de arrendamientos

Nuestro Código Civil, bajo el Título XIV del Libro II, abarca varios tipos de arrendamientos: el arrendamiento de cosas muebles o inmuebles (*locatio rerum*); arrendamiento de servicios (*locatio operarum*); y el arrendamiento de obra (*locatio operis*). También regula algunos contratos agrarios (como la aparcería o colonia), el arrendamiento de transporte y el contrato de hospedaje.

Pero códigos y leyes especiales han absorbido o limitado ciertos tipos: el Código del Trabajo absorbió el arrendamiento de servicios y limitó el contrato de obras, por lo que derogó los capítulos VII, IX, XI y XII del citado Título; la Ley de Inquilinato y la Ley Procesal de Inquilinato absorbieron en una gran parte al contrato de arrendamiento sobre casas.

La intervención del Estado ha sido profunda, llegándose a pensar que esta figura desaparecerá de los Códigos Civiles. La mayor intervención se ha producido con relación al arrendamiento de servicios profesionales y el contrato de trabajo; asimismo se da en el arrendamiento de inmuebles urbanos y rurales. El Estado interviene con el objeto de proteger a los inquilinos, a los trabajadores y a los productores agrícolas.

3. Caracteres del arrendamiento

A. Es bilateral

Es bilateral porque engendra obligaciones para ambas partes; el arrendador está obligado a conceder el uso de la cosa o sus servicios y el arrendatario a pagar un precio por ello.

B. Es oneroso

Es oneroso porque los contratantes se encuentran obligados o gravados a realizar sus prestaciones.

C. Es conmutativo

Es conmutativo porque existe una equivalencia entre las prestaciones de los contratantes, quienes puedan calcular desde su celebración los provechos y pérdidas que piensan obtener.

E. Es de tracto sucesivo

Es de tracto sucesivo porque las obligaciones que de él surgen, van naciendo y extinguiéndose de manera sucesiva, hasta llegar a su terminación definitiva y total. El arrendamiento es el ejemplo típico del contrato de tracto sucesivo.

F. Es consensual

Esto significa que basta el simple consentimiento de los contratantes para su perfeccionamiento y, como consecuencia, hay libertad para celebrarlo de palabra o por escrito (por documento privado o público). Este carácter lo consagra expresamente el art. 2811C.

Si el arrendamiento fuere mayor de ocho córdobas (todos en la actualidad, debido a la inflación) debe otorgarse por escrito, a fin de no caer en la limitación de no poderlo probar por testigos pero puede acreditarse, por ejemplo, por medio de la confesión.¹ Si se quiere inscribir, para la protección del Registro, debe constar en escritura pública.²

4. Requisitos

¹. Arts. 2423,2483 *in fine* y 2824 C.S. 10 a.m. del 2 de Diciembre de 1937, B.J. p. 9949; S. 10 a.m. del 3 de Febrero de 1939, B.J. p. 10451. En sentencia de las 10:30 a.m. del 3 de Noviembre de 1956, B.J.p.18325, expresa que por testigos no se puede probar el arriendo mayor de cien córdobas, pero sí el subarriendo, porque le es imposible al arrendador procurarse la prueba literal; S. 11 a.m. del 1 de Julio de 1950, B.J. p. 15140.

². Arts. 2949 inc. 2,3941 y 3951C. *in fine*.

De la definición dada se deduce que son tres los requisitos esenciales del arrendamiento: el consentimiento, el suministro de la cosa o servicio y el pago del precio por ello.

Por otra parte, se les permite celebrar el arriendo a los que les está permitido contratar. Así lo dispone el art. 2813C.

Los no dueños pueden arrendar, si lo autorizó expresamente el dueño o si se lo permite la ley, según se desprende del art. 2814C.

5. Sistemática del Código Civil

El Código Civil, en el Título XIV, Libro II, Capítulo I a VI, consagra las reglas generales del arrendamiento y las particulares del arrendamiento de predios rústicos y de casas. Los restantes capítulos (del VII al XVI), regulan varios tipos de arrendamientos con sus reglas especiales.

Las reglas generales con aplicables a estos tipos de arrendamientos, siempre que no se opongan a las especiales.

6. Su crisis

A. Intervención del Estado en su regulación

Es uno de los contratos que más ha sufrido la intervención estatal. Después de la locación de servicios en todas sus manifestaciones, principalmente en el contrato de trabajo y de servicios profesionales, aparece el arriendo de inmuebles rústicos y urbanos como los que reciben la más grave derogación del principio de autonomía contractual.

Se discute su desprendimiento del Derecho Civil y del Código Civil. En nuestro país es condenado el rentismo agrario en el art. 107 Cn y en Cuba por la reforma urbana y rústica desapareció prácticamente el arrendamiento de inmuebles urbanos y rústicos.

B. Trascendencia social

En esta materia se encuentra en juego la vivienda y el trabajo, elementos vitales en la sociedad moderna, sobre los cuales las Constituciones establecen disposiciones programáticas para lograr su obtención (arts. 5764 y 106 y sigts. Cn.). La locación urbana se relaciona con la vivienda y la locación rural con el trabajo.

Lo expuesto y el hecho de que sean los desheredados de la fortuna (que son la mayoría) los que entran en juego en este contrato, inducen al legislador a intervenir en su regulación, no sin propósitos electorales en muchas ocasiones.

C. Justificación de la intervención

La intervención en el arrendamiento urbano se justifica por la escasez y carestía de la vivienda; el éxodo del campo a la ciudad; la función social de los derechos individuales; y el poder de policía del Estado para velar por la justicia y bienestar general, superior a la libre contratación y a la fuerza del contrato.

Hay que tener en cuenta que la construcción de la vivienda lleva trabajo e inversión, lo que justifica una renta no dando pie a una regulación o privación por falta de trabajo como en la propiedad rural que debe ser de quien la trabaja. La intervención en los rurales se justifica porque el dueño posee el inmueble como instrumento de renta y, por el contrario, los arrendatarios pasan a tener el inmueble como productores.

D. Ataques a la intervención

a) Atentan contra el derecho de propiedad

Se asiste a una transformación del arriendo personal a real: se respetan los arriendos frente a terceros, en las leyes de inquilinatos no tienen plazos (*sine die*), se heredan los bienes arrendados, se subarriendan, etc.

Por esta razón hoy se considera como un acto de disposición y no de administración, porque día a día equivale o se parece a una venta o a un usufructo.

A todo ello ha contribuido el legislador y por eso el arrendatario siente tener un derecho *in re*, lo cual contribuye para que se considere actualmente al arrendamiento como un derecho real, estabilizando así al arrendatario.

b) Conspira contra la seguridad y estabilidad de los negocios.

c) Atenta contra la libre contratación y el valor que se le da al contrato

d) Provoca arbitrariedades de parte del legislador.

Sólo puede justificarse una intervención en época de crisis.

E. Medidas a tomar en Nicaragua

La intervención sólo se justifica en épocas de crisis y no en forma permanente. Debe prepararse un plan gradual de eliminación de la Ley de Inquilinato acompañado de otro programa manejado por la empresa privada para la construcción de vivienda.

Para eliminar la Ley de Inquilinato se pueden seguir las acciones siguientes:

a) Sacar de la Ley de Inquilinato los nuevos contratos y dejar los existentes. A la Ley de Inquilinato se le señalará un plazo de vigencia y podrá contemplar aumento del precio del arriendo.

b) Sacar los nuevos contratos de la Ley de Inquilinato y clasificar los existentes de acuerdo a su valor para sacarlos gradualmente en los plazos que se señalen. También como en el anterior se puede contemplar aumento de precio.

c) Sacar los nuevos contratos y establecer un monto máximo para dejar una parte de los existentes y sacar el resto. Para los afectados con la Ley de Inquilinato se podrá disponer el aumento del precio.

Con la Ley de Inquilinato solo se ataca el efecto de la crisis y no la causa (la enfermedad) y más bien se puede agravar el problema de la vivienda al desestimular la inversión privada.

II ARRENDAMIENTO DE COSAS

SUMARIO: 1. Concepto y elementos esenciales.-2.Consentimiento.-3.Objeto arrendado.- 4. El precio.- 5.-Efectos.- 6.Obligaciones del arrendador.-7.Obligaciones del arrendatario.-8. Jurisprudencias.

1. Concepto y elementos esenciales

Es un contrato en virtud del cual el arrendador proporciona al arrendatario el goce de una cosa y éste a cambio de ello paga un precio.

De la definición resulta que son tres los elementos esenciales de este contrato: consentimiento, objeto y precio.

2. Consentimiento

Ya vimos que de acuerdo con el art. 2813C. es necesario la capacidad general para contratar.

Este consentimiento debe recaer sobre el objeto arrendado y su precio. Además, debe estar libre de vicios (dolo, error y violencia). Con relación al error en la persona o en sus cualidades, es conveniente advertir que generalmente no producen la nulidad. No obstante, cuando la consideración de la persona del locatario ha sido determinante produce la nulidad (arrendar un cuarto de una oficina de leyes a quien se cree abogado y resulta ser un leguleyo). El error sobre la persona del arrendador no produce la nulidad, pues su prestación no tiene carácter personal.

3. Objeto arrendado

Todas las cosas muebles (menos las fungibles o consumibles) e inmuebles pueden ser objeto de arrendamiento, siempre que estén en el comercio.

Según el art. 2816C. pueden arrendarse el usufructo y la servidumbre, pero esta última no puede ser arrendada en forma independiente, sino como parte del predio dominante.

Por otra parte, el objeto debe ser determinado y real (que exista al tiempo de celebrarse el contrato). Para averiguar estas calidades deben aplicarse todas las normas de la compraventa, por expresa disposición del art. 2811C. que dice:»El contrato de arrendamiento queda concluido por el mutuo consentimiento de las partes. Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de arrendamiento».

4. El precio

El precio puede consistir en una suma de dinero o en otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada.

De acuerdo con el art. 2810C. el precio debe ser determinado y cierto, es decir, determinado o determinable. Se determina de la misma manera que en la compraventa, en virtud de lo dispuesto en el art. 2811C.

Por lo expuesto, lo pueden determinar las partes (que es lo usual) un tercero, o referirse a otra cosa cierta; pero jamás puede ser fijado por el arrendador o arrendatario de acuerdo con los arts. 2539 y 2811C. Tampoco puede quedar el aumento del precio al arbitrio del arrendador. No obstante, pueden fijarse bases ciertas sobre las cuales se calculará el aumento.

Si falta el precio no puede existir arrendamiento. No obstante, cuando exista una verdadera intención de celebrar el arriendo y el arrendatario entró en posesión de la cosa, habrá arriendo y el precio de éste se fijará posteriormente por las partes o en su defecto por el Juez. Es conveniente advertir que un buen sector doctrinal sostiene que en tal caso no existe arriendo; pero el seudo-locatario debe pagar una suma de dinero, como indemnización por usar la cosa, fijada por el Juez. Este criterio es el más aceptable porque se ajusta a la verdadera intención de las partes de celebrar un contrato de arriendo.

La Corte Suprema se ha pronunciado en contra de la existencia del arriendo al expresar que cuando el termino del arrendamiento se vence y el arrendatario no paga canones, no debe tenerse por prorrogado el contrato, ni fijarse por peritos el monto del canon, ya que la ley no reconoce la posibilidad de arrendamiento sin precio y determinado.³

³. S. 12 m. del 18 de Mayo de 1928, B.J. p. 342.

5. Efectos

El contrato de arrendamiento es bilateral porque engendra derechos y obligaciones entre las partes contratantes. También afecta a los terceros en determinadas circunstancias, como veremos más adelante.

6. Obligaciones del arrendador

El arrendador está obligado aunque no haya pacto expreso:

A. A entregar al arrendatario la finca arrendada con todas sus pertenencias (llaves, instalaciones eléctricas, servidumbre, etc.) y en estado de servir para el uso convenido, y a falta de éste para aquel a que por su misma naturaleza estuviere destinada⁴

El arrendador tiene la obligación de entregar la cosa con todos sus accesorios en condiciones de servir para el uso convenido. Si no se convino sobre el uso, debe ser entregada en condiciones de servir para el uso que por naturaleza estuviera destinada.

De acuerdo con el art. 2585C. la entrega debe hacerse primeramente en el lugar convenido, y a falta de éste en el lugar del inmueble; pero si se trata de mueble, en el lugar del contrato, por expresa disposición del art. 2976C. Se aplica el art. 2585C., que regula la entrega de la cosa vendida, porque no existe disposición especial en el arrendamiento y a falta de ella deben aplicarse las reglas de la compraventa, de acuerdo con el art. 2811C.

Tampoco existe una disposición especial que señale a cargo de cuál de los contratantes están los gastos de entrega; por lo que, aplicando la regla anterior, deben ser satisfechos por el arrendador salvo pacto en contrario, de acuerdo con el art. 2590C., que impone al vendedor la obligación de pagar los gastos de entrega de la cosa, también salvo pacto en contrario.

De acuerdo con el art. 2827C. la entrega debe hacerse en el plazo convenido, y a falta de éste inmediatamente después que fuere requerido para ello por el arrendatario.

Si el arrendador no cumpliere con la obligación de entregar la cosa, el arrendatario puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato; y, en ambos casos, tiene derecho a los daños y perjuicios.

B. A conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias⁵

Para que el arrendador cumpla cabalmente con su obligación, no sólo debe entregar la cosa en condiciones de servir para el uso convenido o el que resultare de su

⁴.Art. 2826 inc. 2C.

⁵. Art. 2826 inc.3 y 2828C.

naturaleza; sino también mantenerla en esa situación durante el arriendo para que el arrendatario pueda gozar de ella, a cuyo efecto debe hacer las reparaciones necesarias.

Las reparaciones que deben hacer el arrendador para mantener en buen uso a la cosa se extienden, de acuerdo con el art. 2837C., a los deterioros derivados del caso fortuito o fuerza mayor (terremoto, ciclón, guerra, etc.); de la calidad propia de la cosa y de sus vicios o defectos (instalaciones eléctricas deficientes); del efecto natural del uso o goce estipulado; de su culpa o de sus agentes o dependientes.

Los gastos derivados por el uso de la cosa merecen unas pocas palabras más. De acuerdo con el art. 2837C. las reparaciones de los deterioros causados por el uso de la cosa están a cargo del arrendador. No obstante, el art. 2899C. pone a cargo del inquilino de casas las reparaciones de menor cuantía, las cuales deberán ser determinadas de conformidad a la costumbre del lugar.

En los Códigos modernos se distingue entre reparaciones mayores y menores o locativas (reparación de cerradura, rotura de vidrio, reparar soleras, etc.). Las primeras son pagadas por el arrendador y las segundas por el arrendatario. Esta es una solución justa, pero tiene el inconveniente de resultar difícil precisar la línea de separación entre ambas, por lo que es conveniente recurrir a las circunstancias de lugar, tiempo y costumbre a fin de llegar a una justa distribución de la carga.

Para la solución de dichos problemas (determinar a quién corresponden los gastos), los tribunales también deben tomar en cuenta si la cosa arrendada está o no sometida a las leyes restrictivas de la libre contratación, como las de inquilinato. Si está sometida deben inclinarse a favor del arrendador, pues los precios del arriendo a duras penas son suficientes para el pago del impuesto y gastos de conservación. Por el contrario, si no se encuentra bajo los efectos de esas leyes, el negocio es rentable para el arrendador y, como consecuencia, deben inclinarse a favor del arrendatario.

Cuando el arrendador no cumple con su obligación de mantener en buen estado la cosa arrendada, el arrendatario tiene a su favor los derechos siguientes:

a) Puede retener la parte del precio correspondiente al costo de las reparaciones o trabajos.⁶

b) Si los trabajos fueren urgentes, pueden ejecutarlos por cuenta del arrendador sin necesidad de autorización judicial, ya que tal urgencia así lo exige.⁷

De acuerdo con el art. 2845C. se reputan hechos (los gastos y trabajos) en caso de urgencia por el locatario, cuando sin daño de la cosa arrendada no podían ser demorados, y le era imposible al locatario avisar al locador para que los hiciese o lo autorizare para hacerlos, o cuando pague los impuestos a que la cosa estaba sometida.

⁶. Art. 2839C.

⁷. Ibidem.

c) Puede pedir en forma optativa el cumplimiento de la obligación de reparar o la resolución del contrato, de acuerdo con los arts. 1885 y 2936C., sin perjuicio de los derechos señalados anteriormente.

d) También puede demandar solamente el pago de los daños y perjuicios que le cause la inejecución de la obligación del arrendador.

C. A no estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada a no ser por causas de reparaciones urgentes e indispensables

El arrendador debe respetar el uso que de la cosa hace el arrendatario, para lo cual se abstendrá de entorpecer el ejercicio de ese derecho.

Sin embargo, el arrendatario no puede oponerse a que el arrendador realice las operaciones urgentes e indispensables, por cuanto así se evitan daños y perjuicios a ambos (aumento de precio de los materiales, mayores deterioros, daños a los bienes del arrendatario, etc.). El arrendador no sólo tiene la obligación, sino el derecho de hacer las reparaciones.

La solución que se desprende del texto de la ley es demasiado limitativa, pues sólo autoriza a intervenir en el uso para hacer las reparaciones urgentes e indispensables. Por razones de justicia debe ampliarse en términos generales para todos los supuestos en que fuere necesario hacer la reparación. Con una mayor amplitud se podrían evitar daños y perjuicios a ambos.

Por otra parte, como regla general no debe permitirse al arrendador visitar la finca arrendada, salvo que tuviere causa justa para ello, como, por ejemplo, para averiguar si hay daños importantes, si el arrendatario cumplió con la obligación de realizar las reparaciones de menos importancia, si el arrendatario hace uso de la cosa en forma diferente a la pactada. El arrendatario puede pedir la resolución del arriendo si el arrendador no cumple con la obligación de abstenerse de perturbarlo en el uso y goce de la cosa.

El arrendador no puede, durante la vigencia del arrendamiento, mudar la forma de la cosa arrendada.⁸

El arrendatario está legitimado para ejercitar las acciones posesorias en contra del arrendador a fin de proteger su derecho al goce de la cosa, según se desprende de los arts. 1810 y 1812C.

Esta obligación y las dos subsiguientes constituyen la obligación de garantía del arrendador, la que consiste en asegurarle al arrendatario el uso de la cosa.

⁸. Art. 2828C.

D. A garantizar el uso y goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato⁹

El arrendador debe garantizar al arrendatario contra los derechos incompatibles (dominio, usufructo, etc.) con el uso de la cosa que pretenden los terceros. Se refiere a las turbaciones de derecho. El arrendatario debe llamar al juicio al arrendador y puede pedir que lo excluyen del juicio, según se desprende del art. 2836C.

Esta garantía de la evicción no comprende a las turbaciones de hecho de terceros, ni los ejecutados en virtud de abuso de la fuerza; pues el arrendatario tiene a su favor las acciones posesorias.

No obstante el Arto. 1810C -Que concede las acciones posesorias al arrendatario, tanto en contra del arrendador como en contra de terceros- dispone que el arrendador debe auxiliar al arrendatario en el ejercicio de esas acciones.

De acuerdo con el art. 2829C. se aplica para el cumplimiento de esta garantía lo dispuesto para la evicción. Esto significa en términos generales que el arrendador debe asumir la defensa y ejercitar las acciones pertinentes; si se pierde el uso de la cosa a causa del juicio, debe pagar los daños y perjuicios, quedando también extinguido el contrato.

E. A responder de los perjuicios que sufra el arrendatario por defectos o vicios ocultos, de la cosa, anteriores al arrendamiento¹⁰

Al igual que el vendedor, el arrendador responde de los vicios ocultos, debiendo aplicarse las reglas que regulan esta materia en la compraventa.

Es nulo el contrato en que se exima o restrinja la responsabilidad del arrendador proveniente de los vicios ocultos, si éste dolosamente ocultó el vicio. Así lo dispone el art. 2856C. Los vicios ocultos dan origen a las acciones redhibitorias y estimatoias (*quanti minoris*).

F. Obligación de pagar las mejoras

De acuerdo con el art. 2840C. el arrendador debe pagar las mejoras y gastos hechos por el arrendatario:

a) Cuando en el contrato o con posterioridad autorizó a hacerlos y se obligó a pagar las mejoras y gastos, aunque se obligue o no a hacerlos el arrendatario.

⁹. Art. 2826 inc. 4C.

¹⁰. Art. 2826 inc. 5C.

Si existe este convenio, el arrendador debe pagar las mejoras hechas por el arrendatario, ya sean necesarias, útiles o voluntarias.

Pero esta primera parte del citado artículo funciona en íntima relación con los arts. 2841, 2843 y 2844C. De acuerdo a todos ellos, el arrendador debe pagar las mejoras siempre que concurren las condiciones siguientes:

i) Cuando se haya autorizado y obligado a pagar las mejoras y gastos.

ii) Cuando se haya establecido un máximo que el locatario puede gastar y los alquileres que se aplicarán a ese objeto.

Todo lo anterior debe constar por escrito.

Los citados artículos complementarios dicen:

«Art. 2841. «No basta para que el locador deba pagar las mejoras o gastos hechos por el locatario, el haberle autorizado para hacerlos, si a más de éstos no constare expresamente que se obligó a pagarlos, salvo los casos del artículo anterior números 4o, 5o y 6o.

Esta disposición comprende el premio pagado por el locatario como seguro de la cosa arrendada, si no constare expresamente que se obligó a asegurarla por cuenta del locador».

Art. 2843. «Autorizándose mejoras que el locatario no tiene derecho para hacer sin autorización expresa, debe designarse expresamente cuáles sean. Autorizándose mejoras que el locador se obliga a pagar, debe designarse el *máximum* que el locatario puede gastar, y los alquileres o rentas que deban aplicarse a ese objeto.

No observándose las disposiciones anteriores, la autorización se reputará no escrita, si fue estipulada en el contrato, y será nula si fue estipulada por separado».

Art. 2844. «Las autorizaciones para hacer mejoras con obligación de pagarlas el locador y con obligación de hacerlas el locatario, o sin ella, no pueden ser probadas, sino por escrito».

Es conveniente destacar que algunos juristas sostienen que debe admitirse la confesión para probar la autorización y obligación de pagar las mejoras, apartándose de la letra del art. 2844C., el arrendatario podrá reclamar el pago de las mejoras necesarias, voluntarias o simplemente útiles, sin necesidad de invocar la autorización y de probarla por escrito.

b) Cuando el arrendador no autorizó hacer las mejoras y gastos, pero después de éstos se obligó a pagarlos.

Tal como se encuentra redactado el inc. 2 del art. 2480C. parece que es una repetición del inc. 1, por lo que se sugiere su redacción así: «Si no lo autorizó para hacerlo...». No obstante, los supuestos de ambos incisos son diferentes. En el inc. 2 se contempla el caso en que sólo se autorizó las mejoras y gastos y con posterioridad el arrendador se comprometió a pagarlos.

c) Cuando las reparaciones o gastos estuvieren a su cargo y se hicieren por el arrendatario en caso de urgencia (el techo lo arrancó un huracán, se rompió la cañería, etc.).

Se refiere a las mejoras necesarias y urgentes. Es preciso que el locatario dé aviso previo al locador, a menos que no haya tenido posibilidad de hacerlo.

El art. 2845C. establece lo que se entiende por urgencia. Dice:»Las reparaciones o gastos a cargo del locador se reputarán hechas por el locatario en caso de urgencia, cuando sin daño de la cosa arrendada no podían ser demoradas, y le era imposible al locatario avisar al locador para que las hiciera o lo autorizara para hacerlas. También se reputan gastos de esta clase los que el locatario hubiere hecho como pago de impuesto a que la cosa arrendada estaba sujeta».

Para que el arrendatario, pues tenga derecho a reclamar el pago de las reparaciones, es necesario que: sean necesarias; se haya dado aviso previo para hacerlas, a menos que no haya existido posibilidad para ello, o que dado el aviso el arrendador no haga las reparaciones.

Si bien es cierto que, de acuerdo con lo expuesto, las reparaciones no urgentes y las urgentes en las que no se dio el aviso, pudiéndolo hacer, no dan derecho al arrendatario a reclamar su pago, también lo es que el arrendador debe regresar lo que efectivamente le beneficio para impedir así un enriquecimiento sin causa.

d) Cuando se trata de mejoras necesarias (reparación del techo o una pared) o útiles (instalar luz, agua, gas, etc.) y sin culpa del arrendatario se resolviera el contrato, aunque el arrendador no se hubiere obligado a pagarlos ni dado autorización para hacerlos.

El arrendatario puede reclamar siempre y cuando el contrato se haya resuelto antes de su terminación normal, sin su culpa. Por lo que tiene derecho si se resolvió por culpa del arrendador o por casos fortuito o fuerza mayor.

Si el contrato se resolvió por culpa del arrendatario o llegó a su extinción prevista, dicho arrendatario no tendrá derecho para que el arrendador le pague las mejoras útiles o voluntarias. Por el contrario tendrá derecho el arrendatario para reclamar el pago de las mejoras necesarias.

e) Cuando las mejoras fueren voluntarias y por su culpa se resolviera el arrendamiento.

Es justo que se le conceda derecho al arrendatario para reclamar el pago de las mejoras voluntarias, pues no pudo disfrutarlas todo el tiempo que calculó hacerlo. No están comprendidas en este derecho las mejoras que el locatario hizo sin tener derechos para hacerlas, según se desprende del art. 2852C.

f) Cuando en el contrato de arrendamiento de tiempo indeterminado se autorizó a hacer las mejoras y pidió la restitución de la cosa, no habiendo el arrendatario disfrutado de ellas.

En esta parte del art. 2840C. están comprendidas las mejoras útiles, necesarias y voluntarias. A las anteriores reglas sentadas por el art. 2840C. sobre el pago de las mejoras y gastos hay que agregar las de los arts. 2851, 2852 y 2853C., en los que se atiende a la culpa de los contratantes.

Si el arrendamiento termina sin culpa de arrendador ni del arrendatario (vencimiento del plazo legal o convencional, pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor), el arrendador debe pagar las mejoras en los casos contemplados por los cuatro primeros incisos del art. 2840C. No obstante, el arrendador no se encuentra obligado a pagar las mejoras siguientes: las necesarias o útiles que por convenio quedarían en beneficio de la propiedad; las voluntarias que no se obligó a pagar, aunque hubiere autorizado para hacerlas al arrendatario; las que por obligación hizo el arrendatario; las que la ley y el convenio prohíbe hacer al arrendatario.

Lo expuesto se desprende del art. 2851C., que aunque se refiere a la resolución sin culpa del arrendador, debe extenderse también cuando es sin culpa del arrendatario, como expresa el art. 2364 del

Proyecto de Freitas, de donde fue tomado el art. 1539 del Código Civil de Argentina, modelo de nuestro art. 2851C.

Si el contrato se resuelve por culpa del locador, le corresponde a éste el pago de todas las mejoras y gastos, excepto los que hiciera el locatario sin derecho para ello, como las prohibidas por el contrato. Así lo dispone el art. 2851C. que dice: «Resolviéndose la locación por culpa del locador, incumbe a éste pagar todas las mejoras y gastos, con excepción únicamente de las que el locatario hubiere hecho, sin tener derechos para hacerlas».

Este artículo pone en vigencia el art. 2840C. en todos sus incisos y es una copia del art. 1551 del Código Civil de Argentina, que a su vez lo tomó del art. 2365 del Proyecto de Freitas.

Si el arrendamiento se resuelve por culpa del arrendatario, éste debe pagar todas las mejoras y gastos, con excepción de las urgentes y las que se obligó a pagar el arrendador. Así lo dispone el art. 2853C. que dice «Resolviéndose la locación por culpa del locatario, no incumbe al locador pagar sino las

mejoras a cuyo pago se obligó, y las hechas por el locatario en caso de urgencia». De acuerdo con lo expuesto, el arrendador sólo paga las mejoras a que se refieren los incs. 1,2 y 3 del art. 2840C.; pero no las necesarias, voluntarias o útiles.

El art. 2847C. establece el derecho de compensación de mejoras; el art. 2848C. el derecho de retener a favor del arrendatario; y los arts. 2850 y 2851C. la forma y tiempo de evaluar las mejoras.

En virtud de la libre contratación se puede convenir que las mejoras al terminar el arriendo queden en beneficio del predio; no obstante no es válido tal convenio para los casos contemplados en el art. 2846C.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que el arrendatario no puede retirar las mejoras que hizo si se comprometió en el contrato a dejarlas y si no lo hace debe pagar su valor.¹¹

Es conveniente advertir que en la doctrina existen dos criterios: uno sostiene que el art. 2846C. sólo es aplicable cuando el arrendamiento se resuelve por culpa del arrendador, por lo que si se resuelve sin su culpa, la cláusula de quedar las mejoras a favor del inmueble es válida, aunque se trate de mejoras urgentes o voluntarias; la otra firma que el art. 2846 se aplica exista o no exista culpa por parte del arrendador, por lo que éste siempre debe pagar los gastos de urgencia a pesar de la cláusula en contrario.

F. Pagar las cargas y contribuciones

Las cargas y contribuciones impuestas a la finca (barrido, alumbrado público, etc.) las pagará al arrendador, salvo pacto en contrario. Así lo establece el art. 2832C. Por el contrario, el arrendatario pagará las originadas por la explotación de su negocio o industria instalados en el inmueble, según lo dispone el art. 2888C.

Este pacto no afecta a la administración pública que puede demandar al sujeto pasivo de la obligación tributaria. Cuando la ley establece la contribución a cargo del arrendador, pero faculta a la administración para cobrarle al arrendatario, éste pagará con cargo al precio de la renta, según se desprende del art. 2833C., de no feliz redacción.

7. Obligaciones del arrendatario

El arrendatario tiene como obligaciones esenciales las siguientes: disfrutar de la cosa conforme el uso convenido o naturaleza de ella; conservar la cosa en buen estado; pagar el precio del arriendo; restituir la cosa al concluir el arriendo.

¹¹. S. 12 m. del 1 de Julio de 1913, B.J.p.133.

Las tres primeras están contempladas en el art. 2860C. y la última se desprende de los arts. 2848, 2890 y 2892C., entre otros.

Existen otras eventuales que bien pueden encasillarse en las anteriores, a saber: permitir al arrendador en ciertos casos la inspección del inmueble; avisar al arrendador sobre las usurpaciones o turbaciones que realicen los terceros sobre la cosa.

A. Disfrutar de la cosa conforme el uso convenido o la naturaleza de ella

Esta obligación se encuentra establecida expresamente en el art. 2860C. que dice:»El arrendatario está obligado... 3. A servirse de la cosa solamente para el uso o conforme a la naturaleza de ella».

El arrendatario, en primer lugar, debe servirse de la cosa conforme el uso convenido y no en forma diferente, pues de hacerlo violaría esa obligación. Ejemplos: si la cosa se arrienda para ser habitada, no puede usarse para bodega o fábrica; si un caballo fue alquilado para que sirviera de semental, no puede ser empleado para tirar de un coche; si se alquiló un carro para que el arrendatario pudiese pasear con su familia, no lo puede usar de taxi.

Pero si no existe convenio, puede usar la cosa conforme a su naturaleza. Ejemplos: si alquila un caballo de silla, el arrendatario no lo puede usar para tirar de un coche; si se alquila un televisor, no lo puede usar para que su hijo juegue y experimente con él; si se alquila un teatro, el arrendatario no lo puede emplear para bodega.

Si el destino de la cosa no se ha convenido, ni se puede determinar por su naturaleza, debe atenderse al uso anterior de la cosa, a la costumbre del lugar y a la profesión del arrendatario. Ejemplo: si en una zona excelente para la agricultura se alquila un terreno deberá ser usado para la siembra y no para la ganadería; si se alquila a un cochero un caballo, común y corriente, puede estimarse que es para que tire de su coche.

El incumplimiento de esta obligación tiene por sanción la resolución del contrato y los daños y perjuicios, de acuerdo con los arts. 2933 inc.2 y 2934C.

La Ley de Inquilinato permite que los inquilinos puedan tener sus oficinas y pequeños trabajos.

Por otra parte, el arrendatario debe usar personalmente, la casa, salvo que se le haya autorizado a subarrendarla, según se desprende del art. 2884C.

Existen dos sistemas: uno seguido por el Derecho romano y el Código Civil francés, en virtud del cuál el arrendatario puede subarrendar o ceder su derecho sin autoriza-

ción del arrendador, a menos que éste se lo prohíba; el otro, en que, por el contrario, el arrendatario no puede subarrendar o ceder su derecho, a menos que se lo haya autorizado el arrendador, seguido por el Proyecto español de 1851 y nuestro Código Civil.

La adopción de uno u otro sistema depende de las circunstancias políticas, económicas y sociales de cada país. En los países donde existe estricto control del arrendamiento es conveniente prohibir el subarriendo, pues resulta excesivamente gravoso para el arrendador permitirlo. Prueba de ello es que la actual Ley de Inquilinato lo prohíbe y lo sanciona, al igual que en el Código Civil, con la terminación del arriendo.

En la doctrina se diferencia el subarriendo y la cesión del arriendo:

a) El subarriendo es un nuevo arriendo celebrado entre el subarrendatario y el tercero, de la misma naturaleza del primitivo arriendo, apareciendo dos arriendos superpuestos regidos en forma independiente; la cesión, en cambio, es el traspaso de los derechos emanados del contrato de arriendo, sin que surja un nuevo contrato.

b) El subarriendo es de tracto sucesivo; en cambio la cesión es de tracto simple.

c) En el subarriendo, el arrendatario continúa obligado para con el arrendador, quien permanece extraño al subarriendo; en cambio en la cesión, desaparece el primitivo arrendatario, el que es reemplazado en todos sus derechos y obligaciones por el nuevo arrendatario, que se somete a las cláusulas y condiciones del mismo contrato de arriendo celebrado entre el arrendador y el primitivo arrendatario.

d) En el subarriendo no es necesario consentimiento del arrendador, cuando se sigue este sistema; en cambio en la cesión es necesario el consentimiento del arrendador.

e) El subarriendo es oneroso; en cambio la cesión puede ser gratuita u onerosa.

Nuestro Código contempla ambas figuras: los arts. 2884 al 2886 contemplan el subarriendo y el art. 2887C. la cesión del arriendo como caso típico de cesión de contrato. Este artículo dice: «Si el arrendador aprueba expresamente el contrato especial de subarriendo, el subarrendatario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones de arrendatario, a no ser por convenio se acuerde otra cosa».

En la doctrina moderna carece de interés esta distinción, pues con ambas figuras se persigue el mismo fin económico. De ahí que el Proyecto franco-italiano suprimió tal distinción.

B. Conservar la cosa en buen estado

El arrendatario se encuentra obligado a conservar la cosa en buen estado y a reparar los daños y perjuicios que causare por su culpa.

Nuestro Código no consagra en forma expresa esta obligación, pero se desprende de varias disposiciones que la aplican en casos particulares: 2860 inc. 2, 2881, 2883, 2899 y 2910C.

El art. 2860 inc. 2C. sólo contempló uno de sus efectos, o más bien, un efecto de su incumplimiento.

De acuerdo con lo expuesto, el arrendatario se encuentra obligado:

a) A los daños y perjuicios que la cosa arrendada sufra por su culpa o negligencia, o la de sus familiares o subarrendatarios. Así lo dispone el art. 2860 inc. 2 C., que por error de copia habla de subalternos, en lugar del subarrendatario, como dice el modelo mexicano.

En el cumplimiento de esta obligación el arrendatario debe actuar como un padre de familia. Esta conducta no la regula el Código Civil en forma general para el arriendo. Sólo se refiere a ella en los arts. 2876 y 2910C. para casos específicos. No obstante, debe aplicarse esa conducta al arriendo, pues, por una parte, es la conducta general exigida por el art. 1863C.; y, por otra, la aplicación específica de los citados artículos nos demuestra que es la conducta aceptada para este tipo de contrato.

El incumplimiento de esta obligación concede acción al arrendador para pedir la resolución del contrato junto con los daños y perjuicios de acuerdo con el art. 1885C., o solamente los daños y perjuicios. Los daños simples no pueden dar lugar a la resolución (rotura de vidrios, puertas, etc.)

El arrendatario no responde del caso fortuito o fuerza mayor, salvo pacto en contrario.

El art. 2875C. establece una presunción de culpabilidad en contra del arrendatario en caso de incendio. Sólo puede eximirse de responsabilidad si prueba que se produjo por caso fortuito o fuerza mayor, vicios en la construcción o culpabilidad de otras personas. Esta presunción se encuentra confirmada en los arts. 2876 a 2880C., que también se refieren al incendio.

b) A no variar la forma de la cosa sin consentimiento del arrendador. Si lo hace debe responder de los daños y perjuicios. Además debe restituir la cosa en el estado en que la encontró. Así lo dispone el art. 2883C.

Si las transformaciones no fueren necesarias o alteraren el destino de la cosa, el arrendador puede pedir la resolución del contrato junto con los daños y perjuicios, de acuerdo con el art. 1885C.

c) A hacer las mejoras de menor cuantía y a las otras a que se obligó. El art. 2899C. las establece para los arrendamientos de casa, pero debe hacerse

extensivo a todos los bienes arrendados. También debe hacer las otras mejoras a que se obligó en el contrato.

d) A no abandonar la cosa. Esta es también una obligación del arrendatario. Con ella se trata de evitar que la cosa sufra perjuicio por falta de los cuidados necesarios para su conservación y de los actos de terceros (robos, daños, etc.)

El art. 2910C. se refiere al abandono de los predios rústicos y la sanciona con la resolución del contrato más los daños y perjuicios. No obstante, el abandono puede ser causa de resolución de cualquier tipo de arriendo de acuerdo con el art. 1885C. El art. 2910C. es una aplicación del art. 1885C.

e) A dar aviso al arrendador en el más breve tiempo de toda usurpación o daño que terceros hayan hecho o se preparen para ello.

También debe avisar sobre las reparaciones que necesitan hacerse en el inmueble. La negligencia en el cumplimiento de esta obligación hace responsable al arrendatario de los daños y perjuicios. Así lo establece el art. 2881C.

C. Pagar el precio del arriendo

De acuerdo con el art. 2860 inc. 1C. el arrendatario está obligado a satisfacer la renta o precio en el tiempo y forma convenidos. Esta es la principal obligación del arrendatario, pues constituye su contraprestación por el uso y goce de la cosa.

Cuando no se hubiere pactado época de pago, deberá hacerse por meses vencidos, si el predio fuere urbano, y por tercios, si el predio fuere rústico.¹² El arrendatario que no cumpliera con el pago de uno de los plazos señalados, no tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato.

Si no existe convenio en cuanto al lugar del pago se hará en el domicilio del arrendador o de su representante o recomendado en la República.¹³

Si por caso fortuito o fuerza mayor se impide totalmente al arrendatario el uso de la cosa, no pagará la renta mientras dure el impedimento. Si este es parcial, puede pedir la reducción de la renta a juicio de perito. Pero por convenio, el arrendatario puede renunciar a tal derecho.¹⁴ En caso de evicción el arrendatario no pagará la renta.¹⁵

¹². Art. 2862C.

¹³. Art. 2863C.

¹⁴. Art. 2869 y 2870C.

¹⁵. Arts. 2869 y 2872 C.

El arrendatario de predios rústicos no tiene derecho para exigir la disminución de la renta, si durante el arriendo se pierde en todo o en parte los frutos o esquilmos de la finca.¹⁶

D. Restituir la cosa al concluir el arriendo

Esta es una de las obligaciones principales del arrendatario y se funda en la misma naturaleza del arrendamiento: el arrendatario recibe la cosa para usarla temporalmente y devolverla al concluir el contrato, pues no se la ha traspasado el dominio. Encuentra su consagración en los arts. 2848, 2890 y 2892C., entre otros.

8. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

- a) Al arrendatario le corresponde la prueba de la prórroga del arrendamiento.¹⁷
- b) Se puede pedir la resolución o el cumplimiento de una promesa de arrendamiento, pero no demandar ejecutivamente la resolución del adelanto del precio.¹⁸
- c) El art. 2854C. se refiere a dos casos: las edificaciones y las mejoras, tales como desagües, terraplenes, etc., pero mientras dice que estas mejoras son de cuenta del arrendador, nada resuelve sobre aquellas, por lo cual la regla que debe aplicarse no es la de ese artículo ni la del art. 630C., sino que debe estimarse que el locatario es el dueño de las obras y tiene perfecto derecho a llevarsela «ya que fueron ejecutadas en armonía de su derecho temporal, en atención al principio de que la cosa arrendada ha de ser entregada al dueño en el mismo estado en que fue recibida salvo que se trate de mejoras útiles y necesarias que el locador está obligado a indemnizar». En consecuencia, en el caso dicho el arrendatario no tiene derecho de retención, que sólo tiene cabida en los casos de simples mejoras(arts. 2840 y 2848C.), porque conforme el art. 2892C., el arrendatario no puede rehusar la entrega ni aun a pretexto de mejoras, salvo en los casos dichos.¹⁹
- d) El poseedor puede dar la cosa en arriendo.²⁰
- e) Cuando el arrendatario subarriende sin autorización, se estima una sola persona con el subarrendatario, a quien le perjudican las sentencias dictadas contra el primero, sin necesidad de audiencia especial en el juicio, pero para los efectos del art. 110Pr. es necesario notificarle por lo menos el primer auto de las diligencias de restitución.²¹

¹⁶. Art. 2873C. Los anotadores explican ampliamente la contradicción de este artículo con el art. 2912C., producida por el diferente origen de ambos artículos (Italia y México).

¹⁷. S. 11 a.m. del 20 de Noviembre de 1918, B.J.p. 2131C.

¹⁸. S. 11 a.m. del 12 de Marzo de 1933, B.J.p.8250.

¹⁹. S. 11 a.m. del 23 de Mayo de 1939, B.J.p.10575

²⁰. S. 12 m. del 26 de Abril de 1944, B.J.p.12403.

²¹. S. 10 a.m. del 21 de Julio de 1948, B.J.p.12494.

f) El subarriendo depende del arrendamiento por lo que si éste concluye también deja de subsistir el subarriendo, aunque el subarrendatario haya cumplido sus obligaciones. De ahí que si el arrendatario no paga el canon puede pedirse la restitución y ésta le afecta al subarrendatario.²²

g) El subarriendo o la cesión del contrato de arrendamiento no crean un vínculo jurídico entre el arrendador y el subarrendatario o cesionario, por lo que éstos no pueden hacer pagos a nombre propio, salvo que medie el consentimiento del arrendador.²³

h) Aunque se hubiese estipulado el pago del canon por adelantado, puede pagarse mientras la otra no haya demandado la resolución del contrato.²⁴

III

REGLAS ESPECIALES

SUMARIO: 1. Ideas generales.-2. Arrendamiento de bienes rústicos.- 3. Arrendamiento de casas: A. Reglas particulares del Código Civil. B. Arrendamientos regulados en la Ley de Inquilinato.

1. Ideas generales

El Código Civil y leyes separadas señalan reglas especiales para regular el arrendamiento de determinados tipos de bienes o destino de los mismos: arrendamientos de bienes rústicos y de casas. Prevalen sobre las generales, y las de inquilinato son irrenunciables por estar de por medio el orden público.

Por otra parte, se regulan otros tipos de arriendo, para los cuales se establecen reglas particulares.

2. Arrendamiento de bienes rústicos

El Código Civil sienta una serie de reglas sobre éstos bienes en los arts. 2909 a 2923C.

Entre las reglas establecidas por esos artículos tenemos los siguientes:

a) El aumento o disminución del precio por la mayor o menor obtención sólo se da en los casos en que cabe en la venta. Así lo dispone el art. 2909C.

b) El arrendador puede pedir la resolución del contrato junto con los daños y perjuicios: si el arrendatario no proveyere los semovientes e instrumentos necesarios para su

²². S. 11 a.m. del 27 de Julio de 1948, B.J.p.14347.

²³. S. 10 a.m. del 6 de Octubre de 1948, B.J.p.1444.

²⁴. S. 10:35 a.m. del 31 de Marzo de 1966, B.J.p.67.

cultivo; cuando abandonare éste o no lo hiciere como buen padre de familia; cuando empleare el predio en un uso distinto del destinado; o, en general, cuando el arrendatario no cumpliera con las cláusulas del contrato de manera que se origine daño al arrendador. Así lo dispone el art. 2910C.

c) En el art. 2912C. se establece el derecho a favor del arrendatario de pedir la reducción del precio del arrendamiento hecho por varios años, cuando por caso fortuito pereciere el total o al menos la mitad de la recolección. Se contempla en parte en éste artículo la teoría de la imprevisión.

d) El arrendatario puede asumir por convenio expreso el caso fortuito. Este convenio se supone hecho para los casos fortuitos ordinarios (tales como rayos y granizos) y no para los extraordinarios, como devastaciones de guerra o una inundación. Así se deduce de los arts. 2915 y 2916C., éste último de no feliz redacción.

e) Si no se determina el plazo del arrendamiento se estimará hecho por el tiempo que sea necesario para que el arrendatario recoja los frutos del predio arrendado; pero una vez vencido este plazo se extingue de derecho, a menos que el arrendatario continúe y fuere dejado en posesión del predio, en cuyo supuesto se produce una renovación del contrato. Así se desprende de los arts. 2917, 2918 y 2919C.

f) El arrendatario que cesa debe dejar al que sucede en el cultivo las construcciones oportunas y demás útiles necesarios para el cultivo del año siguiente; y, recíprocamente, el nuevo arrendatario debe dejar al que cesa las construcciones oportunas y demás útiles necesarios para el consumo de forraje y para las recolecciones que resten; para lo cual deben observarse los usos del lugar. Así lo dispone el art. 2920C.

Por otra parte, se han dictado leyes especiales en las que se expresa lo siguiente:

i) En la Ley reguladora de los Arrendamientos de Terrenos destinados al cultivo del Algodón (Decreto No. 263 del 5 de Enero de 1980), se dispuso entre otras cosas, que: el canon de arrendamiento será fijado, atendiendo la calidad de la tierra, por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario (MIDA), y no podía ser mayor de trescientos córdobas; en los nuevos contratos de arrendamiento tendrán primera opción o preferencia como arrendatarios los pequeños agricultores asociados en Cooperativas y los medianos agricultores que siembran hasta doscientas manzanas; el arrendador se encuentra obligado a realizar y mantener en buen estado y a su cuenta las obras de infraestructura productiva como cercos, drenajes, terrazas, etc., lo mismo que las sociales como comedores, dormitorios, servicios sanitarios y agua potable para los trabajadores; las tierras que no se cultiven podrán ser explotadas o arrendadas por el MIDA, pero serán devueltas al final del ciclo agrícola si los propietarios lo piden; se deja al MIDA la aplicación de esta ley, facultándose a fallar a verdad sabida y buena fe guardada.

ii) En la Ley Reguladora de los Arrendamientos de Tierras destinadas al Cultivo de Granos Básicos (Decreto No. 263 del 31 de Enero de 1980) se dispuso

so que: el canon no podía ser mayor de cien córdobas y si no hubiere acuerdo entre las partes será determinado por el MIDA atendiendo la calidad de la tierra; serán aplicables las disposiciones de la ley anterior en lo pertinente.

iii) En la Ley Reguladora de Arrendamientos de Predios Rústicos (Decreto No. 671 del 11 de Marzo de 1981), se dispuso que: el canon de arrendamiento no podrá ser superior de cien córdobas, a excepción del canon de arrendamiento para algodón que será determinado por aparte; el arrendador se encuentra obligado a conservar en buen estado las obras de infraestructura social y productiva; las tierras que no sean explotadas serán intervenidas por el Estado, el que podrá arrendarlas entregando el valor del arriendo al dueño que podrá pedir la entrega del bien al final de ciclo agrícola para cultivarlo; los contratos de arrendamiento sobre predios rústicos serán respetados por los terceros adquirentes aunque no estuvieren inscritos; el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y Reforma Agraria será el encargado de aplicar la ley actuando a verdad sabida y buena fe guardada.

3. Arrendamiento de casas

A. Reglas particulares del Código Civil

Los arts. 2899 a 2908C. establecen una serie de reglas particulares sobre el arrendamiento de casas. Por casa debe entenderse no sólo la que sirve de habitación, sino la destinada para bodegas, comercio, etc. Es mas, se considera incluido fundo urbano. Estas reglas son las siguientes:

a) Las reparaciones de menor cuantía están a cargo del inquilino, salvo pacto en contrario. Así se desprende del art. 2899C. Pero de conformidad con el art. 2900C, no están a cargo del inquilino cuando se hubieren originado por vejez o fuerza mayor.

b) Le corresponde al arrendatario la limpieza de los patios, pozos, excusados y sumideros; lo mismo que la limpieza, encalado o pintura en la forma y tiempo fijado en las leyes de policía y ornato. Así lo dispone el art. 2901C.

c) El arrendador paga la refacción de las aceras, el impuesto del alumbrado público y el encalado y pintura exterior. Por su parte el inquilino paga el agua del servicio doméstico. Así lo dispone el art. 2902C.

d) Los arrendamientos de muebles para amueblar una casa entera, habitación, tienda o cualquier otra edificación, durará el tiempo que, según la costumbre del lugar, suelen ordinariamente durar los arrendamientos de casas, habitaciones, tiendas y demás edificios. Así lo dispone el art. 2903C.

e) El arrendamiento de una habitación amueblada se supone hecho por un año si se hubiere estipulado un tanto por año, por un mes si se hubiere convenido un tanto por un mes, y podrá convenirse un tanto diario. No existiendo tales

circunstancias, se supone hecho según la costumbre del lugar. Así lo disponen los arts. 2905 y 2906C.

f) El arrendador no puede resolver el contrato alegando que quiere habitar la casa, salvo pacto en contrario; pero debe dar aviso previo al arrendatario por un tiempo fijado por la costumbre del lugar. Así lo disponen los arts. 2906 y 2907C.

Como veremos más adelante, estas disposiciones no se aplican a los arrendamientos regulados por la Ley de Inquilinato.

g) Se puede poner fin al arriendo si la casa o local destinado a morada se hallare en situación de ocasionar un peligro grave para la salud, aunque no se encuentre vencido el plazo, conozca el peligro o renuncie a los derechos derivados de esta causa. Así lo establece el art. 2908C. (Ver ley de Inquilinato No. 118 / 199).

B. Arrendamiento regulados en la Ley de Inquilinato

En las leyes de inquilinatos, la libre contratación tiene escasa aplicación. Como consecuencia se establece un precio tope del contrato; las causales de terminación del contrato están taxativamente establecidas en la ley, no pudiendo pactarse otras o aplicarlas por analogía; el adquirente del inmueble debe respetar el arriendo aunque no se encuentre inscrito; y cualquier pacto en que se renuncie a los derechos concedidos por las leyes de inquilinato carece de valor.

Por otra parte, las cuestiones de inquilinato fueron sustraídas del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia; pasando al conocimiento de tribunales administrativos, adscritos al Ministerio de la Vivienda y Asentamientos Humanos, los cuales tenían una naturaleza partidista. Ya fueron suprimidos y la justicia ordinaria recobró su competencia.

Las últimas leyes de inquilinato son: Ley de Inquilinato del 20 de Diciembre de 1979, reformadas por las leyes del 9 de Diciembre de 1981 (Decreto No. 904) y del 15 de diciembre de 1983, (decreto No. 1364), la Ley Procesal de Inquilinato del 10 de febrero de 1981 (Decreto No. 638), reformadas por las leyes del 15 de Diciembre de 1981. (Decreto No. 909); y Ley del 15 de Diciembre de 1983 (Decreto No. 1380), que crea los Comités Regionales de Asuntos Habitacionales para conocer de los conflictos inquilinarios. Ley de Inquilinato del 13 de diciembre de 1990.

IV

ARRENDAMIENTO DE MUEBLES EN GENERAL

Los arts. 2963 a 2993C. establecen una serie de reglas sobre el arrendamiento de muebles.

Entre estas reglas tenemos las siguientes:

a) El arrendamiento termina una vez que concluye el plazo estipulado, y a falta de éste, cuando termina el uso a que hubiere sido destinada la cosa conforme al contrato. Si ni uno ni otro se hubiere estipulado, el arrendatario podrá devolver la cosa cuando lo desee y el arrendador podrá pedirla pasados cinco días de celebrado el arriendo. Así lo disponen los arts. 2965 y 2966C.

b) Salvo pacto en contrario, si la cosa se arrendó por años, meses, semanas o días, la renta se pagará al vencimiento de uno de estos términos, si el contrato se celebró por un termino fijo, la renta se pagará al vencerse el plazo. Así lo disponen los arts. 2967, 2968 y 2969C.

c) Cuando el arrendatario regresa la cosa antes del tiempo convenido, está obligado a pagar íntegro el alquiler si se ajustó por un solo precio; pero si éste se ajusto por períodos de tiempo, sólo debe pagar los períodos transcurridos hasta la entrega. Así lo dispone el art. 2970C.

d) El arrendamiento de las casas, almacenes, tiendas o establecimientos industriales que estuvieren amueblados, se regirán por las reglas generales para el arrendamiento, especialmente por el art. 2903C. Cuando los muebles se alquilaran por separados se regirá por lo dispuesto en el art. 2965C. Así se desprende de los arts. 2972 y 2973C. La misa suerte corren los aperos de la finca arrendada, por expresa disposición del art. 2993C.

e) Cuando el arrendamiento fueren de animales en general, el arrendador debe entregar los que fueren útiles para el uso a que se destinaren. Así lo dispone el art. 2974C.

f) Si el arriendo fuere de un animal determinado, el arrendatario cumplirá entregando el designado en el contrato. Así lo dispone el art. 2975C.

g) La entrega debe hacerse en el lugar convenido, y a falta de éste en el del contrato. Así lo dispone el artículo 2976C.

h) Si el animal tiene defectos que pueden causar perjuicios al arrendatario, el arrendador es responsable de ello, si conoció los defectos y no se los comunicó al arrendatario. Así lo dispone el art. 2977C.

i) Si el animal no tuviere las condiciones aseguradas por el arrendador, el arrendatario tiene derecho a que se le rebaje proporcionalmente el precio. Así lo dispone el art. 2978C.

j) El arrendatario se encuentra obligado a dar de comer, beber y curar las enfermedades ligeras al animal, sin cobrar nada por esto al dueño. Así lo dispone el art. 2979C.

k) El uso que debe darse el animal es el convenido, y a falta de éste podrá emplearse en aquellos servicios que sean propios de su especie y condición. Así lo disponen los arts. 2981 y 2982C.

l) Los gastos causados por el uso del animal están a cargo del arrendatario, salvo pacto en contrario. Así lo dispone el art. 2983C.

m) La pérdida o deterioro del animal se presume a cargo del arrendatario, a menos que fuesen sin su culpa, en cuyo caso será a cargo del arrendador. Si el arrendatario del animal hiciera uso de él en forma diferente al convenio y si en su uso no hubiera venido el caso fortuito, estará a su cargo la pérdida o deterioro. Así lo disponen el art.2984 y 2985C.

n) Si muere el animal, sus despojos serán entregados al dueño, si son de alguna utilidad y es posible el transporte. Así lo dispone el art. 2986C.

ñ) El arriendo durará el tiempo convenido, y a falta de éste el necesario para el uso prudente a que se destina. Durante éste tiempo no puede quitar el animal aunque lo necesite. Así lo disponen los arts. 2987 y 2988C.

o) Se puede resolver el contrato cuando se arriendan dos o más animales que forman un todo, como una yunta o un tiro, y uno de ellos se inutiliza, a no ser que el dueño quiera dar otra que forme un todo con el que sobrevivió. Así lo dispone el art. 2989C.

p) El arrendador queda liberado de la obligación cuando sin su culpa se inutilizare antes de la entrega el o los animales especificados y de ella hubiere avisado inmediatamente al arrendatario. Pero si se hubiere inutilizado por culpa del arrendador, o si no hubiere dado el aviso, responderá por los daños y perjuicios o reemplazar el animal, a elección del arrendatario. Así lo dispone el art. 2990C. Cuando no se tratare de un cuerpo cierto, sino de un género, el arrendador está obligado a los daños y perjuicios, siempre que falte la entrega. Así lo dispone el art. 2991C.

q) Cuando en el arrendamiento de un predio rústico se incluyere el ganado de labranza o de cría, existente en él, el arrendatario tendrá con respecto del ganado los mismos derechos y obligaciones que el usufructuario, pero no se encuentra obligado a rendir fianza. Así lo dispone el art. 2992C.

V

ARRENDAMIENTO DE GANADO

SUMARIO: 1. Definición.- 2. Objeto.- 3. Clases.-4. Arrendamiento ordinario o simple.- 5. Arrendamiento de ganado por mitad.-6. Arrendamiento dado al colono.- 7. Arrendamiento de ganado impropio.

1. Definición

El art. 3142C. define a este arrendamiento como el contrato por el cual una de las partes da a otra un ganado para que lo guarde, lo mantenga y cuide con arreglo a las condiciones convenidas. Esta definición peca por defecto, ya que no comprende el arrendamiento impropio y el a medias.

Tal definición tiene su origen en el art. 1800 del Código Civil francés.

2. Objeto

Los animales que pueden ser dados en arriendo son aquellos cuya fuerza puede ser objeto de aprovechamiento para la agricultura y el comercio. Por eso dice Ricci que no pueden ser objeto de arrendamiento una manada de bestias feroces, aunque si puede serlo de otro contrato. Así se desprende del art. 3144C., que dice: «Se pueden dar en esta especie de arrendamiento toda clase de rebaños susceptibles de crecimiento o de aprovechamiento para la agricultura y el comercio».

3. Clases

De acuerdo con el art. 3134C. existen cuatro clases de arrendamiento de ganado: el ordinario o simple, el contrato a medias, el que se celebra con el rentero o colono y el impropio.

De conformidad con el art. 3145C. se rigen por convenios particulares y a falta de estos se observaran los principios establecidos por la ley.

4. El arrendamiento ordinario o simple

Según el art. 3146C. el arrendamiento simple de ganado es un contrato por el cual se da a otro un ganado para que lo guarde, mantenga y cuide con la condición de que el arrendador gane la mitad del aumento. La otra mitad será del arrendatario. Este aumento consiste lo mismo en el acrecimiento como en el mayor valor que el rebaño pueda adquirir al final del arrendamiento, en comparación al que tenía al principio.

La división del aumento será a medias, o inferior a ella, si no se estipuló que es a medias; pero si no existe división del aumento y en cambio hay retribución en dinero al

arrendatario o al arrendador, habrá arrendamiento de servicios o de cosas, pero no de ganado.

El arrendador no trasmite la propiedad del ganado y su valorización sólo tiene por objeto la determinación de las pérdidas y ganancias que pueden resultar una vez terminado el contrato. Así lo dispone el art. 3147C.

El arrendatario debe emplear la diligencia de un buen padre de familia en la conservación del ganado. No responde del caso fortuito, a no ser que le sea imputable a una falta anterior, sin la cual no habría sobrevenido el daño. El arrendatario debe probar el caso fortuito y el arrendador la culpa del arrendatario. Así se desprende de los arts. 3149 y 3150C.

La pérdida está a cargo del arrendador cuando los animales hubieren perecido o su primitivo valor hubiere disminuido sin culpa del colono. Así lo dispone el art. 3152C., que sigue una solución distinta a la del art. 1810 del Código de Napoleón, en el cual se dispone que la pérdida total corresponde al arrendador y la parcial a ambos. En caso de pérdida parcial las crías no substituyen a las perdidas, salvo pacto en contrario.

El arrendatario debe responder de las pieles y de todo lo demás con que no pueda quedarse, y de las bestias que perecieron por caso fortuito. Así lo dispone el art. 3151C.

Se puede convenir que el arrendatario soporte parte de la pérdida proveniente del caso fortuito. El art. 3154C. señala límites al pacto. Dice: «No puede estipularse: Que el arrendatario soporte más de la mitad de la pérdida del ganado cuando tenga lugar por caso fortuito o sin culpa. Que tenga él mismo en la pérdida una parte mayor que en las ganancias. Que el arrendador tome, al concluirse el arrendamiento, alguna cosa, más del rebaño dado con ese objeto. Todo convenio en este sentido, es nulo». La nulidad sólo del pacto y no del contrato.

El arrendatario no puede disponer de ningún animal del rebaño, del capital, ni del aumento, sin consentimiento del arrendador. Igual impedimento tiene el arrendador. Así lo dispone el art. 3155C. El arrendatario porque no es dueño de la cosa y el arrendador porque está obligado a mantener la cosa en poder del arrendatario. Se acepta la venta del arrendador, pero siempre que el comprador respete el arriendo.

Los aumentos no pueden ser vendidos por el arrendador o por el arrendatario; solo con el consentimiento de ambos. Se sostiene que el arrendador y el arrendatario no pueden ceder sus derechos y obligaciones a terceros.

La mayor parte de la doctrina sostiene que si uno de los contratantes deseara vender una cabeza de ganado y la otra se opone, puede recurrir al Juez para que lo autorice, siempre que la negativa no se fundamente en motivos legítimos, condenando al rebelde en los daños y perjuicios que causare. Laurent, por el contrario, sostiene que no se puede proceder en la forma indicada, pues nadie puede ser obligado a vender. Los acreedores del arrendador pueden embargar sus derechos sobre el contra-

to (el rebaño en masa) y adjudicárselo sustituyéndolo en el contrato. Sin embargo, algunos sostienen, con base a que el arrendador es dueño del ganado, que los acreedores pueden embargar el ganado y el adquirente no está obligado a respetar el arriendo.

Cuando se contrata con el arrendatario de otro, debe notificarse al primitivo arrendador, sin lo cual el dueño puede secuestrar los bienes y hacer vender los animales para satisfacerse de todo cuanto le deba su arrendatario. Así lo dispone el art. 3156C.

El arrendatario solamente se aprovecha de la leche, estiércol y trabajo del ganado, pero la lana y el aumento de dividen, salvo pacto en contrario. Así lo dispone el art. 3153C. De acuerdo con el art. 3157C. el arrendatario no puede esquilarse los animales, sin dar aviso previo al arrendador.

El arrendamiento durará el tiempo convenido, a falta de éste durará tres años. Así lo establece el art. 3158C.

De acuerdo con el art. 3159C. el arrendador puede pedir la resolución antes del vencimiento, si el arrendatario no cumpliera con sus obligaciones. No creo que solo al arrendador se le conceda el derecho de pedir la resolución, tal como parece desprenderse de dicho artículo, pues también lo tiene el arrendatario de acuerdo con el art. 1885C.

El arrendamiento no se termina por la muerte del arrendador o del arrendatario, salvo pacto en contrario, por disponerlo así el art. 2944C., aunque también se sostiene que se extingue por muerte del arrendatario, ya que, al ser de carácter mixto (de cosas y servicios) se impone su conclusión, dada la confianza que impulsa el arrendador al escoger a su contraparte.

Terminado el arrendamiento, debe procederse a liquidar las operaciones derivadas del contrato, para lo cual el art. 3160C. dispone que al terminar el arrendamiento o al tiempo de la rescisión, se procede a una nueva tasación del ganado dado en arrendamiento. El dueño puede tomar del rebaño cualquier clase de animales hasta cubrir el importe de la primera tasación, el resto se divide. Si no hubiere cabezas bastantes para igualar la primera tasación, toma el dueño lo que pueda, sin que el colono deba contribuir a la pérdida.

5. Arrendamiento de ganado por mitad

De acuerdo con el art. 3161C. este contrato es una sociedad en la cual cada uno de los contratantes suministra la mitad del ganado, el que queda en común para el daño o para la pérdida.

Solamente el arrendatario se aprovecha de la leche, estiércol y trabajo de los animales. El arrendador no tiene derecho más que a la mitad de las lanas y

del aumento. Así lo dispone el art. 3162C. De acuerdo con el art. 3163C. se aplicarán las reglas del arrendamiento simple a este tipo.

6. Arrendamiento dado al colono

De acuerdo con el art. 3164C. es aquel por el cual se da en arrendamiento un fundo a condición de que al concluir el contrato, el arrendatario entregue animales cuyo valor iguale el precio de la tasación de los que recibió. El arrendamiento del ganado es accesorio del fundo, no es objeto directo. Se pretende el cultivo del fundo.

El arrendatario no adquiere el dominio del ganado, pero sí de los negocios una vez hecha la tasación del mismo. Así lo dispone el art. 3165C. Es lógico que así sea, porque de acuerdo con el art. 3166C. todas las utilidades pertenecen al arrendatario, salvo pacto en contrario. El riesgo está a cargo del arrendatario. Lo confirma el art. 3168C., pero agrega que puede disponerse lo contrario.

Terminado el arriendo, no puede el rentero retener el ganado que le fue entregado pagando el valor de la tasación primitiva, sino que debe dejar animales bastantes para igualar aquel que recibió. Todo déficit que resulte en el valor del ganado, es de cuenta del rentero y debe resarcirlo. Cualquier exceso que haya le corresponde por completo. Así lo dispone el art. 3169C.

7. Arrendamiento impropio de ganado

De acuerdo con el art. 3173C. este contrato surge cuando se da una o varias vacas para que se guarden y alimenten, conservando el arrendador su propiedad y teniendo derecho solamente a las crías. Las crías deben ser entregadas al arrendador una vez que se puedan alimentar sin la leche. El arrendador asume los riesgos.

El arrendatario debe alimentar a las vacas y sus crías. Pero los gastos de enfermedad son a cargo del arrendador. El arrendatario tiene derecho a la leche de las vacas, a su estiércol y su trabajo, pero no al aumento de valor.

El Código no establece reglas sobre la conclusión de este contrato. Por esta razón, terminará de acuerdo a lo convenido por las partes, a falta de convenio podrá ponerse fin unilateralmente por cualquiera de ellos (desahucio).

VI

CONCLUSION DEL ARRIENDO

sumario: 1. Causales.-2. Causales del art. 2924C.- 3. Causales no enumeradas por el art. 2924C.-4 Tácita reconducción.-5.Efectos de la conclusión.

1. Causales

Existen dos tipos de causas de conclusión del arrendamientos: las enumeradas en el art. 2924C. y las no enumeradas en este artículo. Sobre todas ellas trataremos a continuación.

2. Causales del art. 2924C

De conformidad con el art. 2924C. el arrendamiento termina:

A. Por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato

Esta es la más natural de las causas de terminación del arriendo. No se aplica al arriendo sujeto a la Ley de Inquilinato.

B. Por haberse satisfecho el objeto para que la cosa fue arrendada

Cumplido el objeto para que fue arrendada la cosa se termina el arriendo, pues ya cumplió su fin negocial. Ejemplo: si se alquila un teatro para que cante Juan el día dos de Enero, realizado dicho espectáculo se termina el contrato; si se alquila un automóvil para que Juan realice un viaje a León, hecho el viaje, se termina el contrato.

C. Por convenio

Es el mutuo disenso aplicable a la generalidad de los contratos de acuerdo con los arts. 2004 y 2479C.

Este convenio no tendrá efecto contra los terceros adquirentes de la cosa protegidos por el Registro o por el principio de que la posesión equivale a título, según lo confirma el art. 2930C.

D. Por nulidad y rescisión

De acuerdo con los arts. 2931 y 2932C. se observará todo lo dispuesto respecto a la nulidad y rescisión de los contratos.

3. Causales no enumeradas por el art. 2924C

A. Resolución del contrato (incumplimiento)

El arrendatario termina cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones derivadas del arriendo. Nuestro Código Civil usa impropriamente en este contrato el vocablo rescisión como sinónimo de resolución.

El arrendador puede pedir la resolución del contrato:

a) Por la falta de pago en los términos prevenidos en los arts. 2862 y 2865C. Así lo dispone el art. 2933 inc. 1C.

b) Por no servirse de la cosa el arrendatario conforme el uso convenido o naturaleza de ella. Así lo dispone el art. 2933 inc. 2C.

c) Cuando el arrendatario subarriende sin su consentimiento. Así lo dispone el art. 2933 inc. 3C.

d) Cuando el arrendatario abandona la cosa arrendada. Así se desprende de los arts. 1885 y 2910C.

e) Cuando el arrendatario no cumpliera con su obligación de pagar los daños y perjuicios causados por su culpa, o los de sus familiares o subarrendatarios, siempre que los daños sean de gran envergadura. Así se desprende del art. 1885C.

El arrendatario podrá pedir la resolución:

a) Cuando la privación del uso o la pérdida de los frutos o esquilmos proviniera de un hecho directo o indirecto del arrendador. Así lo dispone el art. 2940C.

b) Cuando el arrendador no entrega la cosa en los términos prevenidos en el art. 2827C. Así lo dispone el art. 2935C.

c) Cuando el arrendador no hiciera las reparaciones necesarias para el uso a que está destinada la cosa. Así lo dispone el art. 2936C.

d) Cuando a causa de las reparaciones pierde el uso total o el parcial si durare más de dos meses. Así lo dispone el art. 2938C.

e) Cuando a pesar de la autorización, el arrendador se oponga sin motivo fundado al subarriendo. Así lo dispone el art. 2934C.

Todas las disposiciones anteriores citadas no son más que aplicaciones concretas del art. 1885C.

B. Caso fortuito o fuerza mayor

Si la cosa se destruye total o parcialmente cualquiera de las partes puede pedir su resolución. Así lo disponen los arts. 2941 y 2942C.

C. Por confusión

Se termina el arriendo cuando se reúnen en una misma persona las calidades de arrendador y arrendatario, como cuando éste adquiere de aquel a título oneroso o gratuito la cosa arrendada.

D. Condición resolutoria expresa

Es posible que el arrendatario se someta a una condición resolutoria.

E. Por extinción del derecho del arrendador

Extinguido el derecho del arrendador se extingue el arriendo derivado de él. Resuelto el derecho del causante, se resuelve el derecho del causahabiente, dice un aforismo.

Puede extinguirse con o sin culpa del arrendador. Si ocurre lo primero deberá los daños y perjuicios (venta del dominio o cesión del usufructo a favor de terceros que no están obligados a respetar el arriendo), según lo dispone el art. 2948C. Si ocurre lo segundo, no debe los daños y perjuicios (extinción del usufructo por vencimiento del plazo, muerte, etc.).

De acuerdo con el art. 2949C. están obligados a respetar el arriendo: el adquirente a título gratuito; el que adquiere el inmueble a título oneroso, siempre que antes se haya inscrito el arriendo; los acreedores hipotecarios que adquieren el inmueble, siempre que con anterioridad al arriendo hayan inscrito su hipoteca.

El que adquiere bajo el pacto de retroventa puede arrendar la cosa por el término concedido para el ejercicio del retracto. Si se arrienda por un término superior, quedará extinguido una vez que se ejercitó el derecho de recuperar la cosa. Así se desprende del art. 2950C.

El pacto de no vender la cosa arrendada, sólo da derecho al arrendatario para conservar su arriendo hasta su terminación natural. Pero si se vende la cosa arrendada, el comprador sólo está obligado a respetar el arriendo si con anterioridad constaba en instrumento público inscrito. Así se desprende del art. 2951C.

Los arts. 2947, 2952, 2953, 2954 y 2955. señalan los derechos y limitaciones en la entrega de la cosa expropiada, adjudicada o vendida en virtud de ejecución judicial.

Es conveniente advertir que el adquirente a título oneroso de una cosa sujeta a la Ley de Inquilinato debe respetar el arriendo aunque no se encuentre inscrito.

F. El desahucio

El desahucio es una forma unilateral de terminar el arrendamiento, mediante el aviso a la otra parte, que no tiene plazo de duración y éste no puede determinarse por el servicio especial que se destina la cosa o por la costumbre. También se da a favor de quien se estableció el plazo.

Pueden hacer uso de este derecho tanto el arrendador como el arrendatario.

No obstante de ser unilateral, requiere el consentimiento de la otra parte para poder ser revocado. El desahucio se encuentra regulado en los arts. 2958 al 2962C.

G. Cuando los acreedores no se sustituyen prestando fianza en el arrendamiento celebrado por el arrendatario insolvente

El arrendador en tal caso tiene acción contra el arrendatario para pedir la resolución del contrato y los daños y perjuicios. Lo expresado se desprende del art. 2957C.

4. La tácita reconducción

La tácita reconducción es la renovación del contrato de arriendo una vez concluido, en virtud de un tácito consentimiento. Este se deduce de los hechos siguientes: el arrendador no pide la cosa arrendada y el arrendatario continúa usándola.

Pero este contrato renovado o reestructurado participa de las condiciones del anterior y a su vez tiene nuevas condiciones: a) del anterior conserva los elementos siguientes: las mismas partes, el mismo precio, recae sobre la misma cosa; b) si se refiere a predios urbanos, el nuevo plazo será de seis meses; c) se extinguen las garantías dadas por los terceros.

En los predios rústicos, basta el uso posterior a su terminación, sin oposición del arrendador, para que se produzca la renovación. Si el predio fuere urbano, se necesita además que el arrendador reciba la renta.

La tácita reconducción esta regulada en los arts. 2926 al 2929C.

5. Efectos de la conclusión

La conclusión produce los efectos siguientes:

A. El arrendatario debe devolver la cosa

La debe devolver en el estado en que la recibió, salvo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitables.

No puede rehusar su entrega, ni bajo pretexto de mejoras, salvo que obtenga retención legal. Así se desprende de los arts. 2890 al 2892C.

Si el arrendatario no tiene derechos a cobrar las mejoras útiles y voluntarias, puede llevárselas, si no se deteriora con ellos la finca, según expresa el art. 2893C.

B. Cesa el curso de los alquileres

Es una consecuencia o corolario de la conclusión del uso o disfrute de la cosa.

Pero si contra la voluntad del arrendador continúa el arrendatario usando la cosa, debe pagar el precio del alquiler.

C. Se extingue el subarriendo

El arriendo primitivo es la base sobre la que descansa el subarriendo, por lo que desaparecida la base, como consecuencia desaparece también el derecho derivada de ella.

D. Surge el derecho de cobrar los daños y perjuicios si se resuelve por culpa del arrendador o arrendatario

Cuando se resuelve por culpa del arrendador, el arrendatario tendrá derecho a los daños y perjuicios y a las mejoras en los términos del art. 2852C.

Si se resuelve por culpa del arrendatario, por ejemplo:falta de pago, subarriendo sin autorización, uso diferente de la cosa al pactado, abandono, etc. está obligado a pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que corra hasta que prudencialmente pueda celebrar otro, y los daños y perjuicios que ocasionare. Hay ciertos casos en virtud de los cuales no termina el arriendo: la muerte del arrendador o del arrendatario. Pero se puede pactar lo contrario. Así lo dispone el art. 2944C.

VII

LA APARCERÍA O COLONIA

SUMARIO: 1. Concepto.- 2. Pérdida fortuita de los frutos.-3 Prohibición de subarrendar.- 4. Prohibición al colono.-5.Terminación de la aparcería.-6. Resolución del contrato.-7. Extinción de la aparcería.-8. Leyes que la rigen.-9. Suministros y gastos del colono.-10 Permiso del arrendador.-11. División de los frutos.- 12 Prueba de aparcería.- 13. Duración de la aparcería sin tiempo determinado.

1. Concepto

En virtud de la aparcería el arrendador entrega para su cultivo un predio y a cambio recibe la mitad de los frutos de parte del colono. Se le aplican las reglas del arrendamiento de cosas y particularmente la de los predios rústicos, con las modificaciones establecida para este contrato.

El art. 3123C. expresa: «El que cultiva un predio, pactando dividir los frutos con el arrendador, se llama colono aparcerero, y el contrato que de esto resulta, aparcería o colonia.

Son comunes a este contrato las reglas establecidas en general para los arrendamientos de cosas y en particular para los predios rústicos, con las siguientes modificaciones».

Sobre su naturaleza se han formulado dos opiniones: una considera a la aparcería como arriendo, que es la seguida por nuestro Código Civil; la otra estima que es una especie de sociedad sin personalidad jurídica.

2. Pérdida fortuita de los frutos

Soportan en común, el dueño y el colono, la pérdida fortuita o parcial, de los frutos divisibles y no se reconoce acción de uno contra el otro. Así lo establece el art. 3124C.

3. Prohibición de subarrendar

El art. 3125C. no le permite ceder o subarrendar al colono, a menos que lo haya autorizado para ello el contrato. Pero también puede ser autorizado con posterioridad.

La disposición citada viene a confirmar la regla consagrada en el art. 2884C. de que el arrendatario no puede subarrendar sin el consentimiento del arrendador. Pero aún en las legislaciones en donde prevalece la regla contrario a la nuestra, se prohíbe al colono subarrendar, dado el carácter personal y de confianza que tiene el colono para el arrendador.

Cuando el colono viola el art. 3125C., el arrendador tiene derechos a tomar la cosa y a reclamar los daños y perjuicios.

4. Prohibición al colono

De conformidad con el art. 3126C., el colono aparcerero no puede vender heno, paja o estiércol, ni hacer transportes para otro sin el consentimiento del dueño.

5. Terminación de la aparcería

La aparcería no cesa de derecho, cualquiera que haya sido el modo en que se hizo (con plazo o sin plazo); pero el dueño puede despedir al colono, o este marcharse dentro del tiempo fijado por la costumbre. Así lo dispone el art. 3127C.

6. Resolución del contrato

Puede pedirse resolución de la aparcería, aun fuera de tiempo, cuando exista justo motivo para ellos; a saber: si el dueño o el colono faltaren a sus compromisos; cuando una enfermedad habitual inhabilita al aparcerero para el cultivo; y en cualquier otro caso semejante. La apreciación de estos motivos queda a la prudencia y equidad de la autoridad judicial. Así lo dispone el art. 3128C., que es una aplicación concreta del art. 1885C.

7. Extinción de la aparcería

Por la muerte del colono se extingue la aparcería al fin del año agrícola corriente; pero si la muerte se produce en los últimos cuatro meses, podrá continuar el contrato el año siguiente, con los hijos y demás herederos. Así lo dispone el art. 3129C.

8. Leyes que la rigen

El art. 3130C. dispone. «En todo lo que se regule por las disposiciones precedentes o por contratos expesos, se observarán en el arrendamiento dado en aparcería las costumbres locales. En defecto de costumbre o contratos expesos, se observarán las reglas siguientes».

De las disposiciones citadas se desprenden las siguientes reglas: la voluntad se impone sobre la ley y la costumbre. Se aplicará la costumbre en todo lo no regulado por el contrato y los arts. 3123 al 3129C., en defecto de la costumbre o contrato expeso se observarán los arts. 3131 al 3141C; lo cual significa que prevalecen la costumbre y las leyes supletorias.

9. Suministros y gastos del colono

El colono debe suministrar los animales necesarios para el cultivo y abono del predio, la provisión de forraje y los instrumentos necesarios para la labranza. El número de animales debe ser proporcional a los medios que la posesión tenida en la aparcería suministre para alimentarlos. Así lo dispone el art. 3131C.

Son de cuenta del colono los gastos del cultivo ordinario de los campos y de la recolección de los frutos. Así lo dispone el art. 3133C. Son también de cuenta del aparcerero las plantaciones ordinarias (reemplazo de plantas pericadas arrancadas por caso fortuito, las infructíferas, etc.).

Pero le corresponde al arrendador el suministro de las plantas, haces de leña, mimbre y estacas necesarias para aquellas. Si las plantas se tomaren del vivero del predio, no se le debe ninguna indemnización al colono. Así lo dispone el art. 3134C. Las simientes las suministran en común el arrendador y el colono. Así lo dispone el art. 3132C.

Son de cuenta del colono: la limpia de fosos, interiores o adyacentes a la vía pública, los trabajos que pueden ordenarse por los municipios u otras juntas semejantes, para la conservación de los caminos, los acarreos ordinarios para la reparación del predio y edificios, o para el transporte de granos a casa del arrendador. Así lo dispone el art. 3135C.

10. Permiso del arrendador

De acuerdo con el art. 3136C. el colono no puede coger ni segar la mies, ni hacer la vendimia sin advertirlo al arrendador.

11. División de los frutos

Los frutos naturales e industriales se dividen a medias entre el arrendador y el aparcerero. Así lo dispone el art. 3137C. Se puede pactar otra proporción y siempre existe aparcería, pues el art. 3137C. funciona en defecto de la costumbre o contrato, según lo dispone el art. 3130C.

12. Prueba de la aparcería

La aparcería es una especie de arrendamiento y, como consecuencia, toma el carácter consensual del arriendo; pero está limitada la prueba testifical, de acuerdo a las reglas generales de la prueba. Los arts. 3138 y 3139C. regulan las condiciones necesarias para que los libros hagan prueba entre el arrendador y el colono.

13. Duración de la aparcería sin tiempo determinado

De acuerdo con el art. 3140C., la aparcería sin tiempo determinado se considera hecha por un año, que empieza y termina el primero de febrero. Transcurrido el mes de marzo sin que se haya verificado el desahucio o se haya despedido al colono, se supone renovado por otro año.

VIII

CONTRATO DE HOSPEDAJE

SUMARIO: A. Concepto.- 2. Naturaleza jurídica.- 3. Caracteres: A. Es consensual. B. Es de adhesión. C. Es oneroso. D. Es bilateral.- 4. Aplicación de las disposiciones del arriendo.

1. Concepto

De acuerdo con el art. 3090C. este contrato se da cuando alguno presta a otro albergue y alimentos, o solamente albergue, mediante la retribución convenida.

De acuerdo con lo expuesto, el albergue y la remuneración son elementos esenciales del contrato. No pueden faltar. Puede faltar el servicio de garage, la alimentación, los servicios de televisión, etc. y siempre existirá contrato de hospedaje. Por ejemplo, el que llega a comer al hotel o a disfrutar de su bar no celebra un contrato de hospedaje, sino de compraventa.

Pueden ser muy amplios los servicios que brinda el hospedador: servicio de limpieza, teléfono, refrigeradora, ascensor, televisión, bar, garage, calefacción o aire acondicionado, alimentación, etc.

No obstante, en forma sorprendente, los arts. 3094 y 3095C. contemplan la posibilidad de que el contrato sólo otorgue alimentos.

2. Naturaleza jurídica

En torno a su naturaleza jurídica se han formulado una serie de opiniones; a saber:

a) Locación de obra

Se sostiene que el contrato de hospedaje es una locación de obra, porque sin alojamiento no hay contrato de hospedaje.

En el Código Civil de México de 1884, se reguló como una especie de arrendamiento de obra.

b) Locación de cosas

Se considera que lo fundamental es el alojamiento y los otros servicios son accesorios.

Esta opinión parece aceptada por el art. 3090C. De lo que no hay duda en nuestro Código Civil es que el hospedaje es un arriendo, pues se encuentra regulado de este contrato.

c) Contrato innominado

Se considera como contrato innominado en los países que no regulan expresamente el hospedaje, sino en forma parcial en el depósito necesario.

Nuestro Código Civil lo regula en forma repetitiva: en el contrato de arrendamiento y en el depósito necesario. Debe suprimirse, en aras de la pureza de la técnica legislativa, lo regulado en el depósito necesario.

d) Contrato complejo o mixto

Es complejo o mixto porque participa de los caracteres de la venta y del arriendo: de la venta en el suministro de alimento, del arriendo de cosas en el alojamiento y el arriendo de servicios en la prestación de actividades para la realización del fin perseguido (servicio de bar y comida en el cuarto, limpieza, clases de deportes, etc.).

e) Contrato especial

Es un contrato especial, del cual se derivan prestaciones y servicios, que si bien pueden encajar en los contratos tipos de compraventa y arriendo, forman un haz especial que le dan vida propia. Existen solamente un contrato y no dos con vida unidos por un fin, como sucede con el complejo (arriendo y venta).

Este contrato ha adquirido gran importancia, debido al desarrollo del turismo y, por lo tanto, exige una amplia regulación para su debido funcionamiento.

Generalmente se brinda por empresas comerciales. De aquí que el proyecto de Código de Comercio de 1978 lo regule con cierta amplitud y decreta la derogación de las disposiciones consagradas en el Código Civil sobre esta materia.

f) Modalidad de locación de servicios

Algunos códigos siguen esta tesis, como el mexicano de 1932 y el portugués de 1967.

3. Caracteres

Este contrato tiene los caracteres siguientes:

A. Es consensual

Es consensual porque se perfecciona por el simple consentimiento, sin necesidad de otro requisito.

Se puede celebrar en forma expresa o tácita, según se desprende del art. 3091C. Es tácita cuando el que presta el servicio tiene casa pública destinada al hospedaje. De aquí que solicitado y concedido el hospedaje, el pensionista se somete a las condiciones que el hospedador brinda a todas las personas que solicitan hospedaje.

La Corte Suprema ha dicho que si excede de ocho córdobas la renta mensual, debe constar en documento privado, según puede verse en sentencia de las 11 a.m. del 19 de Junio de 1951, B.J.p. 15629. Pero vuelvo a insistir, tal requisito no es necesario, sólo es impeditivo de la prueba testifical.

B. Es de adhesión

Es de adhesión por cuanto el hospedaje tiene sus precios y condiciones fijos y previamente establecidos, sin lugar a discusión, a los cuales debe someterse el pensionista si quiere recibir el servicio.

C. Es oneroso

Es oneroso porque ambas partes se sacrifican mediante el cumplimiento de sus prestaciones.: el hospedador tiene que dar todo el servicio (alojamiento, luz, agua, etc.) y el pensionista un precio.

D. Es bilateral

Es bilateral porque los dos resultan obligados.

A. Aplicación de las disposiciones del arriendo

De acuerdo con el art. 3096C. se le aplican todas las reglas del arriendo en cuanto su naturaleza lo permita.

IX

CONTRATO DE TRANSPORTE

SUMARIO: 1. Concepto.- 2.Naturaleza jurídica.-3. Caracteres: A. Es consensual. B. Es bilateral. C. Es oneroso. D. Puede ser civil o mercantil.- 4. Efectos: A. Obligaciones del porteador. B. Responsabilidad del porteador. C. Obligaciones del arrendatario.-5. Prescripción.- 6. La muerte de las partes no termina con el arriendo.-7. Prevalecen las reglas especiales.

1. Concepto

Es un contrato en virtud del cual una persona llamada porteador o arrendador se obliga a trasladar a personas o cosas de un lugar a otro, por un precio (flete) que debe pagar el otro contratante, denominado cargador o viajero. Si se refiere a personas las partes se denominan porteador o viajero. Cuando el transporte es de cosas, se llama transportador, porteador o conductor, la que realiza el transporte; y cargador o arrendatario el que paga el precio por el transporte.

2. Naturaleza jurídica

Varias opiniones se han manifestado acerca de la naturaleza jurídica del contrato de transporte; a saber: los que consideran que es un contrato de arrendamiento de obra, porque el transportista se compromete a un resultado, el que consiste en que las personas o cosas lleguen a su destino; los que piensan que es una especie de arrendamiento de servicios; y los que estiman que es un contrato especial. La primera de las opiniones es la más aceptada.

3. Caracteres

Presenta los caracteres siguientes:

A. Es consensual

Es consensual porque se perfecciona por el simple consentimiento, sin necesidad de llenar otro requisito.

B. Es bilateral

Es bilateral porque ambos contratantes se obliga; uno a transporte y el otro a pagar por ese servicio.

C. Es oneroso

Es oneroso porque ambas partes se sacrifican mediante el cumplimiento de sus prestaciones.

D. Puede ser civil o mercantil

De acuerdo con los arts. 3097, 3098C. y 369CC. generalmente el contrato de transporte, sea terrestre o fluvial, es comercial. Por eliminación, si no es comercial, será civil

El Código de Comercio regula ampliamente el transporte terrestre, fluvial y marítimo (fletamento) en los arts. 369 a 397, 815 a 879C.C. El transporte aéreo lo regula el Código de Aviación Civil.

4. Efectos

A. Obligaciones del portador

a) Transportar las cosas o personas. El transportador se encuentra obligado a transportar las personas o cosas. Esta obligación se desprende del art. 3097C. y es la principal del porteador.

b) Presentarse en el lugar y época convenientes. Así se desprende del art. 3120 inc. 2C.

B. Responsabilidad del porteador

El Código Civil establece varias disposiciones sobre la responsabilidad del porteador; a saber:

a) De acuerdo con el art. 3099C., los porteadores responden del daño causado a las personas por defectos de los conductores, carruajes, máquinas o caballerías que empleen. El defecto se presume siempre que el porteador no pruebe que el mal aconteció por fuerza mayor.

b) De conformidad con el art. 3100C., también responden de la pérdida y las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que fueron producidas por caso fortuito o fuerza mayor o de vicios de las mismas cosas.

Por el contrario, no son responsables de las cosas que no fueron entregados a ellos, sino a los cocheros, mineros, remeros o dependiente de la empresa, que no estén autorizados para recibirlas. La responsabilidad será exclusiva del que la recibió. Así se desprende de los arts. 3103 y 3104C.

c) Igualmente responden de las omisiones y equivocaciones que hagan en la remisión de los efectos, ya sea porque no los envió en el viaje estipulado, ya sea porque los envió a lugar distinto del convenido. Así lo dispone el art. 3101C.

d) Responden de los daños causados por el atraso en el viaje, ya sea al comenzar-lo o durante su curso, o por mutación del camino, a no ser que pruebe que fue producido por caso fortuito o fuerza mayor. Así lo dispone el art. 3102C.

e) No serán responsables de las penas impuestas por las infracciones de las leyes fiscales y de policía, salvo que tuviere culpa; pero sí de los daños conforme el Código Penal.

La responsabilidad por tales infracciones será del conductor y no del pasajero y de los daños de las cosas conducidas, a no ser que la falta haya sido cometida por estas mismas personas. Lo expuesto se desprende de los arts. 3105 y 3106C.

De acuerdo con el art. 3107C., las personas transportadas no tienen derecho para retardar o acelerar el viaje, ni hacer alteración alguna en la ruta ni en las detenciones y paradas, cuando éstos actos estén marcados por el reglamento respectivo o por el contrato.

f) Deben declarar los defectos de la cabalgadura o de cualquier otro medio de transporte y serán responsables de los daños y perjuicios que resulten de la falta de esta declaración. Así lo dispone el art. 3114C.

Si la cabalgadura muere o enferma, o si en general se inutiliza el medio de transporte, la pérdida será de cuenta del alquilador si no prueba que el daño sobrevino por culpa de otro contratante. Así lo dispone el art. 3115C.

g) Le corresponde junto con el conductor el remedio de los accidentes desfavorables, procurando evitar gravámenes a los pasajeros en cuanto fuere posible. Así lo dispone el art. 3108C.

h) Los empresarios de transporte público tienen la responsabilidad expresada en el art. 3106C., aunque no sean los conductores, salvo el derecho contra éstos. Así lo dispone el art. 3110C.

i) De acuerdo con el art. 3112C., cuando la cosa transportada fuere de naturaleza peligrosa o de mala calidad y el daño se produce como consecuencia de alguna de esas circunstancias, el transportista será el responsable, si tuvo conocimiento de ellas. Si no lo tuvo, la responsabilidad será del cargador, tanto por el daño que se cause en la cosa, como por el recibido en el medio de transporte o en otras personas u objetos. Así lo dispone el art. 3112C.

j) Deben presentarse en el tiempo y lugar convenidos. Si no se presentan en el debido tiempo serán obligados a pagar la mitad del precio o flete, según lo dispone el art. 3120 inc. 1C.

C. Obligaciones del arrendatario

El arrendatario tiene las obligaciones siguientes:

a) Pagar el precio o flete del transporte y los gastos. Ambos serán fijados en el contrato, y a falta de convenios se determinarán de acuerdo con la costumbre. A las mismas reglas se sujeta la época del pago. Así se desprende de los arts. 3116,3117, y 3118C. El porteador tiene derecho a retener los efectos transportados para pagarse lo que por su servicio se le deba, según lo dispone el art. 3118C.

De acuerdo con el art. 3119C. el precio del pasaje de una mujer no se aumenta por el hecho de parir en el viaje, aunque el acarreador haya ignorado que estaba encinta.

b) Presentarse en el lugar y tiempo convenidos, bajo la pena de pagar la mitad del precio o flete. Así lo dispone el art. 3120C.

c) Reparar los daños que cause al transportador. Así lo disponen los arts. 3105 y 3113C.

5. Prescripción

De acuerdo con el art. 3111C. las acciones que nacen del transporte, sean a favor o en contra del empresario, prescriben a los seis meses después de concluido el viaje.

6. La muerte de las partes no termina con el arriendo

De acuerdo con el art. 3121C. la muerte del arrendador o del pasajero no pone fin al contrato, por lo que las obligaciones se transmiten a sus herederos, sin perjuicios de los dispuesto sobre caso fortuito o fuerza mayor.

7. Prevalecen las reglas especiales

Las reglas contenidas en leyes u ordenanzas particulares prevalecen sobre las del Código Civil. Así se desprende de los arts. XIII del Til-Prel.C. y 3122C.

X CONTRATO DE OBRA

SUMARIO: 1. Concepto y elementos.- 2. Caracteres: A. Es bilateral. B. Es oneroso. C. Es conmutativo. D. Es consensual. E. Es de tracto sucesivo.- 3. Paralelo con otras figuras: A. Contrato de trabajo. B. Compraventa. C. Mandato.- 4. Obligaciones del empresario o locador de obra: A. Realizar y entregar la obra. B. Permitir el control de la obra. C. Responsabilidad por destrucción o deterioro de la obra.- 5. Obligaciones del locatario o dueño de la obra: A. Pago del precio. B. Recibir la cosa. C. Cooperación.- 6. Terminación del contrato: A. Cumplimiento del contrato. B. Desistimiento del dueño. C. La muerte del empresario. D. Imposibilidad de ejecutar la obra. E. Resolución del contrato.- 7. Contratos afines: A. Contrato de edición. B. Contrato de representación pública. C. Contrato de espectáculo público. D. Contrato de publicidad. E. Profesiones liberales. F. Contrato deportivo.

1. Concepto y elementos

En virtud de este contrato una de las partes se obliga a realizar una obra y el otro a pagar el precio en dinero. Al primero se le denomina empresario, locador o arrendador y al segundo comitente, arrendatario, locatario o dueño de la obra.

De acuerdo con lo expuesto son dos los elementos de la locación de obra:

a) La realización de una obra, que puede ser material o inmaterial (pintar un cuadro, componer una refrigeradora o carro, la confección de un traje, la hechura de un juego de muebles, la preparación de planos, la construcción de una carretera, cantar, ejecutar el piano, pronunciar un discurso, la enseñanza de un profesor, la actuación en una película, etc.). En todo caso, el objeto debe ser determinado, posible y lícito.

El empresario no puede hacerlo ejecutar por otro, a menos que se pacte lo contrario o lo consienta el dueño; pero en estos casos siempre responde el empresario. Así lo disponen los arts. 3062 y 3068C.

b) El precio.

El precio debe consistir en dinero. Así se desprende de los artículos que regulan este contrato.

2. Caracteres

Este contrato presenta los caracteres siguientes:

A. Es bilateral

Es bilateral porque existen obligaciones recíprocas de los contratantes: el locador debe hacer la obra y el locatario pagar el precio.

B. Es oneroso

Es onerosa porque cada parte sufre un sacrificio representado en la prestación que debe cumplir.

C. Es conmutativo

Es conmutativo porque las partes pueden apreciar y calcular las ventajas y desventajas al momento de celebrarse el contrato. Esa apreciación no depende de sucesos aleatorios.

D. Es consensual

De acuerdo a las reglas generales de la contratación (arts. 2450 y 2481C.) y la que rige sobre el arriendo (art. 2811C.), la locación de obras es un contrato consensual. Sin embargo, cuando la obra recae sobre inmueble, cuyo valor sea mayor de ocho córdobas, debe otorgarse por escrito, en el cual se hará una descripción pormenorizada y si el caso lo requiere se incluirá un plano o diseño de la obra. Así lo dispone el art. 3036C.

E. Es de tracto sucesivo

Es de tracto sucesivo porque su cumplimiento y efecto se prolongan más allá de la fecha de su celebración.

3. Paralelo con otras figuras

Tiene importancia teórica y práctica determinar las diferencias y semejanzas con otros contratos, con los cuales muchas veces se puede confundir.

A. Contrato de trabajo

La locación de servicios fue suprimida de nuestro Código del Trabajo, por lo que el estudio debe hacerse con relación al contrato de trabajo.

Esta eliminación puede dar lugar a que surjan problemas con relación a las disposiciones aplicables a ciertos servicios que no se sujetan al Código de Trabajo. Para la solución de esos casos deben aplicarse los principios que inspiraron a los artículos derogados, las reglas del contrato de obra y del arriendo en general en cuanto sean compatibles.

Tanto en el contrato de trabajo como en el de obra, el que da su trabajo realiza uno o varios servicios a favor del otro contratante a cambio de un precio (el mecánico que compone el automóvil, el fontanero que compone la cañería, el electricista que compone el sistema eléctrico, el carpintero que hace el juego de muebles, etc.). Esta semejanza estructural de ambos contratos, hace difícil distinguir cuando nos encontramos ante un contrato de trabajo o de obra, lo que tiene importancia practica, es que cada uno se somete a régimen diferente: el contrato de trabajo al Código del Trabajo y el de obra al Código Civil.

Nuestro Código del Trabajo siguió la teoría de la dependencia o subordinación para determinar la relación laboral. Si existe dependencia surge la relación laboral; por el contrario, si no existe, aparece la locación de obra. En el contrato de obra el arrendador la ejecuta por su cuenta y riesgo y sin la dirección del dueño.

B. Compraventa

La diferencia del contrato de obra con la compraventa es evidente, ya que en éste el objeto consiste en la trasmisión del dominio de una cosa, mientras que en aquel consiste en la ejecución de servicios.

No obstante, se pueden confundir ambos contratos cuando el que ejecuta la obra provee todos o parte importante de los materiales. Si el arrendatario provee tales materiales no hay duda de que existe locación de obra; pero surge la duda cuando el proveedor es el que ejecuta la obra.

Diversos criterios se han formado en torno a tal problema, a saber:

a) Los que consideran que, a pesar de ser el ejecutor de la obra el proveedor de los materiales, siempre hay locación de obra, por cuanto el trabajo o servicio es el objeto principal del contrato, mientras que en la compraventa el objeto es una cosa; aunque en ambos contratos se trasmite el dominio de la cosa.

b) Los que consideran que existe venta cuando los materiales o materia principal los suministra el ejecutor de la obra, porque el trabajo es menos importante que la obligación de entregar la obra. Sólo existe locación de obra, cuando los suministra el dueño de la obra (el terreno para construir el edificio, la tela al sastre para confeccionar el traje, etc.).

c) Los que consideran que existe un contrato mixto de venta y locación cuando el ejecutor de la obra suministra los materiales. Si el carpintero construye las sillas con sus materiales y las entrega al que se las encargó hace una venta de materiales y un arrendamiento de servicios. Como consecuencia, produce los efectos combinados de ambos contratos.

d) Los que consideran que es un contrato mixto sucesivo es arrendamiento de servicios antes de la entrega y compraventa en la entrega. En la primera etapa deben aplicarse las reglas de la locación de obras; por el contrario, en la segunda etapa, deben aplicarse las reglas de la venta.

e) Los que consideran que la calificación depende del elemento preponderante. Si el trabajo es más importante que la materia, habrá locación de la obra. Por el contrario, si los materiales son más importantes que el trabajo, habrá venta. Por ejemplo, hay venta si adquiero un juego de sillas hecho, pero le pido al carpintero que le cambie el color.

Las dos primeras son las más aceptadas por las legislaciones, y en la doctrina los autores se han dividido con relación a todas ellas.

Nuestro Código Civil en forma contradictoria acoge los dos primeros sistemas. En el art. 3034C. se dispone que hay locación de obra ya sea que ponga o no los materiales el empresario. Por el contrario, la primera parte del art. 3044C. dispone que existe venta cuando el empresario pone los materiales. La contradicción proviene del origen diferente de tales disposiciones. El primero fue tomado del Código Civil de México, en el cual existe locación de obra y no venta, aunque el empresario suministre los materiales. La primera parte del segundo fue tomado del Código Civil de Chile, en el cual existe venta y no locación de obra cuando el empresario pone los materiales.

Me inclino a pensar que ante tal contradicción debe acogerse el sistema mexicano pues a él responde la totalidad de los artículos restantes de nuestro Código Civil, que fueron copiados del mexicano. El otro sistema a nuestro parecer es un injerto inadecuado.

C. Mandato

Tanto en la locación de obra como en el mandato, existe una persona que ejecuta un trabajo por encargo de otra, lo que da pie para que pueden confundirse ambas figuras, las que en realidad son diferentes.

Son varios los elementos que contribuyen a la distinción; a saber:

a) El mandato como regla general es gratuito, salvo convenio o disposición de la ley; en cambio la locación de obra no lo es.

b) El mandatario actúa frente a terceros por cuenta o encargo del mandante, con o sin su representación; en cambio el locador de obra actúa para sí bajo su responsabilidad y sin representación del dueño para ejecutar la obra y vincularse a terceros.

c) El mandato tiene por objeto la realización de actos jurídicos o económicos; en cambio la locación de obras tiene por objeto la realización de hechos simples, materiales o no.

d) El mandato y el contrato de trabajo pueden coexistir; en cambio la locación de obra excluye al contrato de trabajo sobre un mismo objeto y persona.

4. Obligaciones del empresario o locador de obras

El empresario o locador de obras tiene las obligaciones siguientes: realizar y entregar la obra, permitir el control de la obra y responder de la destrucción o deterioro de la obra.

A. Realizar y entregar la obra

La principal obligación del empresario es realizar y entregar la obra, pues constituye el objeto de este contrato. Pero esta entrega debe hacerse en la forma y tiempo convenidos.

a) Ejecutar la obra en la forma debida.

La obra debe ejecutarse en la forma convenida. Así lo dispone el art. 3069C. A falta de convenio debe realizarse de acuerdo a los principios que rigen la profesión u oficio del empresario. No lo dice expresamente la ley, pero así lo exige la naturaleza del objeto de este contrato. En general deben regir dichos principios, pues toda obra debe realizarse de acuerdo con ellos.

La obra debe ser ejecutada personalmente por el empresario, sin perjuicio de emplear obreros para ello. Así lo disponen los arts. 3062 y 3068C., apartándose de la solución general de la doctrina seguida por el art. 1850C. para las obligaciones de hacer, en las que se pueden delegar la ejecución de la obra, salvo que la persona del deudor fuere indispensable para ello. Si el contrato lo permite, debe respetarse el pacto, pues es un derecho del dueño de la obra, al que puede renunciar.

De acuerdo con el art. 3069C. se puede pactar que la ejecución de la obra quede a la entera satisfacción del dueño., pero en tal supuesto la aprobación no puede ser ca-

prichosa o arbitraria; por lo que en caso de conflicto debe ocurrirse al Juez para que auxiliado de peritos decida el caso. No puede el acreedor rechazar arbitrariamente la obra o formular exigencia excesivas.

El empresario que incumple su obligación o su cumplimiento es defectuoso incurre en sanciones, dando lugar al nacimiento de diferentes acciones y derechos a favor del dueño de la obra, las cuales no tienen una reglamentación especial, sino que surgen de la aplicación de las reglas generales de los contratos y obligaciones, especialmente las de hacer, según se dispone en el art. 3069C. Como consecuencia, el dueño de la obra tiene derecho a:

i) Retener el pago del precio. El dueño de la obra puede rehusar el pago del precio, ya sea por inejecución total o parcial o ya sea por ejecución defectuosa de la obra. Si los defectos o vicios fueren insignificantes o de poco valor, sólo está autorizado para exigir la reparación de las deficiencias y retener para ello la suma necesaria. Esta es una aplicación de la excepción del contrato no cumplido.

ii) Demandar el cumplimiento del contrato junto con los daños y perjuicios. El dueño de la obra puede demandar, de acuerdo con el art. 1885C., el cumplimiento del contrato junto con los daños y perjuicios.

iii) Demandar la resolución del contrato junto con los daños y perjuicios. De acuerdo con el art. 1885C. el dueño de la obra tiene derecho para pedir la resolución del contrato junto con los daños y perjuicios. Es posible consignar en el contrato el pacto comisorio.

iv) Hacer ejecutar la obra por un tercero. Si el empresario no ejecuta la obra, el dueño puede hacerlo por medio de un tercero a costa de aquel; salvo que por ser personalísimo el hecho no pueda ser ejecutado por terceros. Así se desprende de los art. 1849 al 1853C.

v) Destruir la obra mal ejecutada. De acuerdo con el art. 1849C. el dueño puede pedir la destrucción de la obra mal ejecutada y mandarla ejecutar a su costo. Para que prospere esta acción es preciso que el defecto sea sustancial, pues los secundarios o de poca importancia no pueden dar lugar a ella.

En estos casos de vicios secundarios, el dueño también puede tener otras posibilidades: rehusar el pago del precio proporcional a los vicios o demandar el pago de los daños y perjuicios.

b) Concluir la obra en el tiempo pactado

El empresario debe concluir la obra en el tiempo convenido. Si no se señaló en el contrato será fijado por peritos el que razonablemente fuere necesario. Así lo dispone el art. 3055C. Si la obra no es ejecutada en el tiempo señalado, el dueño tiene derecho a:

i) Pedir los daños y perjuicios por el retardo

ii) Pedir la resolución del contrato junto con los daños y perjuicio esto se lo permite el art. 1885C.

También tiene derecho a hacer ejecutar la obra por un tercero. Esta acción se concede cuando es evidente que la obra sólo puede ser concluida con gran retraso.

c) Entregar la obra en el plazo pactado

El empresario no sólo debe concluir la obra en el tiempo pactado, sino también entregarla en dicho plazo. La falta de entrega da lugar a que el dueño puede pedir dicha entrega con los daños y perjuicios, de acuerdo con los arts. 1885 y 3056C.

B. Permitir el control de la obra

El dueño tiene derecho a verificar el desenvolvimiento de la obra. Así lo requiere la naturaleza del contrato y ayuda a evitar conflictos y daños. Los gastos de esta verificación los asume el dueño.

C. Responsabilidad por la destrucción o deterioro de la obra

Es posible que antes de la entrega se deteriore total o parcialmente la obra por caso fortuito o fuerza mayor. Para determinar a quien corresponde los riesgos hay que hacer la distinción siguiente:

a) Cuando el empresario se obliga a suministrar los materiales, el riesgo de la obra correrá por su cuenta, a no ser que:

i) Hubiere morosidad del dueño en recibir la obra. Este es un caso de mora del acreedor que lo obliga a asumir los riesgos.

ii) Exista pacto por medio del cual el dueño asume los riesgos. Este pacto es perfectamente válido.

Estos principios están consagrados en el art. 3044C., que aplica la regla de que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*).

Lo expuesto anteriormente significa que el empresario pierde su trabajo y los materiales empleados, sin derecho a indemnización o a estipendio alguno, pues eso significa asumir el riesgo, salvo en los casos de excepción.

Es conveniente advertir que cuando hay culpa por parte del empresario (malos materiales, pemos no idóneos, etc.), mayor razón existe para no reclamar nada. Por el contrario, si la cosa se destruye por culpa del dueño, el empresario tendría derecho a reclamar el valor de su trabajo, los materiales y los daños y perjuicios.

b) Cuando el empresario se obliga a poner únicamente su trabajo o industria, el riesgo lo asume el dueño, a no ser que:

i) Por culpa o impericia del empresario se haya destruido.

ii) Sea moroso el empresario en entregar la obra.

Así lo dispone el art. 3045C.

iii) Cuando la destrucción provenga de la mala calidad de los materiales proveídos por el dueño, salvo que se le haya advertido oportunamente a éste el peligro a que quedaba expuesta la obra, lo que debe ser probado. El empresario, como técnico que es, tiene el deber de avisarle al locatario la mala calidad de los materiales para que los cambie. Así lo establece el art. 3048C., que también aplica la regla de que las cosas perecen para su dueño.

El art. 3049C. dispone que cuando el empresario, en los casos ya vistos, asume el riesgo, no tiene derecho a indemnización alguna, o sea, carece de derecho para reclamar el valor de su trabajo, salvo en los casos siguientes: cuando el locatario está en mora de recibir y cuando se le previno oportunamente al dueño sobre la mala calidad de los materiales.

De acuerdo con nuestro Código Civil, como norma general, una vez entregada la cosa cesa la responsabilidad del empresario. No obstante, de conformidad con el art. 3050C., cuando se trata de un edificio, haya o no puesto los materiales de la casa (total o parcialmente) responderá durante diez años, contados desde la entrega de la obra, en los casos siguientes:

i) Si el edificio se arruina por vicios de la construcción. La ruina puede ser causada por la mala calidad o defecto de los materiales, por haberse apartado de los planes y de las leyes que regulan la construcción y, en fin, de los principios que regulan el oficio o profesión del empresario.

ii) Si el edificio se arruina por vicios del suelo. Puede provocar la ruina si el suelo no es apto para el tipo de construcción o cuando no se preparó para darle la consistencia necesaria y levantar la obra. La doctrina ha considerado vicios del suelo la ineptitud de un muro de un edificio viejo para soportar una nueva construcción.

De acuerdo con la citada disposición, el empresario se exime de responsabilidad si le dio aviso al dueño sobre los vicios del suelo, a pesar de que en la doctrina general y en el art. 280 del Proyecto de Freitas no se acepta tal exención.

Pero calla con relación a los materiales, lo que da lugar para pensar que aunque avise sobre la mala calidad de ellos no se exime de responsabilidad. La

verdad es que el tema es muy debatido y la doctrina ha formulado una buena cantidad de opiniones. Se expresa, por ejemplo, que jamás puede liberarse el empresario; que solamente queda liberado si los materiales los puso el dueño; que si el empresario los puso no queda liberado, a menos que le haya advertido de previo al dueño que eran los únicos que se podían adquirir.

El concepto de ruina del art. 3050C. es amplio, pues comprende la caída o peligro de la caída parcial o total del edificio y los daños graves que sufra.

También establece una solidaridad legal entre el arquitecto y el empresario cuando las culpas de ambos han concurrido para causar la ruina. Si el empresario es también arquitecto, sólo él asume las responsabilidades. El empresario también responde solidariamente con el arquitecto, si los errores de los planos son burdos, pues tiene el deber de rechazarlos.

Si el arquitecto se limitó a hacer los planos, solamente responde de los errores o defectos del plano y de los vicios del suelo, pues debe tener conocimiento de las condiciones de éste para saber si puede soportar la construcción; pero no responde por los defectos de la ejecución de la obra, de la cual responde el empresario.

Si el arquitecto o ingeniero se limitó a vigilar la ejecución de la obra hecha en base a planos confeccionados por otro profesional, responde por los vicios en la ejecución de la obra, por los malos materiales, por los vicios del suelo y por los errores burdos de los planos. Esta responsabilidad es compartida solidariamente junto con el empresario y el arquitecto.

En algunos casos es posible que la pérdida sea compartida con el locatario que entregó los planos y los materiales, o cuando consintió la ejecución de la obra.

La mayoría de la doctrina sostiene que la responsabilidad proveniente del art. 3050C. es de orden público, pues la ruina de un edificio afecta a la seguridad pública. De aquí que no se admita la cláusula que exima o disminuya la responsabilidad del empresario o arquitecto. Pero debemos advertir que el tema es controvertido y no faltan opiniones en contrario.

No obstante, todo lo expuesto anteriormente, de acuerdo con el art. 3051C., la responsabilidad consagrada en el art. 3050C., no comprende al arquitecto y empresario que vende una casa ya formada, ni a los demás artesanos, después de entregada y pagada la obra, salvo pacto en contrario. Aquí la ley le pide al comprador que emplee toda su diligencia para examinar el edificio que quiere comprar.

5. Obligaciones del locatario o dueño de la obra

El locatario o dueño de la obra tiene las obligaciones siguientes: pagar el precio; recibir la cosa; cooperar en la ejecución de la obra.

A. Pago del precio

El precio puede ser fijado de la manera siguiente:

a) Un precio fijo único por la obra.

En este caso las alteraciones en los precios de la mano de obra o de los materiales perjudican o benefician al empresario. El art. 3057C. dispone que el empresario no tiene derecho para exigir el aumento del precio pactado por una suma determinada, aunque los hayan tenido los materiales y la mano de obra.

Cuando hay cambio o aumento en el plano, tampoco puede existir variación en el precio, salvo que lo consienta el dueño. Así lo dispone el art. 3058C.

De acuerdo con el art. 3059C. si el empresario sólo pone su industria o trabajo, las variaciones en los precios y en el plano los asume el dueño de la obra.

Es posible que se deje un margen al empresario para pedir aumento del precio.

b) Por medida.

En este sistema se fija el precio por unidad de medida (a tanto el kilómetro de un camino de diez kilómetros, a tanto el metro cuadrado de una pared, etc). También aquí el precio es invariable como en el caso anterior.

La rigidez del precio consagrado en los arts. 3057 y 3058C es una aplicación del principio de que lo pactado en el contrato es ley para las partes, la cual debe ser cumplida exactamente y sin pretexto alguno, según lo establece el art. 2479C.

No obstante, un considerable sector doctrinal acepta la revisión del contrato de obra, si resulta excesivamente oneroso al empresario en virtud del aumento de los materiales o mano de obra.

El arquitecto no puede cobrar el plano fuera de los honorarios de la obra cuando él mismo ejecuta la obra, pero podrá cobrarlos si ésta no se realiza por culpa del dueño, a no ser que se haya pactado que no lo pagará, si no se conviene aceptarlo. Así lo dispone el art. 3039C.

De acuerdo con el art. 3040C. si se ha girado invitación para que varios peritos hagan el plano y escoger al que parezca mejor, ninguno tendrá derecho a cobrar honorarios, pero el arquitecto, cuyo plano fuere aceptado, tiene dere-

cho a cobrar los honorarios cuando la obra se ejecuta de acuerdo a él. Así lo disponen los arts. 3041 y 3042C.

Cuando al encargarse la obra no se ha fijado precio, se tendrá por tal, si no se pusieran de acuerdo las partes, el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra y a falta de éste, el que fijen los peritos. Así lo dispone el art. 3043C.

El precio de la obra se pagara cuando ésta sea entregada, salvo convenio en contrario; según lo dispone el art. 3070C.

El dueño puede negarse a entregar el precio si no se le entrega la obra (excepción de contrato no cumplido y el empresario puede retener la entrega de la obra sobre muebles mientras no se le pague el precio, según se lo permite el 3071C.

Cuando se pacta el pago en forma anticipada, el empresario puede suspender los trabajos y oponerse a toda demanda de cumplimiento mediante la excepción de contrato no cumplido.

Si se pactó la obra por pieza o medida se le puede exigir al dueño que la reciba en parte y la pagará en proporción de lo recibido. Así lo dispone el art. 3052C.

De acuerdo con el art. 3053C. la parte pagada se presume aprobada y recibida por el dueño; pero no funciona esa presunción por el sólo hecho de que el dueño haga adelantos a buena cuenta del precio de la obra, sino se expresa que el pago se aplica a la parte ya entregada.

Lo dispuesto anteriormente, en los arts. 3052 y 3053C., no se aplicará cuando las piezas que se manden a construir no puedan ser útiles sino formando reunidas un todo.

Recibido el precio, ya no cabe reclamación sobre el mismo, salvo que al recibirse las partes se hayan reservado el derecho a reclamar. Así lo dispone el art. 3073C.

De acuerdo con el art. 3074C. el precio lo puede fijar un tercero, pero si éste muere antes de procederse a la ejecución de la obra, será nulo el contrato; si muere después de haberse procedido a la ejecución de la obra, se fijará por medio de peritos.

El Código Civil no señala el lugar donde debe hacerse el pago, por lo que se hará conforme a las reglas generales del pago consagradas en los arts. 2031 al 2033C., entre otros.

B. Recibir la cosa

El dueño está obligado a recibir la obra. La negativa en recibir lo coloca en mora, la que acarrea las consecuencias ya estudiadas.

C. Cooperación

El dueño de la obra debe cooperar con el empresario a fin de ponerlo en condiciones de ejecutarla (proporcionarle los planos, los materiales, instrumentos y permisos prometidos, verificar en la época convenida, pagar las cuotas pactadas, abstenerse de perturbar el normal desenvolvimiento de la obra, etc.).

El empresario puede obligar al dueño a que cumpla con esta obligación por medio de la excepción del contrato no cumplido, salvo que el deber de cooperación exigido sea de poca importancia. También puede pedir en determinado caso la resolución del contrato (falta de entrega de los materiales, planos, etc.). No obstante, una pequeña retardación no perjudicial no puede dar pábulo para pedir la resolución.

6. Terminación del contrato

El contrato de obra se extingue: a) por su cumplimiento; b) por la voluntad de las partes; c) por la confusión de las calidades de dueño y empresario; d) por el desistimiento del dueño; e) por la muerte del empresario; f) por imposibilidad del empresario; g) por la resolución del contrato.

El Código Civil solo regula la extinción por desistimiento y muerte. Los otros resultan por aplicación de los medios de extinguir las obligaciones o contratos.

A. Cumplimiento del contrato

Entregada la obra y pagado el precio, el contrato llega a su fin natural, por haber cumplido su función negocial. El dueño, antes de recibir la obra debe proceder a revisarla para comprobar si se cumplieron las condiciones establecidas en el contrato.

B. Desistimiento del dueño

El dueño puede desistir de la continuación de la obra comenzada. Cuando se pactó la obra por un precio fijo, el dueño que desiste debe pagar al empresario los gastos, trabajo y utilidades que pudiere haber sacado de la obra. Si se ajustó por honorarios, sólo se pagarán, además de los vencidos, los que corresponden a un mes, contados desde la suspensión de la obra. Así lo disponen los arts. 3063 y 3064C.

De acuerdo con el art. 3065C., una vez que desiste y paga, queda en libertad de continuar la obra, empleando a otras personas y el mismo plano.

Un sector doctrinal estima que el desistimiento es otro caso excepcional que permite a uno de los contratantes poner término en forma unilateral al contrato.

C. La muerte del empresario

La muerte del empresario produce la extinción del contrato; pero no la del dueño, según lo dispone el art. 3066C. Así lo exige el carácter *intuitu personae* de este contrato.

D. Imposibilidad de ejecutar la obra

Si por caso fortuito o fuerza mayor el empresario se encuentra imposibilitado de continuar la obra se extingue el contrato, con las consecuencias ya estudiadas.

E. Resolución del contrato

El contrato se puede resolver cuando las partes no cumplen sus obligaciones. No todo incumplimiento da lugar a la resolución. Debe ser un incumplimiento grave y no de escasa importancia (pequeña demora en la entrega de los materiales, etc.).

7. Contratos afines

Existe un grupo de contratos que guardan gran afinidad con el de obra. Estos son el de edición, el de representación pública, el de espectáculo, el deportivo, el de publicidad y el celebrado por los profesionales. De ellos trataremos brevemente.

A. Contrato de edición

En nuestro Código Civil apenas se hacen breves referencias a este contrato, por lo que se le tiene como un contrato innominado.

En virtud de este contrato, el propietario de una obra intelectual (libros literarios, artísticos y científicos, grabaciones fonográficas, fotografías, etc.). la entrega a un editor para que la imprima, distribuya y venda, obligándose a pagarle a aquel un porcentaje sobre cada ejemplar o sobre el producto líquido de la venta. Este contrato puede ser objeto de cesión con el consentimiento del dueño de la obra.

Se termina, entre otras causas, por el agotamiento de las ediciones convenidas, pérdidas de la obra o vencimiento del plazo.

B. Contrato de representación pública

En virtud de este contrato el autor de la obra la entrega al empresario para su representación pública en teatros, radios, cines y televisión, o en otros medios de reproducción mecánica. El autor recibe una participación del producto de la representación o una suma fija, o bien nada cuando es gratuita.

C. Contrato de espectáculo público

Este es un contrato de adhesión que se celebra entre el empresario del espectáculo público (teatro, cine, circo, juegos deportivos, conferencias, etc.) y el espectador; sobre su naturaleza jurídica se han formulado varias tesis: se estima como locación (se adquiere un asiento por un precio); como una venta; y como un contrato de obra.

D. Contrato de publicidad

En virtud de este contrato uno de los contratantes se compromete a hacer anuncios públicos por el encargo de otras personas (comitentes) a cambio de una retribución en dinero. Este es un contrato de obra. En la vida moderna ha adquirido gran importancia.

Con cierta frecuencia los interesados encargan a la agencia de publicidad sus campañas publicitarias, quienes a su vez contratan con los medios de publicidad. En tal caso existe un contrato de obra entre el agente y el anunciante y un subarriendo entre el agente y el que hace la publicidad (subcontratista).

E. Profesiones liberales

a) Concepto

Son aquellas que requieren largos estudios y títulos universitarios, como, por ejemplo, los que hacen los médicos, abogados, arquitectos, dentistas, etc. Se denominan liberales porque su ejercicio es libre.

b) Su naturaleza jurídica

Se han dado varias opiniones sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados por los profesionales liberales; a saber:

i) Teoría del mandato. Para ésta teoría, las relaciones que surgen del ejercicio de las profesiones liberales dan origen a un mandato, pues no es posible asimilarlas al arrendamiento de servicios o a la locación de obra.

Se estima que los servicios profesionales son inestimables, por lo que no pueden dar lugar a un precio o alquiler; lo que descarta la posibilidad de estimar como una locación de servicio.

Esta teoría es sostenida en el Derecho romano por Gayo y Justiniano, y en el Derecho francés por Pothier y Troplong. Actualmente se encuentra abandonada, por cuanto en realidad los profesionales (médicos, arquitectos, dentistas, etc.) no son mandatarios de sus clientes, ni los representan, pues ejercen su profesión en su propio nombre y responsabilidad.

ii) Locación de servicios. Para esta teoría existe una locación de servicios; pero estos son de carácter intelectual. Es seguida por la mayoría de los civilistas.

iii) Locación de obra. Algunos autores consideran que existe una locación de obra, pero realmente se presentan muchas diferencias entre ambos contratos.

iv) Contrato multiforme. Para otros, existe un contrato multiforme que puede asumir, según el tipo de la relación, el carácter de un contrato de locación de servicios, de un contrato de locación de obra, o de un mandato. Veamos algunas profesiones:

- Abogado y Notario.

Si el Abogado y Notario colabora permanentemente en forma subordinada para una persona, la relación que surge entre ellos es producto de un contrato de trabajo regido por el Código del Trabajo. Es posible que este profesional se encuentre sometido bajo esta misma relación laboral con otro colega. Son los que trabajan al servicio de otros colegas.

Si el Abogado y Notario se obliga a atender todos o algunos de los asuntos de otras personas, dentro de un plazo o sin fijación de plazo, por una suma mensual, semestral, etc., estamos en presencia de un contrato de locación de servicios. También surge este contrato cuando asiste a las partes o son apoderados en el juicio.

Si el Abogado y Notario emite una consulta o dictamen, o redacta un contrato, ejecuta una locación de obra.

Existe mandato si se le confiere poder judicial al abogado.

- Médicos, Dentista.

Los servicios de éstos profesionales pueden dar lugar a una locación de obra o de servicios, pero no a un mandato. Hay locación de servicios cuando se

compromete a atender a una o a varias personas por una suma fija o por visita, con plazo o sin plazo. Existe el contrato de trabajo cuando el profesional se encuentra en una relación de subordinación con el empleador.

-Ingenieros y arquitectos.

Existe locación de obra cuando el profesional se obliga, por ejemplo, a confeccionar planos, proyectos y anteproyectos de una construcción, a hacer una mensura, dirigir técnicamente una construcción, etc. Surge la locación de servicios cuando se obliga a asesorar a otra persona por un sueldo. Cuando el profesional se liga en forma subordinada surge un contrato de trabajo.

Nuestro Código Civil acoge en el art. 3302C. la teoría del mandato, por cuanto sujeta a las reglas de ese contrato los servicios dados por los profesionales. También aplica, en cuanto no se opongan a las reglas del mandato, las reglas del arrendamiento de servicio, por expresa disposición del art. 3074C. Pero el arrendamiento de servicios fue suprimido del Código Civil. No obstante, pueden aplicarse los principios generales en que se inspiraba para resolver ciertos conflictos.

F. Contratos deportivos

En la actualidad el deporte adquiere gran importancia y extensión, dando origen a un nuevo tipo de contrato, en virtud del cual el deportista se vincula con los clubes, promotores, managers, etc. Sobre su naturaleza jurídica se han formulado varias opiniones. No es un locación de obra. Dos son los dominantes:

a) Se estima que es un contrato de trabajo

Se desecha esta opinión porque en realidad existen diferencias entre ambos contratos:

i) En el contrato de trabajo hay subordinación laboral; en cambio en el deportivo no existe; y la disciplina que se le exige al deportista es para beneficio de su preparación física.

ii) El deportista puede ser sancionado por su indisciplina, no sólo por el empleador, sino por las entidades estatales u organismos internacionales (FIFA, CONCACAF)

iii) Se estima que es un contrato atípico

Esta opinión goza de gran simpatía y a ella nos adherimos.

El boxeo es un deporte en el cual las partes se propinan golpes y el resultado favorable depende de la efectividad y técnica con que se propinan, por lo

que ambas partes se esfuerzan en castigarse duramente para obtener la victoria; lo que en ciertas ocasiones provoca la desfiguración de rostro, la demencia traumática y hasta la muerte. Lo expuesto ha dado pie para que cierto sector de la ciudadanía pida su supresión y los juristas discutan sobre la validez del contrato celebrado para una pelea profesional.

La opinión mayoritaria se pronuncia en contra de la validez. Pero existen otros que sostienen que el boxeador que no cumple con el contrato debe indemnizar el daño emergente (interés negativo), pero no en el lucro cesante. En cambio es válido el contrato que vincula al manager o entrenador con el boxeador.

Carece de validez la cláusula que exime de los daños y perjuicios ocasionados por los golpes prohibidos, propinados en forma culpable o dolosa.

CAPITULO VI LA SOCIEDAD

SUMARIO: 1. Concepto.- 2. Caracteres: A. Es un contrato. B. Es un contrato consensual. C. Es contrato oneroso. D. Es conmutativo. E. Es bilateral o plurilateral. F. Es un contrato de confianza. G. Es un contrato preparatorio. H. Es de tracto sucesivo. I. Crea una persona jurídica. J. Es un contrato que celebran dos o más personas. K. Es un contrato de gestión colectiva.- 3. Elementos de la sociedad. A. Consentimiento. B. Aportación social. C. Reparto de utilidades. D. Objeto social.- 4. Sociedad de hecho o irregular: A. Ideas generales. B. Sociedad de hecho por uniones extramatrimoniales. C. Sociedad de hecho por falta de prueba.- 5. Nulidad por objeto ilícito.- 6. Clases de sociedades.- 7. Sociedades civiles y comerciales.-8. Sociedades universales.- 9. Sociedades particulares.- 10. Obligaciones y derechos de los socios. A. Aportación Social. B. Evaluación del aporte. C. Evicción y vicios ocultos. D. Mora por falta de aporte y por distracción de fondos. E. Derechos a las utilidades y aportes. F. Deber de fidelidad. G. Administración de la sociedad. H. Relaciones de los terceros con la sociedad y los socios. 11. Disolución de la sociedad: A. Ideas generales. B. Causas de la disolución.

1. Concepto

La sociedad es un contrato en virtud del cual dos o más personas ponen en común sus bienes o industrias con la finalidad de dividir entre sí las ganancias obtenidas por las actividades de la sociedad.

El art. 3175C. define a la sociedad diciendo: «Se llama sociedad el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industrias, ponen en común con otra u otras personas, esos bienes o industrias, o los unos y los otros juntamente con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas».

2. Caracteres

A. Es un contrato

Es un contrato, con características propias. No existe un intercambio de prestaciones entre las partes, pues esas prestaciones se aportan a la sociedad para que ésta funcione y cumpla el interés común de los socios (obtener ganancias), existe un fuerte sector doctrinal que le niega el carácter de contrato.

B. Es un contrato consensual

Es consensual porque generalmente se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin ninguna otra formalidad. No obstante, se exige la escritura pública como solemnidad: cuando su objeto o capital excede de ocho córdobas, y cuando se aportan

inmuebles o derechos reales sobre los mismos, aunque no exceda de dicha suma. Lo expuesto se desprende de los arts. 3182, 3183 y 3184C.

C. Es un contrato oneroso

Es un contrato oneroso por cuanto todos los socios hacen un sacrificio mediante la aportación de sus prestaciones a la sociedad.

D. Es conmutativo

Por cuanto se puede determinar al momento de celebrar el contrato la extensión o cuantía del aporte.

E. Bilateral o plurilateral

En el contrato de cambio las partes solamente son dos, aunque cada una de ellas se forme con varias personas (por ejemplo, dos vendedores o dos compradores). Por el contrario, en el contrato de sociedad las partes pueden ser dos o más, lo que da lugar a la existencia de sociedades bilaterales o plurilaterales. En el primer caso, un socio tiene jurídicamente por contraparte al otro socio. En el segundo, cada socio tiene jurídicamente por contraparte a los restantes.

F. Es un contrato de confianza

Es un contrato que se celebra en atención a las personas (*intuitu personae*).

G. Es un contrato preparatorio

Este contrato no se agota con la aportación de los socios y creación del ente social, pues está destinado a celebrar otros contratos.

H. Es de tracto sucesivo

Por cuanto la calidad del socio, junto con sus obligaciones y derechos, subsiste mientras dure la sociedad.

I. Crea una persona jurídica

El contrato de sociedad crea una persona jurídica diferente de los socios. Así lo expresa el art. 3188C. y 119C.C Como consecuencia, tenemos:

a) El art. 3189C. preceptúa que la sociedad puede ser deudora o acreedora de los socios. Los derechos y las obligaciones de éstos son independientes de los de aquella y no se identifican, sino en los casos expresamente prevenidos por la ley.

- b) Los aportes son adquiridos por la sociedad.
- c) La sociedad puede adquirir bienes y contraer obligaciones.
- d) La sociedad puede ser representada fuera de juicio o dentro de éste.

No es necesaria la inscripción en el Registro para que surja la sociedad con personalidad jurídica. Así se desprende del art. 3226C.

Las sociedades no han tenido personalidad jurídica en todos los tiempos, ni en todas las legislaciones. La personalidad jurídica, pues no ha tenido aceptación general como elemento accidental; aunque debe reconocerse que en la doctrina y legislaciones latinas la personalidad goza de arraigo y aceptación.

Tres sistemas se han formulado con relación a la personalidad de las sociedades:

a) Legislaciones que no le conceden personalidad de las sociedades. Se citan como ejemplos las de Alemania y Uruguay, aunque reconocen personalidad jurídica a las sociedades de capital (anónima). Es conveniente recordar que en el Derecho romano las sociedades civiles no tenían personalidad jurídica.

b) Legislaciones que la conceden tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles. Se citan como ejemplos los Códigos de Chile, Colombia y Honduras.

c) Legislaciones que como norma general la conceden, pero en ciertos supuestos la niegan. Se citan como ejemplos, el Código Civil español y el Código de Comercio panameño.

Otras legislaciones, como la francesa, callan, así en materia civil como en materia mercantil, sobre la concesión de la personalidad a las sociedades. Pero la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina de los autores se la han concedido a ambas. Los autores italianos le niegan personalidad jurídica a las sociedades civiles.

Nuestro Código Civil y de Comercio le conceden personalidad jurídica a las sociedades, como puede verse en los arts. 3188C. y 119C.C. No obstante, el Código Civil en el art. 2161C. estima a la aparcería por mitad como una sociedad sin personalidad jurídica y en el art. 2185C. le niegan personalidad jurídica a la sociedad cuyo pacto mantengan en secreto las partes; y el Código de Comercio reconoce a las asociaciones comerciales momentáneas y en participación, pero les niega personalidad jurídica. Por otra parte, ambos códigos reconocen la existencia de las sociedades de hecho, permitiendo la liquidación de su capital y utilidades.

Lo expuesto nos lleva a concluir que nuestra legislación sigue el último sistema.

J. Es un contrato que celebran dos o más personas

No puede existir con un sólo socio. Modernamente dentro del campo mercantil se acepta a la sociedad de un sólo socio, pero tal opinión es enérgicamente atacada.

El doctor Cuadra Zavala, de acuerdo con el art. 270C.C., sostiene que es posible la existencia legal de una sociedad que queda reducida a un solo socio después de constituida, si este no pide su disolución, según puede verse en el Tomo Ip. 253, de Las Sucesiones.

K. Es un contrato de gestión colectiva

Es de gestión colectiva por cuanto las partes se obligan en pie de igualdad a propulsar mediante su cooperación un fin común.

3. Elementos de la sociedad

La sociedad debe reunir los elementos esenciales siguientes: consentimiento, aportación social, reparto de utilidades y objeto social lícito.

A. Consentimiento

Como en todo contrato, es preciso el consentimiento de dos o más personas para la existencia de la sociedad. Este consentimiento debe estar libre de vicios, manifestado por personas que puedan disponer libremente de sus bienes o industrias, y llevar la intención de formar una sociedad, o sea, una persona distinta de la de ellos (*affectio societatis*).

Las personas pueden unir sus esfuerzos para lograr un fin, pero sino hay intención, de formar una sociedad no surge ésta. Por ejemplo: no hay sociedades, en el mandato, en la aparcería, etc.

B. Aportación social

Todas las partes deben de hacer aportes a la sociedad, con los cuales se forma el capital de ella. Estos aportes pueden consistir en bienes o industrias. El art. 3177C. expresa: «Cada socio debe llevar a la sociedad dinero, otros bienes, o industrias». Todos los aportes constituyen el capital social.

No es preciso que los aportes sean iguales o de la misma naturaleza. Estos aportes son adquiridos por la sociedad. Esta adquiere la propiedad de ellos. Los bienes aportados tiene que ser detallados en la escritura, bajo pena de nulidad. Así lo establece el art. 3181C.

De acuerdo con el art. 3190C. el socio que aporta numerario o valores u otros valores realizables se llama socio capitalista y el que aporta su trabajo personal o el ejercicio de cualquier profesión o industria, se llama socio industrial.

Es nula la sociedad en que se pacta la comunión de los bienes futuros, salvo entre los esposos. Así lo expresa el art. 3186C.

C. Reparto de utilidades

Todos los socios deben participar en las ganancias y en las pérdidas. Es nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.¹ La ley prohíbe la sociedad leonina.

Los socios, pues, deben recibir utilidades en proporción a sus aportes.

D. Objeto social

Es el giro dentro del cual la sociedad emprenderá sus negocios. Este objeto debe determinarse y ser lícito. El art. 3176C. expresa: «Toda sociedad debe tener un objeto lícito y celebrarse para utilidad común de las partes».

Serán ilícitas las sociedades para la trata de blancas, comerciar con esclavos, robar, matar, etc.

No debe confundirse con los aportes o capital social.

4. Sociedad de hecho o irregular

A. Ideas generales

Es aquella sociedad que por faltarle algún requisito no puede existir legalmente. Este requisito puede ser de forma (falta de instrumento de constitución, nulidad de forma de éste, etc.) o de fondo (falta de capacidad, vicios del consentimiento, etc.). El art. 3179C. establece que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad de que se liquiden las operaciones anteriores y que se devuelvan las cosas que hayan llevado. Esta sociedad se encuentra regulada en los art. 3178 inc. 2, 3179, 3180, 3196,3197, 3198 y 3199C.

La sociedad de hecho da lugar a que su liquidación pueda ser pedida por cualquiera de los socios en cualquier momento. Los socios tendrán derecho a retirar sus aportes y las ganancias, repartiéndose también entre ellos las pérdidas si existieren.

¹. Art. 3187C.

B. Sociedad de hecho por uniones extramatrimoniales

Esta sociedad está contemplada en el art. 3178 inc. 2C., que dice:»Sin embargo, se constituye sociedad de hecho, por juntarse dos personas de diferente sexo y de hacer completa vida marital común, con comunidad de bienes o intereses».

Ambas personas tiene que ser solteras² y, además, debe probarse la vida marital y la comunidad de bienes e intereses.³ Se puede acreditar por todos los medios de prueba, pero la testifical no puede servir para probar que su inmueble pertenece a la sociedad de hecho.⁴

C. Sociedad de hecho por falta de prueba

De acuerdo con el art. 3196C., cuando la sociedad no pueda probarse por falta de instrumento o por cualquier otra causa, los socios podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad a fin de liquidar o retirar los aportes y repartirse las ganancias y pérdidas y todo lo adquirido en común. Los socios demandados no pueden oponer la nulidad o inexistencia de la sociedad.

La nulidad que produce la falta de instrumento público en la sociedad, cuando éste es exigido, se da para el futuro y no para el pasado, por cuanto los socios pueden acreditar e invocar su existencia a fin de liquidarla en los términos expuestos.

Los terceros pueden ser demandados por cualquiera o todos los socios, para que cumplan las obligaciones a favor de la sociedad, sin que puedan alegar la no existencia de ella. Asimismo los terceros pueden alegar contra cualquiera o todos los socios la existencia de ella. Así lo dispone el art. 3197C.

El art. 3198C. señala algunos supuestos en base a los cuales se puede probar la existencia de la sociedad. Expresa: «En los casos en que se faculta alegar la existencia de la sociedad, puede ella probarse por los hechos resulte su existencia, aunque se trate de valor excedente de la ley, tales son:

1o. Cartas firmadas por los socios y escritos en el interés común de ellos.

2o. Circulares publicadas en nombre de la sociedad.

². S. 11:30 a.m. del 14 de Noviembre de 1919, B.J.p.2599; S. 12m. del 13 de Noviembre de 1930. B.J.p.7615; S. 11 a.m. del 18 de Junio de 1945. B. J. p. 12827; S. 9 a.m. del 8 de febrero de 1947, B.J. p. 13778; S. 10 a.m. del 6 de Mayo de 1952, B.J.p. 16015; S. 11:30 a.m. del 30 de Julio de 1957, B.J.p. 18628.

³. S. 11 a.m. del 20 de Julio de 1914, B.J. p. 472; S. 11 a.m. del 26 de Noviembre de 1940, B.J.p. 11104; S. 16 de Julio de 1945, B.J.p. 12884; S. 9:30 a.m. del 22 de Junio de 1946, B.J.p. 13513.

⁴. S. 12 m. del 5 de Noviembre de 1943, B.J.p.12224; S. 10:30 a.m. del 19 de Octubre de 1945, B.J.p. 13054; S. 10 a.m. del 28 de Mayo de 1948, B.J.p. 14254; S. 12 m del 15 de Diciembre de 1949, B.J.p. 14917; S. 11:30 a.m. del 13 de Marzo de 1953, B.J.p. 16415; S. 10, a.m. del 6 de Noviembre de 1953, B.J.p. 16702; S. 12 m. del 20 de Noviembre de 1959, B.J.p.19670; S. 10:35 a.m. del 20 de Mayo de 1965, B.J.p.141.

3o. Cualquier documento en los cuales los que firmen hubieren tomado las calidades de socios.

4o. Las sentencias pronunciadas entre los socios en calidad de tales.

La disposición transcrita no excluye otros casos de donde se desprenda la existencia de la sociedad.

También puede probarse la sociedad por virtud de confesión. La prueba testifical está limitada en virtud de la cuantía.

La sentencia a favor de terceros declarando la existencia de la sociedad, no puede ser invocada entre los socios para acreditar entre ellos la existencia de la sociedad. Así lo dispone el art. 3199C.

5. Nulidad por objeto ilícito

No existe una disposición especial que regule la nulidad de la sociedad por objeto ilícito, por lo que se deben aplicar las disposiciones generales de las obligaciones y contratos. De acuerdo con los arts. 2079 y 2211C., es absolutamente nula la sociedad con objeto ilícito y no se concede acción a los socios de mala fe para que retiren los aportes y se repartan las utilidades. Si uno de los socios de buena fe puede retirar su aporte.

6. Clases de sociedades

Las sociedades pueden ser civiles y comerciales, universales y particulares. De ellas hablaremos a continuación.

7. Sociedades civiles y comerciales

Las sociedades pueden ser civiles y comerciales. Son varios los sistemas que se han formulado para distinguir entre una sociedad civil y una comercial. Nuestro derecho atiende al objeto para el cual está destinada la sociedad y no a la forma que adopten. Las sociedades son comerciales cuando se forman para actos de comercio; las demás son civiles. Es más, las sociedades civiles pueden registrarse por las reglas comerciales. Así se desprende de los arts. 3191 y 3192C. que dicen:

«Art. 3191. Las sociedades son civiles o comerciales: son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio: las demás son civiles.

Art. 3192. Las sociedades comerciales se rigen por el Código de Comercio: las civiles por el presente, pero podrá estipularse que aún las civiles se rijan por las reglas comerciales».

8. Sociedades universales

La sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes o de todas las ganancias.⁵

La sociedad universal de los bienes presentes se forma con todos los bienes muebles o inmuebles que poseen actualmente todos los socios y las utilidades que puedan producir. También se puede extender a ganancias y frutos de los bienes futuros. Será nulo el pacto que se extienda a la propiedad de los bienes futuros, salvo que sea entre cónyuges.⁶

La sociedad universal de ganancias se forma con las ganancias que los socios adquieran por su industria o por los frutos y rendimientos de los bienes y futuros.⁷

Para que la sociedad universal comprenda todos los bienes debe declararse expresamente. Si se celebra la sociedad universal sin otra explicación se entenderá que es una sociedad de ganancias.⁸

En la sociedad universal de todos los bienes la propiedad de éstos la adquiere la sociedad.⁹

En la sociedad de ganancias, los socios conservan la propiedad de los bienes. Sólo será común el dominio de las ganancias y la administración de los bienes, si así se estipuló.¹⁰

En la sociedad universal de todos los bienes, las deudas contraídas antes o después de constituida, están a su cargo. Así lo dispone el art. 3112C. En esta sociedad, el art. 3213C. hace la distinción siguiente:

a) Si las deudas se han contraído por causa de la sociedad, serán a cargo de ella.

b) Si las deudas son anteriores a la celebración del contrato o posteriores a él, pero contraída con respecto a los bienes propios de cada socio, será a cuenta de éste el capital de la deuda y los intereses serán carga de la sociedad.

En la sociedad universal, de cualquier especie que sea, se sacaran del capital las expensas y gastos necesarios para los alimentos de los socios. Así lo dispone el art. 3214C.

⁵. Art. 3200C

⁶. Arts. 3186, 3201, 3202, 3203 y 3204C.

⁷. Art. 3205C.

⁸. Art. 3206 y 3207C.

⁹. Art. 3209C.

¹⁰. Arts. 3205,3210 y 3211C.

9. Las sociedades particulares

En la sociedad particular no se aportan todos los bienes de los socios, sino una parte determinada de ellos. De acuerdo con el art. 3216C. la sociedad particular puede serlo porque tiene únicamente cosas determinadas, su uso o sus frutos, o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte.

Cuando se trasmita a la sociedad un inmueble debe celebrarse en escritura pública.¹¹ Sólo hay transmisión de la cosa o capital así se pacta expresamente. Si no se pacta la transmisión, sólo será común la administración, ganancias y pérdidas.¹² No obstante, si las cosas son de las que necesariamente se consumen, la propiedad pertenecerá a la sociedad.¹³

Si la cosa fue transmitida en propiedad a la sociedad, ésta asume los riesgos.¹⁴ Por el contrario, si el socio conserva la propiedad de la cosa, él asumirá el riesgo.¹⁵ La sociedad es la obligada a pagar sus deudas y sólo el socio administrador responde de ellas,¹⁶ pues es el que directamente sabe sobre la posibilidad de pagarlas. Los otros socios sólo responden con su participación social.¹⁷

L alimentación de los socios no se puede sacar del capital social, salvo pacto en contrario.¹⁸

10. Obligaciones y derechos de los socios

A. Aportación social

Los socios son deudores del aporte social que están obligados a llevar a la sociedad.¹⁹ El aporte social es una de las principales obligaciones de los socios. Los aportes, como ya expresamos, pueden consistir en bienes o servicios.

B. Evaluación del aporte

Se deben valorar los bienes aportados en propiedad para estimar su valor como capital del socio aportante.

C. Evicción y vicios ocultos

De acuerdo con el art. 3230C. el socio debe garantía por la evicción y por los vicios ocultos de las cosas ciertas y determinadas que haya aportado, del

¹¹. Art. 3217C.

¹². Art. 3218C.

¹³. Art. 3219C.

¹⁴. Art. 3220C.

¹⁵. Art. 3221C.

¹⁶. Art. 3221C.

¹⁷. Art. 3223C.

¹⁸. Art. 3225C.

¹⁹. Art. 3228C.

mismo modo que lo hace el vendedor; pero si lo prometido fue el aprovechamiento de ellas, responderá según los principios que rigen las obligaciones entre arrendador y arrendatario.

D. Mora por falta del aporte y por la distracción de fondos

Cuando el socio no entregare a la sociedad la suma de dinero a que se hubiere obligado, será responsable de los intereses desde la fecha en que se debió entregar y además de los daños y perjuicios, cuando procediere con culpa o dolo. Así lo dispone el art. 3231C. A las mismas obligaciones está sujeto el socio que distrajere sumas de dinero para provecho particular. Así lo preceptúa el art. 3223C.

Los artículos citados constituyen excepciones a las reglas generales: para poner en mora al deudor es necesario el requerimiento; y los daños y perjuicios por deudas de dinero consistirán en intereses.

E. Derechos a las utilidades y aportes

Los socios tienen derecho a repartirse las utilidades obtenidas y a recuperar los aportes una vez disuelta la sociedad. Los arts. 3233, 3241, 3242 y 3243C. entre otros, regulan esta materia.

F. Deber de fidelidad

El socio debe fidelidad a la sociedad y a los otros socios.

Esta fidelidad se manifiesta, a guisa de ejemplo, en los casos siguientes:

a) El socio es responsable para con la sociedad de los perjuicios que le causare por su culpa, los que no puede compensar con los provechos que le hubiere preocupado por su industria. Así lo dispone el art. 3238C.

b) El socio no puede distraer sumas de dinero. Así se lo prohíbe el art. 3232C.

c) Cuando el socio administrador recibe alguna suma de personas obligadas con él y para con la sociedad, deberá aplicarlas en proporción a ambos créditos, aún cuando ponga el recibo solamente a su nombre.²⁰ Pero si el recibo se hace solamente a favor de la sociedad, toda la suma se aplicará a ésta.²¹ Es una especie de renuncia a la imputación a la deuda a favor del socio.

Lo dispuesto anteriormente es sin perjuicio de lo preceptuado para la imputación de pago cuando exista varias deudas; pero solamente en el supuesto de

²⁰. Art. 3234C.

²¹. Art. 3235C.

que el crédito personal del socio sea más oneroso. Así se desprende del art. 3236C.

De acuerdo con el art. 3237C. el socio que hubiere recibido íntegramente su parte de un crédito social, se encuentra obligado si el deudor cae en insolvencia, a devolver los fondos que recibió, aunque haya puesto el recibo sólo a su nombre.

G. Administración de la sociedad

a) Cuando no se ha nombrado administrador. Esta situación se encuentra regulada en los arts. 3262 al 3267C.

Si no se ha nombrado administrador, todos los socios tienen igual poder para administrar y, como consecuencia, los actos que alguno de ellos practicare, obligaran a los otros, pero tienen derecho de oponerse a ellos mientras no produzcan sus efectos legales.²²

Los socios podrán usar según la costumbre, las cosas de la sociedad, siempre que éstas no se perjudiquen o no se prive del derecho de uso a que también tienen derecho los otros socios.²³

Los socios están obligados a contribuir con los gastos necesarios de conservación de los objetos de la sociedad.²⁴

Ninguno de los socios sin el consentimiento del otro puede obligar o enajenar los bienes muebles o inmuebles de la sociedad, ni hacer alteraciones en los segundos, aunque les parezcan útiles.²⁵

Las divergencias entre los socios se resolverán por mayoría de votos. Si ésta no se puede obtener, prevalecerá la que determinen los que representen el mayor interés, con tal de que no sea uno solo. Cuando en ninguna de las dos formas se obtenga mayoría, se resolverá por arbitramento.²⁶

b) Cuando se ha nombrado administrador. El poder para la administración se le puede conceder a uno o varios socios. Es irrevocable el poder de administración conferido en el contrato de sociedad, aún por mayoría de votos, salvo que existan causas legítimas de remoción.

Existe causa legítima para revocarlo cuando el socio administrador por motivo grave dejare de merecer la confianza de sus asociados, o cuando sobreviene algún impedimento para administrar bien los negocios de la sociedad.²⁷

²². Art. 3263C.

²³. Art. 3264C.

²⁴. Art. 3265C.

²⁵. Art. 3266C.

²⁶. Art. 3267C.

²⁷. Arts. 3245 y 3246.

Si el administrador estima que no es justa la causa de la revocación, conservará su cargo hasta ser removido por sentencia judicial; pero si hubiere peligro en la demora, el Juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el juicio, nombrando un administrador provisional, socio o no socio.²⁸ La remoción puede ser pedida por cualquiera de los socios, sin dependencia de la deliberación de la mayoría.²⁹

La remoción del administrador nombrado por el contrato de sociedad otorga el derecho a cualquiera de los socios para pedir la disolución de la sociedad, y el administrador removido es responsable por la indemnización de pérdidas e intereses.³⁰ Pero de acuerdo con el art. 3254C. el poder se puede revocar con el consentimiento unánime de los socios. Por el contrario, el poder de administración concedido fuera del contrato social o el concedido a un no socio son revocables.³¹

El socio administrador nombrado en la escritura constitutiva no puede renunciar, si no con el consentimiento de la mayoría, pero los que no admitieren la renuncia pueden separarse de la sociedad.³²

El socio administrador tiene facultades generales de administración. Como consecuencia, necesita autorización expresa para realizar actos de dominio, salvo que el objeto social tenga por fin la realización de ellos. Los arts. 3256 y 3257C. expresan tales ideas:

Art. 3256. «El socio administrador debe ceñirse a los términos en que se le ha confiado la administración; y si nada se hubiera expresado, se limitará, como mandatario general, al giro ordinario del negocio con los capitales que haya recibido».

Art. 3257. «El socio administrador necesita autorización expresa y por escrito de los otros socios:

1o. Para enajenar las cosas de la compañía, si ésta no se ha constituido con ese objeto.

2o. Para enajenarlas, hipotecarlas, o gravarlas con cualquier otro derecho real.

3o. Para tomar capitales prestados».

Lo dispuesto en el último artículo transcrito, no libera de la responsabilidad al socio, aunque alegue que el producto del contrato lo invirtió en provecho de la sociedad.³³

²⁸. Arts. 3247 y 3248C.

²⁹. Art. 3249C.

³⁰. Art. 3250C.

³¹. Art. 3245 y 3251C.

³². Art. 3252C.

³³. Art.3258C.

Si son varios los socios administradores, pueden actuar conjuntamente o separadamente. Si en la escritura no se expresó que debían actuar conjuntamente, podrán actuar en forma separada.³⁴

Si se convino que un administrador nada puede hacer sin el consentimiento del otro (administrador conjunta), así debe procederse, salvo que puedan resultar perjuicios irreparables.³⁵

c) Uso de la razón social. Los negocios pueden ser llevados bajo el nombre de uno o más socios, con o sin la adición de la palabra compañía.³⁶

El uso de la razón social puede ser conferido a una persona extraña a la sociedad. El delegatorio debe indicar en los documentos privados o públicos que firma por poder, bajo la pena de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación, siempre que la falta de la ante firma induzca a error sobre su cualidad.³⁷

La sociedad no es responsable por el uso de su firma social por un socio no autorizado, salvo que la obligación contraída se hubiere convertido en provecho de ella, pero se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado.³⁸

La sociedad no responde de la obligación que, suscrita bajo la razón social, no le concierne y el tercero tenía conocimiento de ello.³⁹

El que tolera la inserción de su nombre en la razón social de la sociedad responde a las personas que hubieren contratado con ellas.⁴⁰

H. Relaciones de los terceros con la sociedad y los socios

Las variaciones que sufre la sociedad en su administración durante su existencia, no perjudican a los terceros si no se anotan en el testimonio y en el producto.⁴¹

Solamente el socio administrador nombrado puede usar la firma social.⁴² Si el administrador no emplea la firma social al contratar, no obliga a la sociedad, salvo que pruebe que el contrato, no obliga a la sociedad, salvo que pruebe que el contrato ha cedido en favor de ella.⁴³

³⁴. Art. 3260C.

³⁵. Art. 3261C.

³⁶. Art. 3270C.

³⁷. Art. 3271C.

³⁸. Art. 3272C.

³⁹. Art. 3273C.

⁴⁰. Art. 3275C.

⁴¹. Art. 3277C.

⁴². Art. 3278C.

⁴³. Art. 3279C.

Los socios no se encuentran obligados solidariamente por las obligaciones sociales, a no ser que se haya convenido expresamente.⁴⁴ No obstante, los socios administradores responden con sus bienes de las deudas sociales.⁴⁵

Los socios responden en proporción a sus cuotas, tanto a los acreedores como entre sí.⁴⁶

11. Disolución de la sociedad

A. Ideas generales

La sociedad tiene un fin y cuando éste ocurre desaparece la persona jurídica creada por este contrato y luego se procede a la partición del patrimonio social.

De acuerdo con los arts. 3285 y 3286C. la disolución de la sociedad termina con la sociedad como persona moral, y como consecuencia, el patrimonio social se convierte en una copropiedad entre los socios.

Por el contrario, en las sociedades colectivas mercantiles que son disueltas por las mismas causales de las civiles, de acuerdo con el art. 173C.C. se distinguen claramente tres etapas: la disolución, la liquidación y la participación. En la etapa de liquidación todavía existe la sociedad como persona jurídica.

Según un sector doctrinal, la disolución de la sociedad puede ser parcial o total. Es parcial cuando se refiere únicamente a la persona de un socio, continuando la sociedad como persona jurídica con los socios restantes. Es total cuando desaparece la sociedad como persona jurídica y se procede luego a la partición de los bienes.

La que nos interesa es la total, por ser la que extingue la sociedad. La parcial solo se refiere a las relaciones entre la sociedad y el socio que sale de ella. No es propiamente una disolución de las sociedades, pues ésta subsiste.

B. Causas de la disolución

La sociedad queda disuelta:

a) Cuando algún socio no cumple con su aporte social, siempre que los restantes decidan no continuarla. Así se desprende de los arts. 1885 y 3284C.

Cuando alguno de los socios no cumple con la prestación a que está obligado, cualquiera de los otros tiene acción para pedir la disolución de la sociedad.

⁴⁴. Art. 3280C.

⁴⁵. Art. 3222C.

⁴⁶. Art.3281C.

Todos los socios pueden acordar que la sociedad continúe y pedirle al socio que cumpla con su obligación. También tienen derecho a pedir la exclusión del socio. Si sólo son dos los socios, el otro puede pedir el cumplimiento del contrato o la disolución de la sociedad. Al socio industrial no se le puede pedir judicialmente el aporte de su trabajo.

La disolución tiene lugar aunque el incumplimiento sea originado por caso fortuito o causas justificadas, o por culpa o dolo, ya que en cualquiera de éstos casos no existe aporte social. La importancia de ésta distinción se presenta con relación a los efectos de la resolución o cumplimiento. Cuando el incumplimiento se produjo por justa causa o caso fortuito no existe obligación de pagar los daños y perjuicios. Por el contrario, si se produjo por culpa o dolo, existe dicha obligación.

La disolución procede tanto por el incumplimiento total como por el incumplimiento parcial; aunque algunos autores piensen que no cabe en este último caso.

b) Cuando ha concluido el plazo para que fue constituida. Así lo dispone el art. 3285 inc. 1C. Si la sociedad no tiene plazo, su duración será lo que dure el negocio que le ha servido exclusivamente de objeto, si tal negocio por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que tienen los socios de renunciar, según se desprende del art. 3227C.

También se extingue por el cumplimiento de la condición resolutoria, si bajo esta condición se celebró la sociedad.

c) Cuando se pierde la cosa o se consume el negocio que le sirve de objeto. Si por la realización del acto o actos se agota el fin social, se extingue la sociedad. También se extingue cuando se pierde el capital social.

En otras legislaciones se establece una forma general y clara de expresar lo dispuesto en nuestro art. 3285 inc. 2c. De dispone que la sociedad se disuelve cuando se realiza íntegramente el fin social o surge una imposibilidad de alcanzar dicho fin. Las imposibilidades pueden ser naturales (terremotos, inundaciones, etc.) o jurídicas (una ley que saca del comercio el objeto social a que se dedica la sociedad). La solución amplia de la legislación extranjera tiene aplicación en nuestro derecho.

d) Por la muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios. Así lo dispone el art. 3285 inc. 3C.

Cuando son dos los socios de la sociedad se extingue, salvo que se disponga, en el supuesto del fallecimiento, que la sociedad continuará con los herederos del socio fallecido. Cuando son más de dos los socios, la sociedad tam-

bién se extingue, pero los socios pueden pactar que la sociedad continúe con los restantes o con los herederos del socio fallecido. Así lo dispone el art. 3288C.

e) Por la renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás siempre que no sea maliciosa ni extemporánea. Así lo dispone el art. 3285 inc. 4C.

De acuerdo con el art. 3286C. la renuncia se considera de mala fe cuando el socio que la hace propone aprovecharse exclusivamente de los beneficios que los socios deberían recibir en común con arreglo al convenio.

Para el art. 3287C. la renuncia es extemporánea si las cosas se hallaban en su estado íntegro y la sociedad pueda ser perjudicada en ese momento.

De acuerdo con el art. 3290C. la disolución por la renuncia sólo tendrá lugar en las sociedades de duración ilimitada.

Según el art. 3291C. la sociedad por tiempo determinado no puede disolver por la renuncia de algún socio a menos que exista causa legítima. Según éste mismo artículo es causa legítima la que resulta de la incapacidad de alguno de los socios para los negocios de la sociedad o de la falta de cumplimiento de sus obligaciones u otras semejantes de que puede resultar perjuicio irreparable a la sociedad.

f) Por la separación del socio administrador, cuando éste haya sido nombrado en el contrato de sociedad. Así lo dispone el art. 3285 inc. 5C.

Se puede pactar que la sociedad continúe a pesar de que se separe el socio administrador nombrado en la celebración del contrato de sociedad.

g) Por la voluntad de todos los socios. Esta causal no está regulada en los arts. 3284 y 3285C., pero resulta de aplicar el art. 2479C., que regula la disolución de los contratos en general por el mutuo consentimiento de los contratantes.

h) Cuando de acuerdo con los arts. 3282 y 3283C. los acreedores particulares de un socio piden la separación de bienes, la ejecución y el embargo en la parte social del socio deudor.

i) Cuando un Juez Tribunal la declare disuelta por causa legal. Ejemplos: falta de escritura pública, objeto ilícito, etc.

CAPITULO VII EL MANDATO

SUMARIO: I. Definición.- II. Su evolución y características.-III Mandato sin representación.-IV. Personas interesadas en el mandato: 1.Generalidades. 2. Mandato en interés del mandante y mandatario. 3. Mandato en interés del mandante y un tercero. 4. Mandato en interés exclusivo del tercero. V. Elementos fundamentales del mandato.-VI Caracteres del mandato: 1. El mandato es un contrato principal. 2. El mandato puede ser oneroso o gratuito.3. El mandato puede ser unilateral o bilateral. 4. El mandato por regla general es consensual.-VII. Requisitos del mandato: 1. Consentimiento. 2. Objeto. 3. Capacidad: A. Capacidad del mandante. B. Capacidad del mandatario.-VIII. Clasificación del mandato según su extensión.- IX. Obligaciones del mandatario: 1. Ejecución del mandato. 2. Facultades del mandatario. 3. Excepciones a la regla establecida en el art. 3310C. 4. Extralimitación de facultades.5. Responsabilidad con el mandante. 6. Actos y contratos nulos. 7. La ratificación.8. Relaciones del mandatario y los terceros. 9.Diligencia del mandatario en la ejecución del encargo. 10. Caso fortuito o fuerza mayor. 11. Delegación del mandato: A. Relaciones entre mandante y mandatario. B. Relaciones entre mandante y delegado. C. Relaciones entre mandatario y delegado. D. Relaciones entre el mandante y los terceros. 12. La autocontratación: A. Su regulación. B. Otros casos de autocontratación. C. Los corredores, martilleros y la autocontratación. D. El acto consigo mismo en materia judicial. E. Aceptación de la autocontratación. 13. Rendición de cuentas.- X. Obligaciones del mandante: 1.A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato. 2. A reconocer los gastos razonables causados en la ejecución del mandato. 3. A pagarle la remuneración estipulada o usual determinada por peritos. 4. A pagar las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes. 5. A indemnizar las pérdidas que se les hayan ocasionado sin culpa suya o por causa del mandato.-XI. Efectos del mandato entre el mandante y terceros: 1. El mandatario actúa en su propio nombre. 2. El mandatario actúa en nombre del mandante. 3. Nulidad por vicios del consentimiento. XII. Extinción del mandato: 1.Causa de extinción del mandato. 2. Causales establecidas en el art. 3345C: A: Por el desempeño del negocio para que fue constituido. B. Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijada para la terminación del mandato. C. Por la revocación del mandato. D. Por la renuncia del mandatario. E. Por la muerte del mandante o mandatario. F. Por la quiebra o concurso del mandante y mandatario. G. Por interdicción d el mandante y mandatario. H. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio y por razón de ellas. 3. Efectos de la terminación del mandato con relación a terceros.-XIII. Jurisprudencia.

I. Definición

El mandato es un contrato en virtud del cual una persona llamada mandante confía a otra llamada mandatario la gestión de uno o varios negocios que ejecuta por cuenta y riesgo del mandante.

II. Su evolución y características

En los primeros tiempos del Derecho romano fue desconocido el mandato, pues no se sentía la necesidad de hacerse representar por un tercero, dado lo rudimentario de las relaciones económicas y jurídicas, pero en una época más avanzada, cuando se aumentan y complican dichas relaciones, aparece la figura del mandato.

En el Derecho romano clásico presentaba las características siguientes: a) es un contrato de derecho de gente; b) es consensual; c) es gratuito; d) es sinalagmático imperfecto; e) es de confianza; y f) no es representativo.

En lo tocante a la gratuidad y representación se evolucionó de tal manera que se aceptó la remuneración al mandatario y también se aceptó que éste representara al mandante.

En la actualidad, para un buen sector doctrinal y legislativo, la gratuidad y la representación no son elementos esenciales del mandato. Autores y códigos admiten el mandato oneroso y la posibilidad que el mandatario actúe en nombre propio, ya sea por su voluntad o por disponerlo así el contrato de mandato o por instrucciones posteriores al mismo. Se distingue, pues, entre mandato y representación. El mandato puede ser con representación o sin representación.

Es importante señalar que existen códigos como el francés¹ y el argentino², que estiman la representación como elemento esencial del mandato. También el Código Civil alemán conserva el carácter gratuito del mandato.

En nuestro Código el mandato se presume oneroso, será gratuito si así se estipula³. Por otra parte, se acepta el mandato sin representación, ya que según el art. 3331C. el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o en el del mandante. Si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.

M. Levy Ullmann, seguido por David Stichkin B.⁴, estima que en la representación se vincula una sola de las partes (el mandante) con el tercero.

En el mandato generalmente va comprendido el poder de representación, a menos que no se haya concedido. En virtud de esa representación el mandatario vincula a su representado con el tercero, entre los que queda celebrado el acto o contrato, produciendo sus efectos con relación a los mismos. El mandatario no contrae obligación con el tercero, sólo ha servido de vehículo para vincularlo con su representado.

¹. Art. 1948

². Art. 1869.

³. Arts.3299y3337 inc.3C.

⁴. El Mandato Civil. Editorial Jurídica de Chile 1950,p.35.

III. Mandato sin representación

Es posible que el mandatario no obligue al mandante por cuanto en el ejercicio del mandato no actúe en el acto o contrato en nombre del mandante. El art. 3331 inc.1C. permite al mandatario contratar a su propio nombre o en el del mandante. Si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.

Algunas legislaciones regulan la representación independientemente del mandato, permitiendo al mandatario actuar en su propio nombre. Por ejemplo, el Código Civil alemán⁵, el Código Federal de las Obligaciones suizo⁶, el mexicano⁷ y el uruguayo⁸.

IV. Personas interesadas en el mandato

1. Generalidades

El Código no exige que el mandato interese exclusivamente al mandante, es más, reconoce que puede interesar exclusivamente al tercero. Lo normal es que el mandato interese sólo al mandante, pero también puede interesar al mandante y mandatario, al mandante y un tercero, o al tercero únicamente.

Si el negocio interesa sólo al mandatario, es un mero consejo que no produce obligación alguna⁹. Ejemplo: le digo a Pedro que venda su inmueble X, por una serie de razones de tipo político y económico. No obstante, si el consejo se ha dado maliciosamente, el que lo da se hace responsable de los daños y perjuicios, si el que lo recibe, confiando en él, lo cumple y sufre el daño¹⁰.

2. Mandato en interés del mandante y mandatario

El mandato puede interesar al mandante y mandatario. Ejemplo: Juan da un mandato a Pedro para que administre el inmueble X que pertenece a ambos, o para que se venda el referido inmueble actuando éste en su nombre y en el de Juan.

3. Mandato en interés del mandante y un tercero

El mandato puede interesar al mandante y a un tercero. Ejemplo: Juan otorga poder a Diego para que venda el inmueble X y le pague a su acreedor Pedro.

⁵. Art. 662

⁶. Art. 394.

⁷. Art. 2546.

⁸. Art. 2068.

⁹. Art. 3303C.

¹⁰. Art.3303 inc. 2C.

4. Mandato en interés exclusivo del tercero

El mandato puede interesar exclusivamente al tercero. Tal tipo de mandato lo permite el art. 3304C. Dicho artículo dice que «si el negocio interesa a un tercero exclusivamente, habrá verdadero mandato».

Ejemplo: Juan da poder a Diego para que administre el negocio de Pedro, que está ausente y no dejó quién lo haga, estando abandonado. Cuando el mandante actúa sin autorización del tercero existe el cuasicontrato de agencia oficiosa entre ellos. Si el tercero lo autoriza existe mandato entre ellos.

V. Elementos fundamentales del mandato

Existen dos elementos fundamentales que le dan vida al mandato y lo diferencian de los otros contratos; a saber:

1. Que una persona confíe o encargue a otra la gestión de uno o más negocios. El mandato es un contrato de confianza. Si el mandante no realiza personalmente el negocio o negocios, porque no puede o no quiere, sino que lo hace a través de otra persona, deposita su confianza en la calidad moral y habilidad de ésta.

Son varias las consecuencias de este carácter, entre ellas, la revocación, que puede hacer a su arbitrio el mandante, la extinción del mandato por la muerte del mandante, etc. El carácter de contrato de confianza lo ha heredado del Derecho romano.

2. Que el mandatario se haga cargo del negocio o negocios por causa y riesgo del mandante.

El mandatario ejecuta el acto para que su resultado y las relaciones que surjan tengan efectos respecto al mandante, por lo que actúa por cuenta y riesgo de éste, ya sea que contrate a nombre propio, o en representación del mandante. En definitiva, los beneficios o pérdidas del negocio los recibirá el mandante. Por ejemplo, los actos celebrados por profesionales no constituyen generalmente mandato: hacer una operación, autorizar una escritura; pero en el art. 3302C. se dispone que los servicios que prestan los profesionales se rigen por las reglas del mandato.

VI. Caracteres del mandato

1. El mandato es un contrato principal. No accede a otro. Tiene existencia propia

2. El mandato puede ser oneroso o gratuito

Nuestro Código lo presume oneroso. Sólo es gratuito cuando así se ha pactado¹¹.

El mandatario recibirá la remuneración estipulada. A falta de estipulación, recibirá la remuneración usual determinada por peritos, a menos que por ley se señale, como por ejemplo, la que devengan los abogados, la que está regulada por el Código de Aranceles Judiciales, en cuyo caso sobra el peritaje, por cuanto la ley ya la establece. En el Derecho moderno el mandato generalmente es un contrato oneroso. No obstante, el Código Civil alemán conserva la gratuidad de este contrato.

3. El mandato puede ser unilateral o bilateral

Cuando el mandato es gratuito sólo queda obligado el mandatario, por lo que en este caso es de carácter unilateral. Por el contrario, cuando el mandato es oneroso, tanto mandante como mandatario resultan obligados, por lo que en este caso es de carácter bilateral.

4. El mandato por regla general es consensual

El art. 3293C. lo expresa en forma clara al disponer que el contrato de mandato puede celebrarse entre presentes y ausentes, por escritura pública o privada, por telégrafo y teléfono, por cartas y aún de palabras.

No obstante, rigen para la prueba del mandato por medio de testigos las limitaciones legales, según lo dispone el mismo artículo. Por ejemplo, un mandato para un negocio mayor de C\$8.00 no puede probarse en juicio por testigos, según el art. 2423C. y la Ley del 14 de Marzo de 1913.

El mandato, pues, por regla general, es consensual, es decir, se perfecciona por el sólo consentimiento del mandante y del mandatario, sin necesidad de ninguna formalidad.

Si embargo, el Código Civil establece, entre otros, ciertos casos en que es necesaria la escritura pública para el mandato; a saber.

a) En los poderes generales o generalísimos¹².

b) En el poder para contraer matrimonio¹³. Este poder sirve para las diligencias previas y para el mismo matrimonio. Se exige en este tipo de poder que el mandatario sea del mismo sexo del mandante y que se indique la persona con quién debe celebrarse el matrimonio.

¹¹. Art. 3299C.

¹². Art. 3293 inc. 3C.

¹³. Arts. 2483 inc 5 y 98C.

c) En los poderes generales y especiales para pleitos que deban presentarse en juicio escrito¹⁴.

d) En el que tenga por objeto un acto redactado o que tenga que redactarse en escritura pública¹⁵. Por ejemplo, la venta de un inmueble, la constitución de un usufructo o hipoteca sobre el mismo. Nuestro sistema notarial y registral, en cuanto a la celebración de operaciones inmobiliarias, exigen el poder otorgado ante Notario.

La revocación de los poderes que constan en escritura pública o por escrito debe hacerse por escritura pública o por escrito¹⁶.

La Corte Suprema ha dicho que: a) puede probarse con la sola confesión el contrato de mandato y es admisible la prueba de testigos para comprobar el trabajo ejecutado por el mandatario y el tiempo que desempeña su cometido, por ser hechos puros y simples¹⁷; b) en las gestiones para la devolución de los saldos de retención agropecuaria basta una carta o telegrama, pero para recibir el pago es preciso poder escriturado¹⁸.

VII. Requisitos del mandato

Como en todo contrato, en el mandato deben concurrir los requisitos siguientes: consentimiento, objeto y capacidad de obrar.

1. Consentimiento

Como en todo contrato, el consentimiento de las partes es un requisito del mandato, es decir, es preciso que el mandante ofrezca que se realice en su nombre un negocio y que el mandatario acepte el encargo. La aceptación puede ser expresa o tácita.

El art. 3294C. dispone que el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación tácita o expresa del apoderado o mandatario. La aceptación es expresa cuando se manifiesta en forma explícita, sin que quede duda de la aceptación. Existe aceptación tácita cuando el mandatario realiza cualquier acto de ejecución del mandato, excepto los que hiciere para evitar perjuicios al mandante mientras nombra otro apoderado¹⁹.

Generalmente el silencio se interpreta como no aceptación, salvo con relación a las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios aje-

¹⁴. Art.2483 inc.5C.

¹⁵. Art. 2483 inc. 5C.

¹⁶. Art.3350C.

¹⁷. S. 10 a.m. del 7 de Octubre de 1915,B.J.,p.931.

¹⁸. Cta. 31 de Julio de 1946,B.J.,p.522.

¹⁹. Art. 3294C.

nos, los que están obligados a declarar lo más pronto posible, si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace, y transcurrido un término razonable su silencio se mirará como aceptación²⁰. Dentro de la categoría de estas personas están los corredores de comercio, los comisionistas, los martilleros públicos, los abogados, los empresarios de mudanza y transporte, etc.

Para que opere el silencio como aceptación es preciso: a) que el destinatario o mandatario sea una persona que por su profesión u oficio se encargue de negocios ajenos; b) que el oferente o mandante sea una persona ausente; y c) que transcurra un término razonable sin que el mandatario conteste excusándose.

Si el destinatario rehúsa el encargo deberá tomar las providencias conservativas urgentes que requiere el negocio que se le encomienda²¹.

En la doctrina se dice que en este caso excepcionalmente rige el aforismo que dice: «quien calla otorga».

2. Objeto

El mandato puede tener por objeto todos los actos jurídicos: vender, arrendar, permutar, pagar, hipotecar, ceder, etc. También puede tener por objetos negocios complejos, por ejemplo: la administración de uno o varios negocios, en los que dentro del mandato, el mandatario puede realizar actos materiales y jurídicos.

Sobre el objeto del mandato existe una fuerte discusión. Algunos sostienen que el mandato tiene por objeto sólo actos jurídicos y no materiales.

Por ejemplo, existe poder para vender, hipotecar, pagar, etc. pero no existe para construir una casa o pared o hacer una operación quirúrgica. Planiol es uno de los líderes que sostiene que el objeto del mandato sólo puede ser la ejecución de un acto jurídico.

No obstante, existe un sector doctrinal que opina que puede tener por objeto todo hecho o servicio. Juan Antonio Bibiloni, en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino, sostiene que el mandato tiene por objeto hechos jurídicos y no jurídicos. Los hechos corrientes de la vida pueden ser objeto de mandato. La conducción de un hijo al exterior, al hospital, etc. pueden ser objeto de mandato. La educación de él, puede ser al mismo título que la contratación de una hipoteca.

Dentro del mismo criterio se encuentra el Código Federal Suizo de las Obligaciones. El art. 394 dispone que «el mandato es un contrato por el cual el

²⁰. Art. 3308C.

²¹. Art. 3308 inc. 2C.

mandatario se obliga en los términos de la convención a gestionar un negocio que se le ha encargado, o a dar los servicios que ha prometido».

3. Capacidad

A. Capacidad del mandante

El mandante debe tener plena capacidad para celebrar el acto que le encarga al mandatario y además no le debe estar prohibido por la ley. Todo se explica si tomamos en cuenta que los efectos del acto o contrato celebrado por el mandatario, afectarán el patrimonio del mandante como si éste los hubiera celebrado personalmente.

Ejemplo de prohibiciones podemos citar las del art. 2565C., en virtud del cual, las personas que enumera no pueden adquirir por sí mismas ni por el mandatario. Estas personas, pues, no pueden conceder mandato para adquirir los bienes; de hacerlo, el mandato será nulo por objeto ilícito. Se necesita una doble capacidad: la capacidad para celebrar el mandato y la de ejecutar por sí el acto o contrato encomendado al mandatario.

B. Capacidad del mandatario

De conformidad con el art. 3301C. no pueden ser mandatarios los que no tienen capacidad para obligarse por sí mismos. Sin embargo, los menores pueden ser mandatarios no judiciales; pero el mandante no tendrá acción contra el menor sino conforme a las reglas generales que rigen la responsabilidad civil.

Se desprende de lo expuesto que los relativamente incapaces pueden ser mandatarios. El mencionado artículo se refiere a los menores adultos. No se necesita, pues, la plena capacidad para ser mandatario. Los que no pueden ser mandatarios son los absolutamente incapaces.

Dos teorías explican la razón por la cual puede ser mandatario un incapaz: la teoría de ficción y la teoría de la modalidad. La primera estima que el verdadero contratante es el mandante y es la capacidad de éste la que debe tomarse en cuenta en la celebración del acto. No tiene importancia la capacidad menguada del mandatario. Debemos recordar que esta teoría estima que el representado expresa su voluntad por medio del representante.

Esta teoría se encuentra abandonada, entre otras razones, porque no logra dar explicación a la representación legal de los absolutamente incapaces, pues no se puede admitir que el guardador expresa la voluntad de su representado, a los que la ley les otorga guardador por que no tiene voluntad.

La segunda explica que la ley se preocupa por imponer la incapacidad relativa para proteger el patrimonio de las personas que están sujetas a ella;

pero que tal cosa no es obstáculo para que puedan comprometer el patrimonio de terceros. El legislador tutela al incapaz y no puede tomar medidas para proteger a terceros que otorgan poder al relativamente incapaz.

El acto o contrato celebrado por el mandatario relativamente incapaz es válido y liga al mandante con el tercero. No obstante, en las relaciones entre el mandante y el mandatario, éste es visto como incapaz y el mandante sólo puede exigirle las prestaciones del mandato en cuanto le hayan aprovechado²².

VIII. Clasificación del mandato según su extensión

Según su extensión el mandato puede ser: general, generalísimo, especial y especialísimo.

a) El poder general puede ser para algunos o todos los negocios, concediendo amplias y general administración, comprendiendo las facultades siguientes: celebrar los convenios y ejecutar los actos necesarios para la conservación o explotación de los bienes, intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias y las que fuesen necesarias para interrumpir la prescripción respecto de las cosas que comprenden el mandato; alquilar o arrendar los bienes muebles o inmuebles hasta por un año, pero si el poder fuere limitado a cierto tiempo, el término del alquiler o arrendamiento no puede exceder de ese tiempo; vender los frutos, así como los demás bienes muebles que por su naturaleza están destinados a ser vendidos o se hallen expuestos a perderse o deteriorarse; exigir judicialmente el pago de los créditos y dar los correspondientes recibos; ejecutar todos los actos judiciales que según la naturaleza del negocio, se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como consecuencia necesaria del mandato²³.

La Corte Suprema ha dicho que:

- El apoderado general no puede vender un barco, ya que por su naturaleza no está destinado a ser vendido, ni consta que se hallaba expuesto a perderse o deteriorarse. Art. 2396C.²⁴

- Cuando se trata de mandato general, se le puede agregar la facultad de transigir, pero si es especial, es necesario especificar los bienes, derechos y acciones. Art. 2200C.²⁵

b) Poder especial es el que se otorga para determinado acto jurídico, sea judicial o extrajudicial. Sólo faculta al mandatario para realizar el acto o actos

²². Art. 2212 y 3301C.

²³. Art. 3296C.

²⁴. S. 11 a.m. del 24 de Febrero de 1928, B.J., p.6264.

²⁵. S. 9 a.m. del 18 de Julio de 1952, B.J.p. 16088.

específicos, sin que pueda extenderse a otros actos aunque fuesen una consecuencia natural de los que mandatario está encargado de ejecutar. Realizado el acto el mandato cesa. La ley exige en algunos casos poder especial para:

- Impugnar la legitimidad del hijo²⁶.
- Legitimar a los hijos en el Registro²⁷.
- Que los guardadores puedan prestar los bienes de sus pupilos²⁸.
- Dar en anticrisis²⁹

c) El poder generalísimo para todos los negocios, concede al mandatario la facultad de ejecutar todos los actos que podría hacer el mandante, excepto los que conforme la ley sólo puede hacer el poderdante (por ejemplo el testamento, el que de conformidad con el art. 946C. no puede hacerse por medio de apoderado) y los actos para los cuales la ley exige poder especialísimo.

Si el poder generalísimo se concreta a alguno o algunos negocios, otorga las mismas facultades respecto del negocio o negocios para que se concedió. El poder generalísimo fue tomado del Código Civil de Costa Rica y son pocos los países que lo regulan. En este poder el mandatario es un alter ego del mandante.

La Corte Suprema ha dicho que:

-El poder generalísimo autoriza para representar al mandante en sus propios negocios, pero no para representar a las personas que el mandante represente³⁰.

-Si el apoderado generalísimo sustituye el poder para lo judicial, el sustituto es un apoderado generalísimo judicial que no necesita se le confiere facultad especial para reconocer un documento³¹.

-El apoderado generalísimo no puede obligar a su mandante como fiador de una obligación propia, ya que el mandato se da para negocios del mandante y no podrían considerarse como negocios de éste el del mandatario³².

-El poder generalísimo lleva implícitas y no es necesario que se expresen en él todas las facultades que enumera el art. 3295C. y el sustituto para lo judicial de un apoderado generalísimo también las tiene³³.

²⁶ Art. 204C.

²⁷ Art. 530C.

²⁸ Art. 3423C.

²⁹ Art. 3915C.

³⁰ S. 12 m. del 25 de Marzo de 1936, B.J., p. 9256.

³¹ S. 12 m. del 28 de Marzo de 1948, B.J., p. 14259.

³² S. 12 m. del 2 de Septiembre de 1950, B.J., p. 15244.

³³ S. 10:30 a.m. 22 de Enero de 1953, B.J., p. 16350.

-El apoderado generalísimo no necesita facultad especial para transigir³⁴.

-El apoderado generalísimo puede sustituir el poder para lo judicial y otorgar poder especial para un juicio inclusive de divorcio³⁵.

d) El poder especialísimo lo exige la ley para determinado caso, atendiendo la importancia o naturaleza del acto. Los doctores Bruno y Nicolás Buitrago dicen: «Es poder especialísimo el que se confiere para ciertos actos determinados por la ley, de tal modo que para ese acto, no sería bastante poder general, ni generalísimo, sino que debe contraerse solo y exclusivamente a dicho acto jurídico. Como lo sería por ejemplo, el poder para casarse, acto para el cual es ineficaz aun el poder generalísimo»³⁶.

De conformidad con el art. 3358C. se necesita poder especialísimo para: a) contraer matrimonio en nombre del mandante; b) el reconocimiento del hijo ilegítimo y su inscripción en el Registro para los efectos del reconocimiento; c) los otros casos que la ley exige poder especialísimo.

El poder general y el generalísimo no son suficientes para realizar el acto que debe ser objeto de poder especialísimo. Debe otorgarse exclusivamente para el acto de que es objeto.

El doctor Aníbal Solórzano se aparta de lo expuesto. Admite que estando expresamente determinado el acto, aunque se inserte con otras facultades y con otras clases de poderes, es válido el poder especialísimo otorgado de esta manera³⁷. Por otra parte, sostiene el distinguido jurista que no existe en nuestras leyes otros casos de poderes especialísimos que los señalados en el art. 3358C. y que son inútiles los incisos finales de los arts. 3358C. y 74Pr. Agrega que esos incisos se refieren a los poderes especiales señalados en la ley: arts, 204, 530, 2288, 3257, 3552,3365C. 1153Pr. y 42 In.³⁸

La Corte Suprema ha dicho que:

-No existe ley que exija poder especial para demandar el divorcio. Para impugnar la paternidad legítima de un hijo se necesita poder especial.³⁹

-El mandatario especial para un asunto necesita facultad especial para confesar.⁴⁰

No es necesario poder especialísimo para demandar el divorcio, pudiéndolo hacer el apoderado general judicial.⁴¹

³⁴. S. 9:35 a.m. del 19 de Febrero de 1964, B.J.,p.73.

³⁵. Cta. 6 de Septiembre de 1971, B.J.,p.321.

³⁶. Cartulación Teórica y Práctica. León 1931,p.2.

³⁷. Ob. cit. T 1,p.p.191 y 192.

³⁸. Ob. cit. T 1,p.192.

³⁹. S. 10:30 a.m. del 2 de Septiembre de 1952, B.J.,p.16143.

⁴⁰. S. 11 a.m. del 8 de Junio de 1964, B.J.,p.262.

⁴¹. S. 10 a.m. del 22 de Septiembre de 1967, B.J.,p.203.

Para acusar criminalmente no basta un poder con cláusula especial. Se reitira la consulta del B.J.,p.12389.⁴²

Los abogados con poder general judicial pueden litigar en lo verbal y en lo laboral.⁴³

No se requiere facultad especial para desistir de una cuestión de competencia.⁴⁴

El directamente interesado o el representante legal pueden comparecer personalmente al juicio o por medio de apoderado.⁴⁵

De conformidad con el art. 3 de la Ley de Procuradores de 9 de Octubre de 1897, sólo podrán representar a otras personas en juicio:

a) Los abogados; b) Los notarios; c) Los parientes del poderdante dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad legítima; d) Los que de conformidad a la ley obtengan el título de procurador judicial.

Tanto el poder general o especial judicial autoriza al procurador para tomar parte en el juicio, como podría hacerlo el mandante. El art. 73 de dicha Ley dispone que el poder para litigar se entenderá conferido para todo el juicio en que se presente, y aun cuando no expresa las facultades que se conceden, autoriza al procurador para tomar parte, del mismo modo que podría hacerlo el poderdante, en todos los trámites e incidentes del juicio y en todas las cuestiones que por vía de reconvencción se promuevan hasta la ejecución completa de sentencia definitiva y usar de todos los recursos ordinarios y extraordinarios. Las cláusulas en que se nieguen o en que limiten las facultades expresas, son nulas. Podrá asimismo el procurador delegar el poder obligando al mandante, a menos que se le haya negado esta facultad. Sin embargo, necesita poder especial para usar de las demás facultades de que habla el art. 3357 del Código civil, excepto, claro está, para delegar el poder. De conformidad con el art. 3357C. el mandatario necesita poder especial para:

1.- Confesar en escritos y absolver posiciones, lo mismo que para pedir las en sentido asertivo.

2.- Comprometer en árbitros o arbitradores.

3.- Transigir.

4.- Desistir y aceptar desistimientos en cualquier instancia.

5.- Recibir cualquiera cantidad de dinero o especie.

6.- Deferir el juramento o promesa decisorias.

⁴². Cta. del 16 de Julio de 1968, B.J.,p.421.

⁴³. Cta. del 13 de Septiembre de 1968,B.J.,p.426.

⁴⁴. S. 8:39 a.m. del 5 de Junio de 1972, B.J.,p.124.

⁴⁵. Art. 59 Pr.

7.- Someter el asunto al jurado civil

8.- Inscribir en los Registros de Propiedad.

9.- Operar cualesquiera novaciones.

10.-Recusar con causa.

11.-Sustituir el poder, revocar sustitutos, nombrar otros de nuevo y volver a asumir el poder, cuando lo creyera conveniente.

12.-Girar letras, libranzas, pagarés y otras documentaciones de esta clase.

Los poderes judiciales se puede dar a dos o más procuradores simultáneamente, pero no se admitirán en juicio si se ha otorgado con cláusula de que uno no pueda hacer nada sin los demás.⁴⁶

No obstante, en juicio sólo uno de ellos podrá hacerse cargo de él. Si se presentan varios, el juez los prevendrá que elijan a uno, bajo la pena de cambiarlo si no lo hicieran.⁴⁷

La Corte Suprema ha dicho que:

- Puede servir para mejorar un recurso de casación el poder otorgado para llevar un asunto en segunda instancia, por cuanto la limitación del poder está prohibido por el art. 73Pr. No se aplica al caso el art. 3297C., ya que no se trata de un acto, sino de una serie de actos. Diferentes sería que el poder se otorgara para un acto determinado, como, por ejemplo, asistir a una inspección.⁴⁸

-El poder especial para segunda instancia no es válido para mejorar el recurso de casación.⁴⁹

El mandatario que revele a la parte contrario los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que le perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios quedando además sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.⁵⁰

Los abogados, procuradores, médicos, comadronas o parteras y ministros de cualquier culto religioso no están obligados a declarar sobre hechos que se les haya comunicado confidencialmente en el ejercicio de su profesión u oficio.⁵¹

⁴⁶. Art. 3360C.

⁴⁷. Arts. 3361 y 80Pr.

⁴⁸. S. 11 a.m. del 3 de Octubre de 1913, B.J.,p.250.

⁴⁹. S. 11 a.m. del 16 de Febrero de 1940.B.J.,p.10838.

⁵⁰. Art. 3362C.

⁵¹. Art. 3363C.

IX. Obligaciones del mandatario

1. Ejecución del mandato

Una vez que el mandatario acepta el mandato está obligado a ejecutarlo para lo cual debe ceñirse a los términos o voces del mandato, excepto en los casos en que las leyes lo autoricen a obrar de otro modo.

Sin embargo, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle en actitud de ejecutar el negocio por sí mismo o de cometerlo a diversa persona. De otra manera será responsable de los perjuicios.⁵² La retractación opera antes de que se haya principiado la ejecución, pues ya principiaba lo que cabe es la renuncia.

El mandatario también puede desvincularse de la relación contractual cuando el mandante no cumpla con sus obligaciones. El art. 3338C. establece que el mandante que no cumple por su parte aquello a que está obligado, autoriza al mandatario para desistir del encargo.

También el mandatario no está obligado a cumplir con el encargo cuando se lo impide un caso fortuito o fuerza mayor.

Por otra parte, de conformidad con el art. 331C. el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante, si el daño no ha sido previsto por éste. Lo establecido en el citado artículo es un deber de abstención (obligación de no hacer) y no una causa de liberación de la obligación del mandatario.

El mandatario, pues, está obligado a ejecutar el encargo, salvo los casos anteriormente indicados. De no ejecutarlo es responsable de los daños y perjuicios que cause el mandante con su inexecución.

La doctrina no contempla la posibilidad de obligar al mandatario al cumplimiento forzado del encargo, por cuanto es un contrato *intuitu personae*, resultando peligroso para el mandante obligar al mandatario a ejecutar el encargo en contra de su voluntad. La naturaleza propia del mandato no permite el cumplimiento forzado de la obligación. Por lo expuesto, la inexecución del mandato sólo concede acción de daños y perjuicios en contra del mandatario.

Al mandante le basta probar la existencia del mandato y los daños y perjuicios causados, y el mandatario que quiere exonerarse de responsabilidad debe probar que cumplió con el encargo o que no lo pudo ejecutar por causas ajenas a su voluntad.

⁵². Art. 3307C.

Cuando el mandatario alega que se abstuvo de ejecutar el encargo por ser manifiestamente pernicioso al mandante, debe acreditar tal circunstancia para exonerarse de los daños y perjuicios causados por la inejecución del mandato.

2. Facultad del mandatario

Las facultades del mandatario se determinan de acuerdo con la voluntad del mandante. Sus facultades dependen exclusivamente de esa voluntad. El art. 3310C. dispone que el mandatario se ceñirá a los términos del mandato, excepto en los casos en que las leyes lo autoricen para obrar de otro modo.

¿Pero cómo se determina la voluntad del mandante? No faltan quienes opinan que en el mandato hay que sujetarse a la liberalidad de las palabras, constituyendo un caso de excepción de los contratos, en virtud del cual la intención de los contratantes está por encima de lo literal de la palabra.⁵³ La opinión expresada no es compartida por muchos autores. Se suele distinguir entre las relaciones del mandante y mandatario, y las de éste con los terceros. Con relación a las primeras, debe prevalecer la intención o voluntad del mandante; pero con relación a las segundas, la voluntad declarada, ya que no es posible atender a la intención del mandante.

Es posible que el mandante por ejemplo, confiera poder general o especial de administración o judicial, sin que señale las facultades que concede para el desempeño de la gestión. En tal caso es preciso recurrir a las disposiciones legales que establecen estas facultades, en subsidio de las estipulaciones de las partes.

Con relación al de administración ya hemos visto que el art. 3296C. establece las facultades que tiene el mandatario. En caso, pues, que en el instrumento de mandato no se le señalen al mandatario sus facultades, las establece el art. 3296C.

Con relación al mandato judicial también hemos visto que de conformidad con el art. 73, Pr., el mandatario tiene facultades para intervenir en todo el juicio, hasta la ejecución de sentencia. Igualmente, si en el instrumento de mandato no se le han señalado al mandatario sus facultades, tendrá las establecidas en el mencionado artículo.

En el poder generalísimo tampoco es preciso que se señalen las facultades al mandatario. Este tendrá las señaladas en el art. 3295C. Es posible que el mandante restrinja las facultades que el mencionado artículo ha concedido al mandatario.

Las reglas que regulan la administración del mandato son supletorias de la voluntad de las partes y, como consecuencia, el mandante puede ampliar o restringir las facultades del mandatario. No obstante, con relación al mandato judicial el art. 73Pr. prohíbe que se restrinjan las facultades en él expresadas.

⁵³. Art. 2496C.

El mandatario, pues, debe ceñirse a los términos del mandato. Por ejemplo: el mandatario que tiene poder para vender no puede hipotecar; el mandatario que tiene poder para hipotecar en garantía de un mutuo no puede hipotecar en garantía de otro contrato. Con relación al primer caso no es aplicable la máxima que dice que quien puede lo más puede lo menos, pues, como se ha expresado, el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato.

3. Excepciones a la regla establecida en el art. 3310C.

El art. 3310C. obliga al mandatario a ceñirse a los términos del mandato, «excepto en los casos en que las leyes los autoricen para obrar de otro modo.

El artículo citado, pues, autoriza al mandatario para apartarse de los términos del mandato, siempre que así lo permite la ley. Si no existe una disposición que se lo permita y se aparta de los términos del mandato, incurrirá en responsabilidad con relación al mandante de conformidad con los arts. 3323 y 3333C.

Nuestro Código Civil contempla las excepciones siguientes:

a) De conformidad con el art. 3329C. al mandatario se le autoriza a que se aproveche de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante; con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandante. Ejemplos: Si Juan le da poder a Pedro para que le compre el inmueble X por C\$50,000.00 o bien poder para que obtenga un préstamo a un interés del 15%. Juan puede gestionar y celebrar la compra por un menor precio y el mutuo por menor interés.

El mismo artículo prohíbe al mandatario apropiarse lo que exceda del beneficio o minore el gravamen designado en el mandato. Por el contrario, si negociare con menor beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia.

b) De acuerdo con el art. 3330C. las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con más amplitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante. Por la mencionada disposición se extienden las facultades del mandatario, pero sin que lo autorice a alterar la sustancia del mandato. Por el contrario, si negociare con menor beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia.

b) De acuerdo con el art. 3330C. las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con más amplitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante. Por la mencionada disposición se extienden las facultades del mandatario, pero sin que lo autorice a alterar la sustancia del mandato.

4. Extralimitación de facultades

El mandatario que en el ejercicio del poder se extralimita en sus facultades, incurre en una doble responsabilidad: a) es responsable con su mandante por la infracción del contrato; b) es responsable con relación a terceros cuando éstos no puedan reclamar al mandante el cumplimiento de los contratos celebrados por el mandatario. Para completar el estudio, incluiremos las relaciones entre el mandatario y terceros.

5. Responsabilidad con el mandante

El mandatario que se exceda en sus facultades es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero.⁵⁴

La responsabilidad del mandatario con relación al mandante es de carácter contractual, pues nace en virtud de haberse infringido por parte de aquel una de las principales obligaciones del mandato, que consiste en ceñirse a los términos del mismo.

Si a consecuencia de la extralimitación de las facultades del mandatario resulta obligado el mandante a cumplir con los actos o contratos celebrados por el mandatario, éste debe de indemnizarlo. Sobre este criterio se formula el art. 3355 inc.2C. que dice: «Quedarán asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe, pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice».

Ordinariamente esa es la indemnización que debe el mandatario que se extralimite en sus facultades. Si no resulta obligado el mandante, no existe responsabilidad, salvo que le haya causado algún otro perjuicio.

Es posible que el mandatario se extralimite en sus funciones y además no cumpla con el encargo, en tal caso el mandatario le debe al mandante los perjuicios por la inexecución del mandato. Por ejemplo: Juan le dio mandato a Pedro para que le vendiera el inmueble X y éste lo hipoteca. Pedro no ejecuta el mandato y, por lo tanto, debe los daños y perjuicios por la inexecución del mandato.

Por la extralimitación de hipotecar y no vender, en principio, no debe perjuicio, por cuanto la hipoteca no obliga al mandante, pero si con dicho acto se causa algún otro perjuicio está obligado a repararlo.

6. Actos y contratos nulos

De conformidad con el art. 2440C. son nulos los actos o contratos celebrados por el mandatario a nombre de su mandante excediéndose en los lími-

⁵⁴. Arts. 3323 y 3333 inc. 1C.

tes de sus facultades, o después de terminado el mandato o sin que jamás haya tenido la calidad de mandatario. Son nulos por falta de consentimiento.

Algún sector doctrinal, partiendo de la idea de que el contrato se genera por la voluntad del mandatario y el tercero, estima que los contratos celebrados por el mandatario sin estar autorizado para tal efecto son inoponibles. No obstante, el mandante puede ratificar los mencionados actos.⁵⁵

7. La ratificación

De acuerdo con el art. 3339 inc. 2C. el mandante puede ratificar los actos y contratos celebrados por el mandatario excediéndose en sus facultades. La ratificación es un acto jurídico unilateral y, como consecuencia, no requiere de la aceptación del tercero y del mandatario.

La ratificación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se manifiesta en forma clara que no deja lugar a dudas. Hay aceptación tácita cuando el mandante realizaba hechos que necesariamente importen una aprobación de lo que hubiere hecho el mandatario. Ejemplo: entrega de las cosas vendidas por el mandatario a su nombre, pago del precio de las cosas compradas por el mandatario a su nombre, etc. También la aceptación tácita resulta, según lo establece el art. 3340C., del silencio del mandante, si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiera hecho no le hubiere contestado sobre la materia. El Código no señala plazo dentro del cual deba contestar el mandante, por lo que creo que debe ser en plazo razonable.

La ratificación equivale al mandato y tiene efecto retroactivo entre las partes para todas las consecuencias del mandato; pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiere constituido a favor de terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación.⁵⁶ Por ejemplo: Juan le da poder a Pedro para que hipoteque el inmueble X y éste lo vende a Manuel, luego Juan lo hipoteca a José. Por último Juan ratifica la venta. La ratificación de la venta no perjudica a la hipoteca constituida a favor de José. Otro ejemplo: Juan, mandatario de Pedro, vende al mismo inmueble X a Manuel. Pedro no puede ratificar la venta hecha por el mandatario y si lo hace no afectaría la venta que le hizo a Manuel. La ratificación, pues, no opera con efecto retroactivo en cuanto perjudique a Manuel (tercero) que contrató con Pedro (el mandante).

El art. 3341C. se refiere a los actos o contratos celebrados por el mandante y el tercero (en los ejemplos José y Manuel), por lo que si el tercero hubiere contratado con el mandatario, la retroactividad de la ratificación no resulta perjudicada por los derechos que invoque el tercero. Ejemplo: Juan da poder a Pedro para que venda el inmueble X y éste lo vende sucesivamente a Diego y a José.

⁵⁵. Arts. 2440 y 3339C.

⁵⁶. Art. 3341C.

Juan puede ratificar la primera venta, o sea, la hecha a favor de Diego, sin que los derechos de José entorpezcan la retroactividad de la ratificación.

Una vez hecha la ratificación se torna irrevocable. El mandante pasa a ser parte del contrato, y, en consecuencia, no podrá ser invalidado, sino por consentimiento mutuo o por causas legales.⁵⁷

8. Relaciones del mandatario y los terceros

Cuando el mandatario se excede en sus funciones en la ejecución del mandato, responde no sólo el mandante, sino también puede contraer responsabilidad con el tercero.

Para el estudio de la responsabilidad del mandatario con los terceros es preciso distinguir: a) cuando el mandatario contrata a su propio nombre; b) cuando el mandatario contrata a nombre del mandante.

a) Cuando el mandatario contrata a su propio nombre.

En este supuesto el mandatario se obliga personalmente a cumplir con la prestación pactada y no obliga respecto de terceros al mandante⁵⁸. Para los terceros el mandato es un *res inter alias acta*.

No se presenta, pues, en este caso el problema de la extralimitación de facultades, ya que el tercero dirige su acción contra el personalmente obligado, o sea, el mandatario para que cumpla con lo estipulado.

b) Cuando el mandatario contrata a nombre del mandante.

Cuando el mandatario actúa a nombre del mandante, el tercero entiende que se ha vinculado por el acto o contrato directamente con el mandante y no con el mandatario, desapareciendo éste una vez ejecutado el acto.

En este caso, si el mandatario se extralimita en sus funciones, el acto es nulo y no perjudica al mandante. Por otra parte, el mandatario no está obligado a cumplir el acto o contrato, pues no se ha obligado personalmente.

Frente a tales situaciones que pueden causar perjuicios, el Código en su art. 333C. regula la responsabilidad del mandatario que se excede en sus facultades.

De acuerdo con la disposición citada, en principio el mandatario no responde a los terceros que han contratado excediéndose en sus facultades, salvo las

⁵⁷. Art. 2479C.

⁵⁸. Art. 3333 inc. 1C.

excepciones legales. Tal criterio se desprende del inc. 1 del art. 3333C. que dice:»El mandatario que ha excedido de los límites de su mandato, es solo responsable al mandante. Es responsable a terceros...». La norma general tiene dos excepciones que el mismo art. 333C. establece; a saber:

-Cuando el mandatario no le ha dado al tercero suficiente conocimiento de sus poderes.

La responsabilidad del mandatario para con el tercero es de carácter extracontractual, pues entre ellos no media ningún contrato que los vincule. La causa de esta responsabilidad es la culpa o el dolo del mandatario al no darle suficiente conocimiento de sus poderes al tercero, y, como consecuencia, se rige por las disposiciones que regulan los delitos y cuasidelitos. El mandatario que cumplió con la referida información no responde de los perjuicios.

-Cuando el mandatario se ha obligado personalmente.

Se entiende que el mandatario se obliga personalmente cuando se ha constituido deudor solidario o subsidiario del cumplimiento de la obligación contraída a nombre de su mandante. Aquí el mandatario actúa por sí y en nombre del mandante. También se obliga personalmente cuando se compromete a que el mandante ratifique el acto o contrato celebrado a su nombre.

9. Diligencia del mandatario en la ejecución del encargo

De conformidad con el art. 3309C. el mandatario cuidará como un buen padre de familia del cumplimiento del encargo. Pero esta responsabilidad será más estricta si el mandato es remunerado.

Si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre el recae.⁵⁹

10. Caso fortuito o fuerza mayor

Como norma general el mandatario no es responsable del caso fortuito o fuerza mayor. De acuerdo con el art. 3317C. las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante perecen para el mandatario aun por fuerza mayor o caso fortuito. Aquí se explica la regla establecida en el art. 1923C. de que la pérdida del género no extingue la obligación.

Pero si las especies metálicas están contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados, estamos en presencia de un cuerpo cierto, y, como consecuencia, el

⁵⁹. Art. 3317C.

riesgo del caso fortuito o fuerza mayor que recae sobre ellos está a cargo del mandante,⁶⁰ pues las cosas perecen para su dueño.

También por medio de convenio el mandatario puede asumir el caso fortuito o fuerza mayor.

11. Delegación del mandato

En la doctrina se discute acaloradamente sobre la facultad del mandatario para delegar el poder. Nuestro Código en el art. 3313C. expresamente establece que el mandatario no puede sustituir (delegar) el encargo si en el poder no se le autoriza para ello. Esto es una consecuencia de que el mandato es *intuitio personae*.

No obstante, la regla general establecida en el citado artículo tiene como excepción el art. 73 Pr. que permite al mandatario judicial delegar el poder aunque no se le haya autorizado expresamente a ello; a menos, claro está, que se le haya prohibido la delegación. El art. 73 Pr. modifica, pues el art. 3313C. La Corte Suprema ha dicho que el art. 73 Pr. autoriza al procurador a delegar el mandato, salvo que se le haya prohibido.⁶¹

La delegación presenta un conjunto de relaciones que es preciso distinguir para su estudio: a) relaciones entre mandante y mandatario; b) relaciones entre mandantes y delegado; c) relaciones entre mandatario y delegado; d) relaciones entre mandante y terceros.

A. Relaciones entre mandantes y mandatarios

El mandatario que, de conformidad con el art. 3313C., delegó el poder con facultades para ello sólo responderá de los actos del delegado:

-Cuando habiéndose designado la persona en que se deberá delegar el mandato, hace tal delegación en otra persona. Existe en tal caso una extralimitación de las facultades del mandatario.

-Cuando se trata de poder especialísimo, la situación sólo podrá hacerse en la persona o personas que el mandante señale en el mismo poder.⁶²

Cuando la sustitución se hizo en la persona designada en el instrumento del mandato, no existe responsabilidad de parte del mandatario por los actos del delegado, quien responde directamente al mandante. A tenor del art. 3326C. se constituye un nuevo mandato entre el mandante y el delegado.

⁶⁰. Art. 3317C.

⁶¹. Cta. 22 de Diciembre de 1948, B.J.,p.14926.

⁶². Art. 3313 inc. 2C.

-Cuando habiéndose autorizado la delegación y no señalándose la persona en quien debe delegarse, el mandatario delega el encargo en una persona que fuere notoriamente incapaz o insolvente.

Expresa Brenes Córdoba que en este acto el delegante responde aun el supuesto de que llegase a probar que no conocía el estado de incapacidad o insolvencia, puesto que antes de verificar la sustitución, estaba en el deber de inquirir con diligencia las verdaderas condiciones de aquel a quien proponía nombrar en su reemplazo.⁶³

B. Relaciones entre mandante y delegado

Nuestro Código Civil no ha regulado debidamente este tipo de relaciones. Para el estudio de estas relaciones es preciso determinar si el mandatario hizo la delegación a su propio nombre o a nombre del mandante.

Si lo hizo en la primera forma, el mandante carece de acción directa en contra del delegado, para quien el mandato entre el mandante y mandatario es una *res inter alias acta*. El delegado le responde directamente al mandatario y no tiene obligación con el mandante. Hay un nuevo mandato entre el mandatario y el delegado.

Sin embargo, de conformidad con el art. 3327C. el mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo. El mandante, pues, puede sustituir al mandatario para ejercitar las acciones que éste tiene contra el delegado, por ejemplo, la de rendición de cuentas, la de indemnización por incumplimiento, etc. Al ejercitar estas acciones el mandante hace uso de la acción subrogatoria, llamada también oblicua o indirecta, regulada en los arts. 1870 y 2493C.; Si el mandatario delega el poder a nombre de su mandante, obliga a éste directamente con el delegado y viceversa.⁶⁴ Así como obliga al mandante a los actos a que está facultado a ejecutar, también lo obliga cuando delega el mandato. Existe acción directa del mandante contra del delegado. Es responsable directamente ante el mandante por el incumplimiento del mandato y de la rendición de cuentas.

C. Relaciones entre mandatario y delegado

Cuando la delegación se hizo a nombre del mandatario se constituye un nuevo mandato entre el mandatario y el delegado, por lo que serán las reglas del mandato las aplicables a dicha delegación.

Cuando la delegación se hizo a nombre del mandante, éste queda obligado y el mandatario no se obliga personalmente, siempre que obre dentro de los

⁶³. Ob. cit.p.p.502 y 503

⁶⁴. Art. 3331 inc. 1C.

límites del mandato. Si se extralimita, responde al mandante y no al delegado, a menos que no le haya dado suficiente conocimiento de sus poderes.⁶⁵

No obstante lo expuesto, como el mandatario continúa vinculado al mandato, tiene acción e interés para exigirle cuentas al delegado, como asimismo puede revocar la sustitución si se le concedió facultad para ello y se reservó tal derecho al hacer la sustitución.⁶⁶ El delegado le responde del cumplimiento del mandato.

La Corte Suprema ha dicho que:

-Si el mandatario, con facultad especial de sustituir el poder y volverlo a asumir cuando lo creyera conveniente, al sustituirlo no se reserva la facultad de volverlo a asumir, no podrá hacer uso de ella. Art. 87Pr. y 3357C.⁶⁷

- El mandatario que sustituye el poder sin reservarse la facultad de volverlo a asumir renuncia expresamente a él y no puede ejercerlo, si no se le otorga uno nuevo.⁶⁸

D. Relaciones entre el mandante y los terceros

Para el estudio de estas relaciones es preciso distinguir:

i) Si el mandante no autorizó la sustitución. En este caso los actos del delegado no obligan al mandante, por cuanto aquél no lo representa legalmente. El art. 3325C. expresa que la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado. Por otra parte, el mandante puede pedirle al mandatario los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado.

Si la delegación fuere hecha a nombre del mandatario es válida, pero será responsable de los daños a tenor del art. 3333 inc. 1)C. El mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que ha confiado el encargo.

ii) Si el mandatario expresamente autoriza la delegación. En tal caso es preciso distinguir:

-Cuando el mandatario designa la persona en que debe hacerse la delegación.

Si el mandatario delega en la persona designada, se extingue su mandato y nace otro nuevo mandato entre el mandante y el delegado.

El mandatario puede ejecutar el encargo personalmente o encomendarlo al delegado, si hace lo primero cumple con el contrato y éste se extingue de conformidad al mismo inciso de la disposición citada y nace un nuevo mandato

⁶⁵. Art. 3333C.

⁶⁶. Art. 3314C.

⁶⁷. S. 12 m. del 2 de Mayo de 1917, B.J.,p. 1558.

⁶⁸. C. 20 de Abril de 1921, B.J.,p.3276; 1C. 26 de Septiembre de 1962, B.J.,p.555.

ente el mandante y delegado de acuerdo con el art. 3326C. y, como consecuencia, no puede ser revocado por el anterior mandatario, como asimismo no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga a dicho mandatario.

Los actos del delegado obligan al mandante, a quien representa legítimamente.

Si la delegación se hizo a nombre del mandatario se forma un mandato independiente entre el mandatario y el delegado. Los actos o contratos ejecutados por éste no dan acción contra el mandante, sino contra el mandatario. No obstante, el mandante podrá ejercitar las acciones a que se refiere el art. 3327C.

- Cuando el mandante no señala la persona del sustituto.

En este supuesto el mandatario debe tener el cuidado de encargar la gestión a un delegado que sea solvente y capaz.⁶⁹

El mandatario es responsable de los hechos del delegado insolvente o incapaz, siempre que sean notorias esas circunstancias al momento de hacerse la sustitución, como lo establece el art. 3313C. Por regla general, el mandatario no responde por los hechos del delegado, salvo en los casos de insolvencia o incapacidad.

El delegado obliga al mandante. Claro está que para que surja esta obligación, el delegado debe actuar dentro los límites del mandato y de los fijados en el título de sustitución, salvo que el mandante los ratifique expresa o tácitamente.

12. La autocontratación

A. Su regulación

La autocontratación o contrato consigo mismo tiene importancia práctica. No obstante, carece de reglamentación adecuada en la mayoría de los Códigos. Esto da pie a que se discuta en la doctrina sobre si está prohibida o permitida. En Francia, por ejemplo, no se regulan en forma general. Empero, existen normas especiales que la prohíben en determinados casos o bien la rodean de precauciones. De aquí que la doctrina se encuentre dividida sobre su procedencia. La mayoría sostiene que es admisible en general y solo se prohíbe o limita en los casos especiales establecidos en la ley. La minoría sostiene que esas disposiciones establecen una prohibición general y que la autocontratación sólo es admisible en los casos que la ley lo permite.

En Alemania se prohíbe en general la autocontratación. El art. 181 del Código Civil alemán dice: «Un representante no puede, en tanto que otra cosa no le esté permitido, celebrar en nombre del representado consigo mismo en nombre propio o como representante de un tercero, un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación».

⁶⁹. Art. 3313C.

En torno a la naturaleza jurídica del contrato consigo mismo también se encuentra dividida la doctrina. Unos no aceptan al autocontrato como fuente de obligaciones convencionales, pues se estima que es un acto unilateral que produce los efectos del contrato. Dentro de esta corriente se encuentra juristas alemanes. Otros consideran que la obligación que nace es de origen contractual. Por último hay quien piense que se trata de un acto híbrido que se asemeja al acto unilateral y al contrato.

En el autocontrato una misma persona actúa ya sea como interesado directo y representante de otra, ya sea como representante de ambas partes, o ya sea como representante de dos patrimonios que le pertenecen. Una misma persona, pues, realiza el acto en la forma indicada.

Nuestro Código Civil no lo regula ni lo prohíbe en forma expresa. Se refiere a él, ya sea:

a) Negándolo.

Los arts. 448, 446 y 2565 incs. 1 y 6C. lo prohíben. Disponen dichos artículos:

«Art. 448. «El guardador no podrá aceptar para sí mismo a título gratuito u oneroso la cesión de ningún derecho o crédito del menor. Solo puede adquirir ese derecho por herencia».

Art. 466. «El guardador, ni con autorización judicial, podrá comprar por sí o interposita persona, bienes raíces del pupilo ni muebles preciosos o que tengan valor de afectación o tomarlos en arriendo; se extiende esta prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes».

Art. 2565. «No podrán adquirir por compra aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1. El guardador, los bienes de la persona o personas que están bajo su guarda.
2. El padre o madre, los de sus hijos que estuviesen bajo su patria potestad».

Excepcionalmente la prohibición del art. 466C. cesa en el caso que el guardador, su mujer, ascendiente o descendiente, parientes o socios, sean coherederos o partícipes del menor.⁷⁰

b) Señalándole condiciones.

i) Autorización judicial (caso de los guardadores).

⁷⁰. Art. 471C.

De acuerdo con el art. 465C., por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el guardador, su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, sus hermanos, sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización judicial.

No obstante, como hemos visto anteriormente, el guardador, su cónyuge, ascendiente o descendiente no podrán comprar para si o interposita persona los bienes raíces del pupilo y los muebles preciosos o que tengan valor de afección ni aun con autorización judicial. La prohibición es absoluta, salvo los casos de excepción establecidos en el art. 471C.

El art. 447C. dispone que el guardador no podrá hacer el pago de sus créditos contra el menor sin la aprobación judicial.

Por otra parte, el art. 462C. dispone que el guardador podrá cubrir con el dinero del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste. Llevando los intereses legales; mas para ello deberá ser autorizado por el Juez.

De conformidad con las disposiciones citadas tampoco existe autocontratación, por cuanto se exige la autorización del Juez. Se exige la voluntad al Juez.

Esta condición no la deja operar. El guardador no puede autocontratar, pero si puede contratar con el pupilo en la forma indicada. Confirma lo expuesto el art. 463C. que dice que si el pupilo le fuere deudor de alguna especie raíz o mueble, a título de legado, donación o cualquier otra, será preciso que la posesión de ella se le de por el Juez.

ii) Consentimiento del mandante.

El art. 3312C. dice: «No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le haya ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le haya ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.

Si tuviere encargo de tomar dinero prestado, podrá prestarlo al mismo interés designado por el mandante, a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero al interés no podrá tomarlo prestado para sí, sin la aprobación del mandante».

La prohibición establecida en el inciso primero del artículo transcrito desaparece cuando el mandante autoriza expresamente al mandatario; pero tal circunstancia le quita el carácter de autocontrato, dándole el de contrato, por la intervención de la voluntad del mandante y del mandatario.

La prohibición se aplica tanto para la venta o compra de bienes muebles como de inmuebles, ya sea que se haga privadamente o en pública subasta, pues el referido inciso no distingue. El art. 2565 inc. 2C. dice: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

2. Los mandatario, los bienes de cuya administración o enajenación estuvieren encargado.»

En el art. 3312 inc. 2C. se prohíbe al mandatario que tome el dinero para sí que según el mandato está destinado a ser prestado. La ley le prohíbe ser mutuario del mandante. No puede, pues, existir autocontratación.

En cambio si el mandante lo autoriza a recibir prestado para sí la suma recibida, pues validamente constituirse en mutuario o deudor de su mandante. Pero en tal caso no hay autocontrato, pues al intervenir la voluntad del mandante surge un contrato.

c) Permitiéndolo.

El inc. 2 del art. 3312C. permite que el mandante sea mutuamente de su mandante por medio de la autocontratación. El mencionado inciso dice que «si tuviere encargo de tomar dinero prestado, podrá prestarlo al mismo interés designado por el mandante, o a falta de esta designación el interés corriente...».

A simple vista pareciera que el art. 3319C. autoriza la autocontratación, pero no es así. Se limita a sancionar los abusos del mandatario. Dice así: «El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día que lo hizo, y de la que reste a deber, concluido el mandato, desde que se ha constituido en mora».

La Corte suprema ha dicho que el art. 3319C. comprende dos casos: a) cuando el mandatario retiene una cantidad de dinero y la aplica para usos propios, comete un acto irregular, cuando no delictuoso y debe intereses compensatorios, por la cual es justo que abone intereses corrientes desde la fecha de la mala aplicación; b) cuando al rendir la cuenta resulta deuda, los intereses los debe por la demora y, en consecuencia, deben ser los legales y la mora no comienza con la demanda sino con la sentencia.⁷¹

B. Otros casos de autocontratación

a) Autorización del mandante.

El mandante puede autorizar expresamente al mandatario a celebrar el acto jurídico consigo mismo. En tal caso, por ejemplo, el mandatario encargado

⁷¹. S. 11:30 a.m. del 25 de Abril de 1929, B.J., p.6958.

de hipotecar, pactar una sociedad, arrendar, etc., puede hipotecarse, arrendarse asimismo los bienes de su mandante, o celebrar la sociedad con su mandante.

Si el mandante le ha prohibido la autocontratación y a pesar de ello la realiza, se habrá extralimitado en sus funciones y se produce la nulidad del acto o contrato.

b) Mandatario de dos mandantes.

El mandatario de dos mandantes puede celebrar el acto o contrato consigo mismo, obligando así a ambos mandantes. Ejemplo: el mandatario actúa como vendedor de un mandante y como comprador del otro mandante. Para este supuesto no rige el art. 3312C.

c) Mandatario y representante legal de otro.

También se sostiene que en este caso cabe la autocontratación. No se aplicará el art. 3312C.

d) La autocontratación y el comisionista.

El Código de Comercio prohíbe la autocontratación al comisionista, a menos que el comitente lo haya autorizado expresamente. El art. 424C.C. dice: «Ningún comisionista comprará, ni para sí ni para otro lo que se le hubiere mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente».

C. Los corredores, martilleros y la autocontratación

Los corredores y martilleros no pueden celebrar acto o contrato consigo mismo.⁷²

D. El acto consigo mismo en materia judicial

En materia judicial no es permitido el acto consigo mismo. La prohibición no se encuentra regulada en forma general, pero resulta de varias disposiciones legales.

Al art. 867Pr. dispone que habrá lugar al nombramiento de guardador *ad litem*, si se necesitare, cuando los padres del menor sujeto a patria potestad, o su guardador, si estuviere sujeto a guarda, no pudieren representarlo por estar en opuesto interés, cuando el inhábil se halle en opuesto interés con su guardador, y en el caso del art. 328 inc. 5C.

El art. 725 Pr. dispone que cuando el hijo demandare al padre se le nombrará un curador para la litis.

⁷². Arts. 55 incs. 1 y 4 y 74 C.C.

Por otra parte de conformidad con el art. 373Pn. cometen también prevaricato los abogados, procuradores, o defensores que aconsejan, representen o defienden a ambas partes simultáneamente, o que después de aconsejar, representar o defender a una parte, aconsejen, representen o defiendan a la contraria en la misma causa.

E. Aceptación de la autocontratación

Creo que en nuestra legislación, en términos generales, es permitida la autocontratación, excepto en los casos expresamente prohibidos o cuando represente un peligro para el mandante, pues en el derecho privado es permitido hacer lo que la ley no prohíbe, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

13. Rendición de cuentas

Una de las principales obligaciones que tiene el mandatario es la de rendir cuentas de su administración, a fin de que el mandante conozca la forma en que se realizó la gestión, el resultado de la misma y le restituya todo lo que ha recibido en virtud del mandato. El art. 3318C. dispone que el mandatario está obligado a dar cuenta de su administración conforme al convenio si lo hubiere; no habiéndolo, cuando el mandante lo pierde, y, en todo caso, al fin del contrato.

Está obligado a rendir cuentas el mandatario mercantil, civil y judicial. Asimismo cabe la rendición de cuentas ya sea que el mandatario haya contratado a nombre del mandante o a su propio nombre.

Si el mandatario celebra los actos y contratos a su propio nombre, debe traspasar los bienes y derechos adquiridos para el mandante y las deudas constituidas a favor de terceros. Por ejemplo: si dio en préstamo a su propio nombre dinero del mandante, debe ceder los créditos; si compra a su propio nombre las cosas que el mandante le encarga comprar, deberá hacer el traspaso de las mismas.

La rendición de cuentas puede ser judicial o extrajudicial. Si es extrajudicial las partes libremente pueden pactar la forma y condiciones.

A falta de acuerdo extrajudicial, el mandante debe recurrir a la justicia ordinaria para obligar al mandatario a rendir las cuentas. El Código de Procedimiento Civil establece un juicio especial para rendición y examen de las cuentas.⁷³

X. Obligaciones del mandante

El art. 3337C. enumera las obligaciones a que está sujeto el mandante. De conformidad a dicha disposición el mandante está obligado:

⁷³. Arts. 1405 a 1419 Pr.

1. A proveer al mandatario de los necesario para la ejecución del mandato

Si el mandante lo otorga poder para comprar o dar dinero, debe entregar las sumas correspondientes para realizar el encargo. Si el mandante no cumple con dicha obligación queda autorizado el mandatario a desistir de su encargo a tenor de lo dispuesto en el art. 3338C.

No hay que confundir la renuncia del mandatario regulada en el art. 3345 inc. 4C. con el desistimiento regulado en el art. 3338C. La renuncia opera con independencia del cumplimiento o incumplimiento por parte del mandante; en cambio el desistimiento es un derecho que se le confiere al mandatario en virtud del incumplimiento de las obligaciones del mandante. Se estima que este desistimiento tiene que hacerse en forma judicial, ya que nadie puede hacerse justicia por sí mismo.

2.A reconocerle los gastos razonables causados en la ejecución del mandato

Esta obligación tiene su justificación en la circunstancia de que el mandatario gestiona por cuenta y riesgo del mandante. Los gastos a que está obligado son los razonables. No se reconocerán los exagerados.

3. A pagarle la remuneración estipulada o usual determinada por peritos

Se fijan los honorarios del mandatario de dos maneras:

a) Por medio de la convención;

b) Por medio de peritos, en defecto de convención, salvo que exista ley que ya los establezca, como suele darse con los abogados y notarios, que tienen tasados sus honorarios de acuerdo con el Código de Aranceles Judiciales. En este Código prevalece el convenio de las partes⁷⁴, y en su defecto se aplican los honorarios tasados en el mismo.

El mandatario pierde el derecho a percibir los honorarios si ha incurrido en culpa de conformidad con el art. 3337C. parte final.

4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes. Estos son otros desembolsos que debe pagar el mandante, junto con el interés

5. A indemnizarle las pérdidas que se le hayan ocasionado sin culpa suya o por causa del mandato. El mandante está obligado

⁷⁴. Arts. 3 y 94.

a indemnizarle las pérdidas que sufrió el mandatario por causa del mandato, ya que como hemos visto, el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante. Si el daño proviene por culpa del mandatario no existe obligación por parte del mandante de repararlo. Los daños que se deben son los que tengan por causa directa el mandato, ya sea gratuito u oneroso. Algunos piensan que esta es una obligación contractual y otros que es legal

Por otra parte, el mandatario puede por convenio asumir los riesgos, en cuyo caso sufrirá las pérdidas que le ocasiona el mandato. El mandante no podrá excusarse de cumplir las obligaciones anteriormente enumeradas aunque el negocio encomendado al mandatario no haya tenido buen éxito, o aunque los gastos y pérdidas habidas en el mandato pudieran ser menores, salvo que haya culpa de parte del mandatario, en cuyo caso debe los daños y perjuicios que le cause al mandante.

Dice Brenes Córdoba: «Más en los casos normales, es inexcusable para el mandante el reconocimiento y pago de los créditos que en su contra resulten por las obligaciones que quedan especificadas, aun en el supuesto de que el negocio que encomendó al mandatario no hubiere tenido resultados favorables, porque como es de toda evidencia, el mandato no se extiende a garantizar el buen éxito de las operaciones que en virtud de él se realicen»⁷⁵. Para este autor la obligación del mandatario es de medio y no de resultado. El abogado, por ejemplo, está obligado a emplear toda su diligencia y conocimiento en la tramitación del juicio, pero si por su culpa no apela de una sentencia injusta, no solo pierde el derecho a los honorarios, sino que también responde de los daños y perjuicios que haya causado al mandante.

Por otra parte, si el mandante no cumple con sus obligaciones, queda el mandatario autorizado a desistir el encargo según lo dispone el art. 3338C.

El art. 3343C. le concede al mandatario el derecho legal de retener los objetos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, con el objeto de garantizar el pago de las prestaciones que le debe el mandante.

Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común le quedan obligados solidariamente para los efectos del mandato.⁷⁶

Algunos consideran como obligación principal, la que tiene el mandante de cumplir con las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Por ser este un punto que se relaciona con los efectos del mandato, en ese lugar lo estudiaremos. Esta obligación se deriva del contrato celebrado por medio del mandato y no del mandato propiamente dicho.

XI. Efectos del mandato entre el mandante y terceros

⁷⁵. Ob. cit., p.p. 507 y 508.

⁷⁶. Art. 3344C.

Para el estudio de estos efectos es preciso distinguir si el mandatario actuó en su propio nombre o en nombre del mandante.

1. El mandatario actúa en su propio nombre

Cuando el mandatario actúa en su propio nombre no obliga al mandante, según lo dispone el artículo 3331 inc. 1C. Por el contrato que así se celebra solamente quedan vinculados el mandatario y el tercero. El mandante es extraño a este contrato, no es parte y, como consecuencia, carece de acción para pedir su cumplimiento, resolución o cualquier otra acción que resulte del incumplimiento total o parcial del mismo. En resumen, por los actos o contratos del mandatario celebrados en su propio nombre, no resultan vínculos obligatorios entre el mandante y el tercero. Pero como el acto o contrato lo ejecuta por cuenta y riesgo del mandante, debe traspasarle a éste las cosas o derechos adquiridos, pues es su obligación principal hacerlo. Por ejemplo: si compra con dinero y por encargo del mandante, da en préstamo una suma de dinero, debe ceder el crédito al mandante.

Cedido el derecho, el mandante podrá pedir su cumplimiento, pero en su calidad de cesionario y no de mandante. La cesión debe notificarse al deudor de acuerdo con los arts. 2720C. y sigts.

El mandante recibe junto con los créditos también las deudas. Hecho el traspaso de las deudas, el mandatario continúa obligado al tercero con quien contrató.

Aceptado el traspaso de la deuda, el mandatario y mandante continúan obligados; el primero en su calidad de deudor y el segundo en su carácter de deudor solidario o subsidiario, según se desprenda del convenio. Existe, pues, a favor de los terceros acción para dirigirse contra el mandatario como deudor principal, o contra el mandante como deudor solidario o subsidiario.

Si el tercero acepta liberar al mandatario se realiza una novación por cambio de deudor⁷⁷. También el mandante tiene acción para que el mandatario le transmita el derecho adquirido por su encargo, si se atrasa en dicha transmisión o se resiste a hacerla. Esta acción nace del mandato y el mandante debe acreditar el poder otorgado.

2. El mandatario actúa en nombre del mandante

Cuando el mandatario contrata a nombre del mandante, éste queda vinculado al contrato, como si él lo hubiera celebrado⁷⁸. El mandatario no se obliga a favor de los terceros. Es el mandante el que queda obligados con los terceros.

⁷⁷. Art. 2101C.

⁷⁸. Art. 3331 y 3339C.

Si el mandatario celebra el acto o contrato dentro de los límites del mandato, dichos actos quedan legítimamente constituidos y, como consecuencia, no es necesaria la aceptación del mandante.

3. Nulidad por vicios del consentimiento

Si la voluntad del mandatario es afectada por un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) el contrato es nulo y el mandante tiene acción para pedir dicha nulidad, ya que se estima que es el mandatario el que manifiesta su voluntad junto con el tercero, dando vida al acto. Si el error o la fuerza lo ha sufrido el tercero que contrató con el mandatario, éste tiene derecho a pedir la nulidad del contrato. Si esta solución es generalmente aceptada, no pasa lo mismo con relación al dolo que sufre el tercero por parte del mandatario.

Algunos opinan que el dolo no es oponible al mandante. Se parte del siguiente razonamiento: a) que el mandante no ha intervenido en el nacimiento del contrato y, como consecuencia, no ha participado en la maquinación fraudulenta; b) que de conformidad con el art. 2460C., el dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes. Como resultado de esta opinión el tercero sólo tendrá acción por el total de los daños y perjuicios en contra del mandatario que fraguó el dolo y contra el mandante hasta el monto del provecho que hubiere del dolo, de conformidad con el mencionado artículo.

Sin embargo, la opinión dominante estima que el dolo del mandatario autoriza al tercero que lo sufrió a pedir la nulidad del acto o contrato. No vaya a creerse que con esta solución el mandatario queda libre de responsabilidad frente al tercero que sufrió el dolo, pues le debe pagar los daños y perjuicios que le causare; como tampoco que el dolo se transfiere al mandante. El dolo es una actitud muy personal que no puede transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte. De aquí que el tercero puede pedir contra el mandante la nulidad del contrato, pero no así los daños y perjuicios causados por la unidad, ya que el mandante no responde de los delitos o cuasidelitos cometidos por el mandatario en el ejercicio del mandato. De conformidad con el art. 2509C. el que causa daño en el que lo debe reparar. Esta es la regla general.

No obstante, existen casos excepcionales en que, por razones de dependencia, se responde del delito y cuasidelito de esas personas que están bajo su cuidado o dependencia. El caso del mandatario no encaja en ninguno de los contemplados por el Código Civil, razón por la cual el mandante no responde de los delitos y cuasidelitos del mandatario.

Tampoco puede fundarse esta responsabilidad en el hecho propio regulado en el art. 2509C., ya que el mandatario no ha recibido poder para cometer el delito. En otras palabras, no se puede fundar en la teoría de la representación. En la doctrina se sostiene que el mandatario que ejecuta un hecho ilícito obra por su cuenta y riesgo y no puede hacerlo a nombre y por cuenta del mandante. Su actuación ilícita no trasciende al mandante.

No obstante, si el mandante y mandatario se han puesto de acuerdo para la comisión del hecho ilícito, el perjudicado tendrá acción de daños y perjuicios contra el mandante y mandatario, quienes serán solidariamente responsables de conformidad con el art. 2510C.

También se considera, para la procedencia de la acción pauliana, que el fraude del mandatario equivale al del mandante; asimismo para la procedencia de la acción de simulación se considera que la simulación del mandatario equivale a la del mandante.

XII. Extinción del mandato

1. Causa de extinción del mandato

El art. 3345C. enumera las causas por las cuales termina el mandato. Esta lista no es cerrada, ya que el mandato puede extinguirse por otras causas diferentes. Por ejemplo la doctrina estima que el mandato se extingue:

a) Por convenio entre el mandante y mandatario.⁷⁹ Se estima que esta forma de terminar con un contrato, denominada resciliación, tiene escasa aplicación con relación al mandato, ya que éste puede terminarse por la voluntad de cualquiera de las partes por medio de la revocación o renuncia. No obstante, se considera que puede tener utilidad, por cuanto la renuncia puede dejar pendiente responsabilidades que la convención evitaría.

b) por novación, tanto por cambio de acreedor como por cambio de deudor. Se produce la primera cuando el mandatario consiente asumir la obligación a favor del nuevo mandante.

Se produce la segunda, si el mandante libera al primer mandatario. Se estima que hay novación por cambio de deudor, de acuerdo con el art. 3326C., cuando el mandatario delega en la persona designada por el mandante.

c) Por transacción celebrada entre el mandante y mandatario.

d) Por confusión en una misma persona de las calidades de mandante y mandatario, como sucede cuando el socio mandatario se hace cargo del activo y pasivo de la sociedad.

e) Por caso fortuito o fuerza mayor, como sucederá si se destruyera el negocio (tienda o fábrica) que administraba el mandatario.

f) Por nulidad.

⁷⁹. Art.2004C.

2. Causales establecidas en el art. 3345C

De conformidad con el art. 3345C. el mandato termina:

A. Por el desempeño del negocio para que fue constituido

Ejecutado el negocio objeto del mandato, se produce su extinción. Esta primera causal de extinción sólo se refiere al mandato especial. Por ejemplo: conferido mandato para vender el inmueble X se extingue el mandato una vez que se haya hecho la venta; conferido poder para un determinado litigio, se extingue el mandato con la ejecución completa de la sentencia ejecutoriada.⁸⁰

Es conveniente advertir que si con su extinción el mandato deja de producir efectos, es posible que subsistan obligaciones por parte del mandante y mandatario. El mandante, por ejemplo, puede deberle los honorarios al mandatario, o bien el mandatario tiene pendiente la obligación de rendir cuentas. Todas estas obligaciones tienen que ser solventadas.

B. Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijada para la terminación del mandato

El mandato puede estar sujeto a un plazo extintivo a una condición resolutoria.

C. Por la revocación del mandato

El mandato, como contrato *intuitu personae*, es esencialmente revocable. Como consecuencia, tal revocación puede hacerla sin necesidad de justificar causas ni de explicar razones, etc. La capacidad para la revocación es la misma que para conferir el mandato.

Es contrato de mandato, dice la Corte Suprema, el celebrado por la Municipalidad con un tercero para el cobro de impuestos mediante el pago de un porcentaje y, por lo tanto, puede cancelarlo aunque tenga plazo. Art. 3345 inc. 3C.⁸¹ También ha dicho que el mandante puede revocar el mandato sin incurrir en responsabilidad.⁸²

Por otra parte, el mandante puede revocar el mandato aunque se hayan estipulado honorarios para el mandatario, sin que sea posible argüir que se incumple con lo estipulado, pues el mandante usó de un derecho que la ley le otorga.

Claro está que si el mandatario ya realizó el negocio, por ejemplo, vendió el inmueble objeto del encargo, carece de eficacia la revocación posterior, por cuanto el mandatario ya cumplió el encargo y, como consecuencia, el mandato se ha extinguido de conformidad al inc. 1. del art. 3345C. No hay mandato que revocar.

⁸⁰. Art. 73Pr.

⁸¹. S. 12 m. del 15 de Abril de 1915, B.J.,p.749.

⁸². S. 12 m. del 5 de Mayo de 1923, B.J.,p.3970.

a) Clases de revocación.

La revocación puede ser: i) total o parcial; ii) expresa o tácita.

i) Revocación total o parcial.

El mandante puede a su arbitrio revocar total o parcialmente el mandato. En el primer caso, al mandatario se le retira completamente del negocio que se le había encargado. En el segundo caso el mandatario continúa ejerciendo en parte el negocio o negocios. Por ejemplo, se revoca parcialmente un mandato general de administración de los bienes del mandante, y se concede nueva administración a otras personas para determinados negocios.

ii) Revocación expresa o tácita.

Revocación expresa es aquella en la cual explícitamente manifiesta su voluntad el mandante de terminar con el encargo dado al mandatario.

La revocación es tácita cuando resulta de manera inequívoco la intención del mandante de poner término al encargo; por ejemplo, hay revocación tácita:

- Cuando el mandante ejecuta personalmente el negocio que había encargado al mandatario.

- Cuando el mandante encarga el mismo negocio a otra persona. Si el mandato es para determinado negocio o acto, queda revocado por el nuevo poder conferido a otra persona para el mismo negocio o acto,

según lo dispone el art. 3347C. Por ejemplo: Juan le otorga a Pedro poder para que le venda el inmueble X. Posteriormente Juan le otorga poder a Diego para que le venda el mismo inmueble X.

Esta revocación subsiste aunque el nuevo mandatario (Diego) no acepte el encargo, pues este requisito no lo exige el art. 3347C. Este artículo habla de «poder conferido». También la doctrina acepta que existe la revocación a pesar de la nulidad o ineficacia del nuevo poder.

Si se tratare de poder general o generalísimo para varios negocios, por el nuevo poder para los mismos negocios quedan revocados los anteriores a no ser que se diga expresamente lo contrario, dispone el art. 3348C.

También hay revocación tácita, aunque el Código no la contemple expresamente, si frente a un mandato anterior general se otorga uno especial, quedando el primero revocado en la parte del negocio que corresponde al segundo. El mandato general subsiste en los negocios no comprendidos en el especial. Se produce una revocación tácita y parcial.

También hay revocación tácita si frente a un mandato anterior se otorga uno general. En el mandato general se comprende los encargos especiales anteriormente hechos. Si el general no comprende al especial, no opera la revocación. Ejemplo: Juan da poder a Diego para la venta del inmueble X. Posteriormente Juan da poder generalísimo a Pedro. El poder generalísimo a favor de Pedro, que comprende la facultad de vender los inmuebles de Juan, revoca el concedido a Diego.

La sustitución de un poder general revoca otra sustitución anterior (art. 3348C.), ha dicho la Suprema.⁸³ El poder generalísimo y el general judicial no son para negocios determinados, por lo que uno no deroga al otro y, como consecuencia, ambos mandatarios pueden actuar validamente de conformidad con los arts. 3330 y 3360C., ha dicho la Suprema.⁸⁴

b) Formas de la revocación.

Como regla general la revocación, ya sea expresa o tácita, no requiere formalidad alguna. Puede ser hecha de palabra o por escrito. Se revoca en la forma en que se constituye.⁸⁵ No obstante, la revocación de un poder que consta por escritura pública o por escrito, debe hacerse por escritura pública o por escrito, según lo dispone el art. 3350C.

Para revocar un poder se necesita escritura pública (art. 3350C.) pero para reasumirlo basta la simple manifestación de voluntad, o mejor dicho, basta para manifestar esa voluntad el simple hecho de ejercer el mandato, ha dicho la Suprema.⁸⁶

c) La revocación del poder cuando existen varios mandatarios.

El art. 3354C. dispone que si son dos o más los mandatarios, y por la constitución del mandato están obligados a obrar conjuntamente, faltando uno de ellos termina el mandato.

De acuerdo con el mencionado artículo se sostiene que revocado el poder a uno de los mandatarios que deben obrar conjuntamente, queda revocado el de los otros mandatario. Por el contrario, opinan otros que el mencionado artículo sólo se refiere a la muerte, renuncia o cualquier otra falta del mandatario que no consista en la sola voluntad del mandante.

d) Revocación del mandato otorgado por varios mandantes.

⁸³. S. 11:30 a.m. del 23 de Septiembre de 1925, B.J.,p.5241.

⁸⁴. S. 11:45 a.m. del 30 de Junio de 1930, B.J.,p.7449.

⁸⁵. Art. 3293C.

⁸⁶. S. 12 m. del 23 de Noviembre de 1955, B.J.,p.5349.

Hay que distinguir: i) cuando existe interés común de los mandantes de que se realice el negocio por el mandatario, por cuanto lo han previsto y así querido; ii) cuando no existe interés común en la realización del encargo por medio del mandatario. En el primer caso ninguno de los mandantes por si solo podrán revocar el mandato sin el consentimiento del otro u otros. En el segundo, cada mandante puede revocar y el mandatario continuará actuando legalmente por los otros mandantes.

e) Efectos de la revocación.

Para este estudio es preciso distinguir los efectos de la revocación con relación al mandatario y los efectos con relación a terceros.

i) Efectos con relación al mandatario.

La revocación del mandato surte sus efectos respecto del mandatario desde que éste lo sepa.⁸⁷ Se le puede poner en conocimiento la revocación al mandatario por cualquier medio de comunicación; por escrito, de palabra, por carta, telegrama y teléfono y aun por avisos en los diarios.

Una vez que el mandatario haya tenido conocimiento de la revocación debe abstenerse de ejecutar los actos objeto del mandato, ya que para él surte efecto desde que conoció la revocación.

El mandatario está obligado a restituirle al mandante el instrumento del poder y así se asegura que ya no tendrá los títulos habilitantes para contratar con los terceros. El art. 3346C. dispone que cuando el mandato se hubiere dado por escrito y el constituyente lo revocare, podrá exigir que el mandatario le restituya el documento, si éste lo tuviere en su poder.

ii) Efectos con relación a terceros.

Si se revoca un poder otorgado por escritura pública, tal revocación surtirá efecto desde que se anote en la matriz y testimonio del instrumento de poder. De aquí la importancia de recuperar el testimonio y hacer las correspondientes anotaciones. Hecho esto, ya no es posible que el exmandatario siga actuando, pues aunque solicite un segundo testimonio y será negado.

Por otra parte, si por cualquier circunstancia el exmandatario presenta el poder con la razón de revocación, el tercero y el notario podrán conocer tal cosa, lo que traería como consecuencia la privación de la buena fe del tercero o la abstención del notario a actuar en esas condiciones. Es más, creo que el tercero no puede alegar ignorancia, desconocimiento, lo cual no da margen a la buena fe.

⁸⁷. Art. 3349C.

Aun en el supuesto de que no se hayan asentado las mencionadas notas, la revocación surte efectos contra el tercero de mala fe, es decir, que conoce la revocación. Conforme a las reglas de la prueba, la mala fe la debe probar el mandante, pues la buena fe se presume.⁸⁸

Cuando el mandante se hallare fuera de la República se exige se haga saber la revocación en La Gaceta, de no hacerse no surtirá efectos contra terceros.⁸⁹

La Corte Suprema ha dicho: «Dentro de la excepción que él mismo constituye, el art. 3349C. establece la regla de que la revocación del poder otorgado en escritura pública no perjudica a terceros de buena fe, si no se anotó en el testimonio y en la matriz; esta regla no admite más excepciones que las establecidas expresamente en la ley; ahora bien, no existe disposición legal alguna que establezca la excepción que deduce la honorable Sala de Sentencia, de que la revocación del poder perjudica a terceros, aunque no haya sido anotado en el testimonio cuando el mandatario se niega a devolver el testimonio».⁹⁰

Nuestro Código no contempla un sistema de publicidad registral de los mandatos, sus modificaciones y revocaciones. Los anotadores se pronuncian a favor de un sistema registral de los poderes y sus revocaciones. Algunos países, como por ejemplo, Costa Rica, tienen registro de mandatos y sus revocaciones.

El art. 13 Lit. g) C.C. exige la inscripción de los poderes que otorgan los comerciantes, sus sustituciones y revocaciones.

En Nicaragua ya se han hecho intentos tendientes a establecer el Registro de Poderes. Véase el dictamen de la Corte Suprema de Justicia con relación al proyecto del doctor Agapito Fernández sobre la inscripción de poderes.⁹¹

f) El pacto de irrevocabilidad.

Es posible sostener que es lícita la cláusula en virtud de la cual el mandante y mandatario convienen que el primero no podrá revocar el mandato. La ley no lo prohíbe. La facultad de revocar mira el interés particular y no es de orden público, por lo que puede ser renunciada a tenor de lo dispuesto en el art. XII del Título Preliminar del Código Civil.

Por otra parte, existen algunos casos en que la ley establece la irrevocabilidad. Así por ejemplo: en el art. 2039C. se dispone que la persona designada por ambos contratantes para recibir no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor, el cual, sin

⁸⁸. Art. 891C.

⁸⁹. Art. 3349 inc 2C.

⁹⁰. S. 11:30 a.m. del 5 de Octubre de 1955, B.J., p.17716.

⁹¹. B.J. de 1961, p.p. 20786 y 20787.

embargo, podrá ser autorizado por el Juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello; en el art. 2040C. igualmente se dispone que si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido, y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello; y en el art. 3245C. se dispone que el nombramiento de administrador conferido a un socio por el contrato de sociedad, no puede ser revocado, aun por la mayoría de los consocios, sino por justa causa, pero si se confiere durante la sociedad, es revocable por mayoría de votos.

También es posible sostener la irrevocabilidad del mandato cuando éste interesa al mandante y mandatario, al mandatario y tercero, o sólo al tercero. Si interesa sólo al mandatario es solo un mero consejo, por eso excluimos este caso.

Se podría sostener que por no estar permitido la cláusula de la irrevocabilidad, no es lícito pactarlo. Tal criterio sería reforzado, argumentando que el legislador tuvo que señalar los casos en que solamente es posible que opere la irrevocabilidad,⁹² por cuanto la idea que campea es de que el mandato es un contrato de confianza que necesariamente lleva adherida la facultad de revocarlo.

No obstante lo expuesto, creo que el mandato es irrevocable, aun a falta de pacto expreso, cuando constituye la condición de un contrato o medio de cumplirlo. Ejemplos:

- Juan le otorga poder a José, su acreedor hipotecario, para que venda el inmueble X, que es el hipotecado, y se pague lo adeudado.

- Manuel le vende a Diego el inmueble X por cien mil córdobas, habiendo recibido sólo cincuenta mil y el resto debiéndose pagar a plazo. En la misma escritura de venta como condición impuesta por el vendedor, se da poder a Silvio para que cobre un crédito a favor de Diego y con su producto pague el saldo del precio de la venta a Manuel.

- Juan es deudor hipotecario de José y por indicación de éste concede poder a Manuel para que reciba los alquileres de la casa hipotecada y pague con ellos los intereses del crédito.

En los casos expuestos no existe un interés exclusivo del mandante, sino del mandante y mandatario o del mandante y tercero.

Manresa y Navarro dice: «En primer lugar no puede decirse tan categórica y absolutamente que el mandato sea revocable, y que no haya caso alguno de irrevocabilidad. Tiene este principio una excepción y es la que el mandato se haya dado, no sólo en interés del mandante, sino en interés de éste y de un tercero, o interesado por igual al mandante y al mandatario. En estos casos es evidente que el mandato deja de ser revocable por la sola voluntad del mandante. Todavía se puede dar otras excepciones, y

⁹². Art. 2039, 2040, y 3245C.

es la que el mandato no constituye una cláusula de un contrato sinalagmático, es decir, que esté involucrado en otra convención cualquiera, pues en este caso, seguirá la condición de ésta, no sería irrevocable sino por el mutuo disenso, y se regirá por los principios que en este punto siga la obligación principal a la que aparece subordinado».⁹³

D. Por la renuncia del mandatario

Así como el mandante puede revocar el mandato, el mandatario también puede renunciar al mismo. No necesita justificar su renuncia, pues es un derecho que le concede la ley, aunque el mandato sea oneroso.

El mandatario puede renunciar antes de iniciar la gestión o durante la gestión. Podría hacerlo en la primera forma mientras el mandante se halle en actitud de ejecutar el negocio por sí o de cometerlo a diversa persona, pues de otra manera será responsable de los perjuicios.⁹⁴ Si lo hace en la segunda forma, está obligado a continuar en el desempeño de aquellos negocios cuya paralización puedan perjudicar al mandante, hasta que avisado éste de la renuncia haya tenido bastante tiempo para proveer al cuidado de sus intereses, de lo contrario deberá los daños y perjuicios.⁹⁵

«La renuncia del mandato, dice Brenes Córdoba, no exonera desde luego al mandatario de las obligaciones de los negocios que necesitan pronta asistencia; por consiguiente, el abandono inmediato que de ellos hiciere, puede acarrearle condenatoria en daños y perjuicios. Su obligación de cuidar los negocios ajenos cesará, sin embargo, aunque el mandante no haya provisto a la defensa de sus intereses, cuando notificado oportunamente de la renuncia haya transcurrido tiempo suficiente para que puede apersonarse en sus asuntos o constituir nuevo apoderado.»

Se sostiene en la doctrina que así como se acepta la cláusula de irrevocabilidad también debe aceptarse la cláusula de irrenunciabilidad del mandato. En este caso el mandato subsiste a pesar de la renuncia del mandatario, quien está obligado a continuar ejecutando el encargo, bajo la pena de daños y perjuicios. Esta responsabilidad es contractual.

Si la causa de la expiración del mandato fuere la renuncia del procurador, estará obligado a ponerla en conocimiento de su mandante, junto con el estado del juicio y se entenderá vigente el poder hasta que se haya apersonado y tenido como representante el que le sustituya.⁹⁶

La renuncia debe comunicarse al mandante para que pueda proveer sobre los negocios objeto del mandato⁹⁷; por lo que no se admite la renuncia tácita. El aviso puede darse por escrito, de palabra, o judicialmente. También se puede hacer la renuncia por medio de escritura pública.

⁹³. Ob. cit., Tomo XI, p. 572.

⁹⁴. Art. 3307C.

⁹⁵. Art. 3353C.

⁹⁶. Art. 78 inc. 3Pr.

⁹⁷. Art. 3307 y 3353C.

E. Por la muerte del mandante o mandatario

El mandato termina por la muerte del mandante o del mandatario, por cuanto es un contrato de confianza.

Si el mandato termina por la muerte del mandante, el mandatario debe continuar en su desempeño, si los herederos no proveen respecto del negocio, y si de obrar él de otra manera les pudiera resultar algún perjuicio.⁹⁸

Dentro del mismo criterio el art. 78Pr. dispone en los procesos que siempre que por muerte o por cualquier otra causa termine el mandato, el mandatario continuará con la representación del mandante mientras la persona que lo sustituya no se haya apersonado en el juicio y tenido como tal.

En caso de muerte, los herederos o sucesores harán la designación y si no la verifican dentro del plazo señalado por el Juez o Tribunal, lo harán éstos.

Es permitida la cláusula en virtud de la cual se pacte que no se extinguirá el mandato a pesar de la muerte del mandante, ya que la terminación del mandato por tal causa se funda en la voluntad presunta del mandante.

En la doctrina también se acepta la posibilidad de conferir el encargo para que sea ejecutado con posterioridad a la muerte del mandante. Ejemplo: el albacea nombrado por el testador.⁹⁹

En torno a la forma de esta variedad de mandato surge un problema. Unos opinan que debe tener la forma del testamento y otros que debe tener la de un contrato de mandato, salvo que se trate del nombramiento de albacea en cuyo caso debe revestir la forma prescrita para el testamento, aunque no se haga en éste.¹⁰⁰

El mandato no se termina por la muerte del mandante cuando hubiere sido la condición o manera de cumplir un contrato. Ejemplos:

- Juan le vende al crédito a Pedro un inmueble, y éste para pagarle el resto nombra mandatario a José, por indicación de Juan, para que cobre un crédito y pague el resto del precio de venta. La muerte de Pedro no pone término al mandato.

- Pedro le concede poder a Diego (su acreedor) para que le cobre unos créditos a sus deudores (José y Napoleón), autorizándolo para que con el producto del cobro se pague su crédito. La muerte de Pedro no pone término al mandato.

⁹⁸. Art. 3351C.

⁹⁹. Art. 1303C.

¹⁰⁰. Art. 1305C.

- Daniel hace abandono de sus bienes y junto con sus acreedores nombra una comisión encargada de realizar y repartir el producto de la venta. La muerte de Daniel (el deudor) no pone término al mandato.

Por otra parte, la muerte del poderdante no pone término al mandato conferido al factor si fuere este mandato por tiempo indeterminado.¹⁰¹

Por la muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá el contrato de comisión, aunque puedan revocar sus representantes.¹⁰²

La muerte del mandatario también extingue el mandato por la misma razón que la del mandante.

Se permite el pacto en virtud del cual se dispone que el mandato no se extinguirá por la muerte del mandatario, continuando con los herederos de éste. Claro está que los herederos podrían renunciar al mandato. Si hay menores, el representante legal de los menores ejecutará el acto.

El art. 2038C. permite el pacto de no extinción por muerte del diputado para recibir el pago. Dicho artículo dice: «La facultad de recibir por el acreedor no se trasmite a los herederos o representantes de la persona diputada por el para este efecto, a menos que lo haya expresado así el acreedor.»

Se sostiene por la doctrina que la muerte del mandatario extingue el mandato, aunque este sea condición o medio para cumplir un contrato. Esta solución es contraria a la que se da con la muerte del mandante.

Cuando el mandato expira por la muerte del mandatario, los herederos de éste deberán avisarle al mandante, y hacer mientas tanto lo que sea necesario para evitarle perjuicio.¹⁰³

Si son dos o más los mandatarios y por la constitución del mandato están obligados a obrar conjuntamente, por la muerte de uno de ellos termina el mandato.¹⁰⁴ Si pueden obrar separadamente subsiste el mandato.

La disolución o final de la existencia de una sociedad equivale a la muerte como causal de extinción del mandato, por lo que si dicha sociedad era mandante o mandatario se extingue el mandato.

Como excepción a la extinción del mandato por la disolución, se señala el caso en que la sociedad es la mandante, ya que subsiste la personalidad de la misma para los

¹⁰¹. Art. 446 C.C

¹⁰². Art. 434 C.C.

¹⁰³. Art. 3352C.

¹⁰⁴. Art. 3354C.

efectos de la liquidación. Por el contrario, si la sociedad solo puede ejecutar los actos necesarios para dicha disolución.

La Corte Suprema ha dicho que:

-La regla de que el mandato termina con la muerte del mandante tiene sus excepciones y cita los arts. 78 Pr.3351 y 3368C.¹⁰⁵

- Es nula la notificación por cédula al mandatario que ha fallecido. Art. 3345 inc. 5C.¹⁰⁶

- De acuerdo con el art. 78 Pr. el que sustituyó el poder puede legalmente mantener la representación mientras el sustituto no se persona.¹⁰⁷

Nuestra legislación procesal no prevé nada con relación a la muerte del mandatario en un juicio, pero a pesar de ello cabe aplicar por analogía los arts. 60 y 1050Pr., con el propósito de que el mandante o su apoderado tome su representación en el juicio. Por las marcadas características del mandato judicial no cabe aplicar el art. 3325C., pues los herederos del mandatario pueden no conocer los asuntos que llevan. Mientras no haya sido notificado el mandante, se suspenden por fuerza mayor los términos que han comenzado a correr; por lo que si se encontraba pendiente el término para rendir fianza de costas no se produce la deserción.¹⁰⁸

-El mandatario continúa ejerciendo el poder después del fallecimiento del mandante.¹⁰⁹

El mandatario con facultad especial puede desistir aun después de muerto el mandante.¹¹⁰

- La muerte del mandatario de una de las partes suspende el juicio, aplicando por analogía los arts. 60 y 1050Pr., y, por lo tanto, no corre el término de la caducidad.¹¹¹

- Son válidas las actuaciones de un apoderado que ha dejado de serlo, mientras no se persona el nuevo apoderado.¹¹²

- Cuando el mandatario sustituto fallece y el mandatario primitivo no se reservó la facultad de nombrar nuevos sustitutos y reasumir el poder, no podrá hacer tal cosa, y el juicio queda suspendido mientras los herederos del sustituto no avisen al mandante. Art. 3352C.¹¹³

¹⁰⁵. S. 11 a.m. del 25 de Abril de 1913, B.J.,p.54.

¹⁰⁶. S. 11 a.m. del 14 de enero de 1916, B.J.,p.1046.

¹⁰⁷. S. 11 a.m. del 4 de diciembre de 1925, B.J.,p.5374.

¹⁰⁸. S. 12 m. del 3 de Abril de 1937, B.J.,p.9633.

¹⁰⁹. S. 9:50 a.m. del 4 de Febrero de 1964, B.J.,p.33

¹¹⁰. S. 11 a.m. del 27 de Julio de 1966,B.J.,p.189.

¹¹¹. S. 9:45 a.m. del 19 de Agosto de 1970, B.J.,p.195.

¹¹². S. 8:30 del 10 de Septiembre de 1973,B.J.,p.159.

¹¹³. Cta. 18 de Noviembre de 1944, B.J.,p.12620.

F. Por la quiebra o concurso del mandante o mandatario

La quiebra o concurso del mandante o mandatario pone término al mandato. Declarada la insolvencia del deudor, dispone el inc. 1 del art. 2252C., queda de derecho separado e inhibido de la facultad de administrar y disponer de los bienes que le pertenezcan y sean legalmente embargables. Esta facultad corresponde a su acreedor y acreedores, quienes en caso de concurso, han de ejercerlo por medio del procurador nombrado al efecto.

Por otra parte, el art. 1071C.C. expresa que desde el momento en que se pronuncia la declaración de quiebra, el fallido queda de derecho separado de la administración de sus bienes, la que pasará a un representante de los acreedores. La declaración de la quiebra produce la extinción de los mandatos o comisiones en que el quebrado es mandante o mandatario, según lo dispone el art. 1075C.C. que dice:»Declarada que sea la quiebra dejará el fallido de desempeñar los mandatos y comisiones que se le hubiere conferido antes de ella, y sus mandatarios y comisionistas cesarán desde el día en que llegue a su noticia la cesación de los pagos, poniéndose desde luego en liquidación las operaciones relativas para que se exija el pago de lo que se adeuda a la masa, y se considere lo que ella pueda reportar al tiempo de la graduación y del pago.»

La Corte Suprema ha dicho que el mandatario del concursado no puede actuar en nombre de él de acuerdo con el art. 3345 inc. 6C., y que la representación la tiene el procurador. Art. 2279 inc. 1C.¹¹⁴

La cesión de bienes también pone fin al mandato aunque no lo señale el art. 3345C. El art. 2041C. se refiere a ella. Dice: «La persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes, o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general, por todas las causas que hace expirar un mandato.»

G. Por interdicción del mandante o mandatario

La interdicción es una situación en la que una persona no es hábil para administrar sus bienes como sucede con los dementes,¹¹⁵ sordomudos, ciegos, ebrios y los condenados a pena que merezca la interdicción.¹¹⁶

El mandato termina por la interdicción del mandante o mandatario. La interdicción civil como pena accesoria causa la terminación del mandato hasta que esté ejecutoriada la sentencia, por lo que si se encuentra sujeta a recurso puede el apoderado continuar legalmente en el ejercicio del mandato.

¹¹⁴. S. 11 a.m. de Septiembre de 1992, B.J.,p.3809.

¹¹⁵. Art. 330C. y sigts.

¹¹⁶. Art. 369C. y sigts.

La pena de interdicción civil, como causa de extinción del contrato, sólo tiene lugar durante la condena, una vez ejecutoriada la sentencia.¹¹⁷

La demencia del mandante, aunque no esté declarada, pone término al mandato. También la demencia del mandatario,¹¹⁸ aunque no esté declarada, pone término al mandato. Los actos o contratos que celebre el mandatario son nulos, con nulidad absoluta.

H. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio y por razón de ellas.

Si el mandante otorga poder en ejercicio de una función y cesa en dicha función se extingue el mandato. Ejemplo: el poder que otorga el guardador en nombre de su pupilo. El poder que otorga el padre en ejercicio de la patria potestad. El poder que otorga el albacea. Terminada la guarda, la patria potestad y el albaceazgo se extingue el mandato.

Se discute en la doctrina si la cesación en las funciones del representante legal de una sociedad extingue el mandato. Las opiniones están divididas. Unos piensan que se extingue el mandato con base en la causal estudiada. Otros por el contrario, piensan que el caso escapa a dicha causal, por cuanto el mandato ha sido dado por la sociedad, de tal manera que si cesa el representante a su cargo no le es aplicable.

Esta última opinión podría encontrar eco en nuestros tribunales por cuanto la Corte Suprema ha sostenido que el presidente de una sociedad anónima encarna la sociedad¹¹⁹, y que el mandato otorgado por la junta directiva de una sociedad anónima en nombre de ésta no termina por el hecho de que aquellos hayan cesado en sus funciones pues el mandatario representa a la sociedad y no la junta directiva.¹²⁰

Con base en esta causal se puede sostener que terminado el mandato se termina la sustitución que del mismo se haya hecho.

3. Efectos de la terminación del mandato con relación a terceros

En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada por el mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho contra el mandante a terceros de buena fe.

Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe, pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.¹²¹ Hay buena fe, cuando se ignora la causa de la extinción; por el contrario existe mala fe cuando se conoce. Por ejemplo:

¹¹⁷. Art. 55, 58, 70 y 73 Pn.

¹¹⁸. El art. 2041C. dispone que el diputado para hacer el pago se hace inhábil por la demencia.

¹¹⁹. S. 9:30 a.m. del 21 de Diciembre de 1959, B.J.,p.19687.

¹²⁰. S. 10 a.m. del 9 de abril de 1953, B.J.,p.16459.

¹²¹. Art. 3355C.

La revocación del poder no le perjudica al tercero de buena fe, es decir, que ignora la revocación, por lo que los actos o contratos que celebró con el mandatario obligan al mandante. La buena fe debe existir al momento de contratar. La mala fe del mandatario no perjudica al tercero de buena fe.

Si el tercero tiene mala fe, es decir, conoce la revocación, carecerá de acción contra el mandante y mandatario.¹²² A este tercero de mala fe en nada le beneficia la buena fe del mandatario.

- La renuncia del mandatario no perjudica al tercero de buena fe.¹²³ Este tendrá acción contra el mandante, y los actos y contratos celebrados con el mandatario son válidos.

Son válidos los contratos o actos que celebra el mandatario que renunció durante el plazo que tiene el mandante para proveer al cuidado de sus intereses, aunque el tercero conozca la renuncia, por cuanto el mandatario continúa en la administración del mandato.¹²⁴

- La muerte del mandante no perjudica al tercero de buena fe. Serán válidos los actos o contratos que celebre con el mandatario, aunque este se encuentre de mala fe.¹²⁵

Los herederos del mandante serán obligados a su cumplimiento. Si el tercero está de mala fe, no tiene acción contra los herederos del causante y no mejora su situación aunque el mandatario haya estado de buena fe.

XIII. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

- En todo documento privado firmado por el mandatario debe de cumplirse con lo ordenado en el art. 3331C., aunque se trate de documentos comerciales.¹²⁶

- Es válida la venta de una propiedad del mandante que hizo el sustituto a los hijos del mandatario que le sustituyó el poder, por cuanto las prohibiciones del art. 2565C. no pueden ampliarse a otros casos.¹²⁷

-Si el mandatario sustituye el poder para que se use en primera instancia, puede usarlo en otra.¹²⁸

¹²² Art. 3333 inc. 1 y 3355C.

¹²³ Art. 3355C.

¹²⁴ Art. 3353C.

¹²⁵ Art. 3355C.

¹²⁶ S. 11 a.m. del 21 de Octubre de 1914, B.J.,p.563.

¹²⁷ S. 11:30 a.m. del 16 de Marzo de 1926, B.J.,p.5535.

¹²⁸ S. 11 a.m. del 22 de Septiembre de 1927, B.J.,p.6102.

- Es válida la venta de un bien del mandante hecha por el mandatario a favor de su esposa, ya que aun cuando los arts. 2565 inc. 2 y 3312C. prohíben al mandatario comprar por medio de personas interpuestas, no pueden aplicarse por analogía las presunciones de los arts. 987 y 2819C. ya que la regla de que donde existe la misma razón debe haber la misma disposición, no es una regla de interpretación sino una regla para legislar. Por otra parte, lo que la ley prohíbe es que el mandatario compre y no que compren sus parientes, a diferencia del guardador (art. 466C.) y si hubiera querido extenderlos a éstos lo habría hecho expresamente. Aun los más próximos parientes del mandatario pueden comprar para si y aun cuando posteriormente vendieren al mandatario no sería prueba suficiente de que era persona interpuesta y es necesario probar que existía acuerdo al momento de la adquisición.¹²⁹

- Para reasumir el poder sustituido, no se requiere acto notarial alguno.¹³⁰

- La falta de indicación del poder conforme el art. 3331C. no produce la nulidad de lo pactado, pues sus consecuencias serían de forma y no de fondo.¹³¹

- Si conforme las leyes del país de su procedencia el mandatario judicial puede sustituir aun sin facultad especial, en Nicaragua se le otorgaría al poder el mismo alcance.¹³²

- No hay lugar a la acción de daños y perjuicios contra el mandatario por los alquileres que dejó de percibir, sino la rendición de cuentas.¹³³

- Es válido el poder judicial otorgado por el padre en nombre del hijo sin autorización judicial.¹³⁴

- El poder judicial de un comerciante no necesita de inscripción.¹³⁵

- Un poder dado para los asuntos de un Departamento puede servir para la segunda instancia, aunque la Sala se encuentre en otro Departamento.¹³⁶

¹²⁹. S. 11 a.m del 3 de Septiembre de 1940, B.J.,p.11024.

¹³⁰. S. 11 a.m. del 19 de Marzo de 1942, B.J.,p.11564; S. 12m. del 23 de Noviembre de 1925, B.J.,p.5349.

¹³¹. S. 10:30 a.m. del 24 de agosto de 1946, B.J.,p.13581.

¹³². Cta. 22 de diciembre de 1948, B.J.,p.14926.

¹³³. S. 11:45 a.m. del 4 de agosto de 1953, B.J.,P.19843.

¹³⁴. S. 10 a.m. del 11 de Marzo de 1960, B.J.,p.19843.

¹³⁵. S. 10:30 a.m. del 21 de Febrero de 1962, B.J.,p.70.

¹³⁶. S. 10:30 a.m. del 21 de Febrero de 1962.,B.J.,p.70

CAPITULO VIII

El mutuo o préstamo de consumo

SUMARIO.- 1. Definición.- 2. Clasificación.- 3. Capacidad.- 4. Caracteres: A. Recae sobre cosas consumibles, o fungibles aunque no sean consumibles. B. Es un contrato real C. Es un contrato unilateral. D. Es un contrato principal. E. Puede ser gratuito u oneroso.- 5. Efectos del mutuo: A. Obligaciones del mutuuario: a) Restitución de cosas fungibles diferentes al dinero; b) Restitución del dinero que se recibe en mutuo.- 6. Plazo para la restitución.- 7 Obligaciones del mutuante.- 8. El mutuo con interés.- 9. Diferentes tipos de interés.- 10. Anatocismo.

1. Definición

Habrá contrato de mutuo o préstamo de consumo, cuando una persona llamada mutuante entregue a otra llamada mutuario una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.¹

2. Clasificación

El préstamo puede ser civil o mercantil. De conformidad al art. 486 C.C. se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas a éste. Se reputa mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes, así como los que se hacen por los bancos e instituciones de crédito. Es civil todo préstamo que no sea mercantil.

3. Capacidad

Es preciso distinguir entre la capacidad del mutuante y la del mutuario. El mutuante, además de ser capaz, debe ser dueño de la cosa dada en préstamo, ya que el mutuo es un contrato traslativo del dominio. De aquí que en el art. 3411C. se disponga que si hubiere dado un préstamo el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies mientras conste su identidad.

Desapareciendo la identidad, el que recibió de mala fe estará obligado al pago inmediato de las especies y del dinero estipulado; pero si no hubiere estipulado interés alguno, o si el estipulado fuere inferior al *máximum* del interés corriente en el tiempo y en el lugar en que deba hacerse el pago, será dicho *máximum* el interés que deberá satisfacerse. El mutuario de buena fe sólo estará obligado al pago de las especies y al del interés estipulado, después del término concedido.

¹. Art. 3390C.

La procedencia de la acción reivindicatoria debe sujetarse a las restricciones que para las cosas muebles establecen los arts. 1441 y 1768C. y sigts.

El mutuario debe tener la capacidad general para obligarse.

4. Caracteres

A. Recae sobre cosas consumibles, o fungibles aunque no sean consumibles

De conformidad con el art. 3391C. la cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible. Lo esencial es que sean fungibles.

Las cosas fungibles pueden ser objeto tanto de mutuo como de usufructo, según lo disponen los arts. 1493 y 3391C. Al usufructo sobre cosas fungibles se le denomina cuasiusufructo.

La doctrina encuentra gran semejanza entre el mutuo y el cuasiusufructo y hasta piensa un sector doctrinal que es imposible establecer diferencias en cuanto a su estructura jurídica.

No obstante existen diferencias:

a) El cuasiusufructo se constituye por testamento o contrato, y en ciertas legislaciones por virtud de la ley; en cambio el mutuo se constituye por el convenio.

b) Los casos de extinción no son los mismos. El cuasiusufructo se extingue por la muerte del usufructuario y por otras causas establecidas por la ley; el mutuario debe restituir en el plazo fijado en el contrato.

c) El cuasiusufructuario debe hacer inventario y rendir fianza, salvo que se le exonere de tales obligaciones; el mutuario no tiene tales obligaciones.

d) El cuasiusufructo no puede recaer sobre cosas consumibles; el mutuo sí.

Nuestros anotadores piensan que desde un punto de vista científico, tanto las cosas fungibles como las consumibles son susceptibles de usufructo y de mutuo.²

Cuando la cosa no es fungible o el mutuario no se obliga a entregar las cosas del mismo género y calidad, no hay mutuo: cambiar un código civil anotado personalmente por otro anotado también personalmente; entregar cien botellas de vino de la cosecha de 1930 a cambio de ciento veinte de la cosecha de 1980; entregar cien pantalones a cambio de doscientas camisas. En estos supuestos estamos

². Nota al art. 3391C.

en presencia de permutas que pueden ser a plazo, dependiendo tal cosa de los términos del contrato.

En la sociedad moderna prevalecen el mutuo de dinero, a diferencia de la sociedad primitiva en la cual prevaleció el de especies, por ejemplo, granos.

B. Es un contrato real

El mutuo, dice el art. 3392C., es un contrato esencialmente real que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa. No basta el consentimiento para el perfeccionamiento del contrato.

La entrega también produce la traslación del dominio al mutuario y, como consecuencia, para él perece de cualquier manera que se pierda³. De aquí que en la doctrina se clasifique entre los contratos de enajenación: es productor de derechos reales. Por el contrario, en el comodato no existe traslación de la propiedad.

El carácter real y unilateral se ha perdido en algunas legislaciones modernas, pasando a ser bilateral y consensual, como por ejemplo, en México. Por otra parte, admiten la promesa de mutuo.

Dado el carácter real, nuestro Código Civil no acepta la promesa de préstamo gratuito, y con relación a la promesa de préstamo onerosa, sólo concede acción de daños y perjuicios por su incumplimiento, sin conceder acción para exigir su cumplimiento⁴.

C. Es un contrato unilateral

El mutuo es un contrato unilateral porque sólo engendra obligación para el mutuario, la cual consiste en devolver las especies recibidas en mutuo. Se pacten o no intereses siempre es unilateral.

D. Es un contrato principal

Es un contrato principal por cuanto tiene subsistencia propia. No depende de la existencia de otro.

E. Puede ser gratuito u oneroso

El mutuo puede ser gratuito u oneroso⁵. Es gratuito cuando no se han pactado intereses; y onerosos cuando se han pactado. Por naturaleza el mutuo es gratuito. No habiendo convención expresa sobre intereses, dice el art. 3398C.,

³. Art. 3395C.

⁴. Art. 3394C.

⁵. Art. 3393C.

el mutuo se supone gratuito y el mutuante sólo podrá exigir los intereses legales por la mora.

Claro está que en la vida real es raro encontrar un mutuo gratuito; generalmente son onerosos.

La gratuidad no se presume en los préstamos mercantiles. Estos ganan los intereses legales, salvo que las partes acordaren lo contrario, esto lo podemos ver en el arto. 490 del C.C.

Los códigos modernos han cambiado, estableciendo que el mutuo es naturalmente oneroso, como, por ejemplo, el Código Civil italiano de 1942.⁶

5. Efectos del mutuo

A. Obligaciones del mutuario

a) Restitución de cosas fungibles diferentes al dinero

El mutuario debe devolver al mutuante en el término convenido una cantidad de cosas de la misma especie y calidad de las recibidas.⁷

Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie, calidad y aptitud de la recibida, el mutuuario deberá pagar el precio de la cosa, o cantidad recibida, regulado por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución.⁸

Valencia Zea sostiene que en este supuesto cabe la teoría de la imprevisión y del enriquecimiento sin causa. Pone dos ejemplos:

- Pedro prestó a Juan, cien arrobas de trigo el 1 de Septiembre de 1996 cuando la arroba valía \$2 y debe pagar el 1 de Diciembre del mismo año cuando cada arroba se encuentra a \$20. Juan ha recibido en mutuo \$200 el 1 de Septiembre, y el 1 de Diciembre debe pagar \$2.000, una suma diez veces superior;

- Pedro presta a Juan cien botellas de Whisky el 1 de Septiembre, cuando la botella valía \$8 y debe pagarlos el 1 de Diciembre cuando la botella vale \$24. Juan obtuvo en el comercio \$800, pero debe pagar el 1 de Diciembre \$2.400.

Agrega que con la ayuda de las mencionadas teorías, el juez deberá condenar a Juan a pagar solamente los \$ 200 más los intereses, o la suma de \$800 más los intereses.⁹

⁶. Art. 1815C.

⁷. Art. 3404C.

⁸. Art. 3405C.

⁹. Ob. cit., Tomo IV, p.p. 236 y 237.

b) Restitución del dinero que se recibe en mutuo

La restitución o pago del dinero se sujeta a lo establecido en el art. 5 de la ley Monetaria vigente del 6 de diciembre de 1992, en el que se dispone que la obligación de pagar cualquier suma en moneda nacional, se solventará entregando, por su valor nominal, billetes en cantidades ilimitadas, o monedas de curso legal hasta el límite de su poder liberatorio. Salvo las oficinas públicas, nadie estará obligado a recibir en pago de una obligación y de una vez más de cien piezas de cada una de las diferentes monedas.

De conformidad con los arts. 1 y 3 de la Ley Monetaria la unidad monetaria de Nicaragua es el córdoba. En esta moneda se expresarán y liquidarán los precios, impuestos, tasas, tarifas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados o ejecutados en Nicaragua. Toda cláusula calificativa o restrictiva, que imponga pagos en plata u oro metálico, monedas o divisas extranjeras o cualquier unidad monetaria o medio de pago que no sea el córdoba, será nula. No obstante, dicha nulidad no invalidará la obligación principal, cuando ésta pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en córdobas, efectuando la conversión sobre la base del tipo de cambio legal o precio correspondiente, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago según resulte más favorable al deudor. Como ya expresamos esta nulidad introduce una conversión de la moneda extranjera a córdoba para su pago en los tiempos señalados.

No obstante, se permite la cláusula moneda extranjera y, en general, se exceptúan de las limitaciones de los arts. 3 y 4, en los casos siguientes:

a) Las obligaciones que se originen en transacciones públicas o privadas, derivadas del comercio exterior de la República de Nicaragua.

b) Las remuneraciones a personas o entidades domiciliadas en el extranjero, por servicios prestados temporalmente en el país.

c) los contratos de seguro o de reaseguro en moneda extranjera, celebrados por las Empresas de Seguro que operen en el país.

d) La obligación a pagar en Nicaragua por servicios prestados por personas o por entidades nicaragüenses a personas o entidades extranjeras.

e) Las operaciones que se realicen con recursos provenientes de fondos dados en fidecomiso o en administración, constituidos en moneda extranjera.

f) El reembolso que cualquier deudor nicaragüense o extranjero residente en Nicaragua deba efectuar a un acreedor nacional o extranjero por cualquier suma que éste haya tenido que pagar en moneda extranjera fuera del país, por

cuenta de dicho deudor, ya sea en calidad de avalista, codeudor, garante solidario o simple fiador, o mediante la extensión de una tarjeta de crédito o similar. Esta excepción no comprende los pagos que el acreedor haya tenido que efectuar en el país, en moneda nacional.

g) Las obligaciones autorizadas por el Banco Central, y que tuvieren como fuente financiera recursos contratados en el exterior, siempre que fuesen debidamente registrados en dicha institución.

h) Los depósitos en moneda extranjera constituidos en las empresas bancarias y financieras de conformidad con las normas que al efecto dicte el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua.

i) Cualquier otra que autorice el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua.

Este organismo ha decidido que:

a) Por resolución CD-BCN-XVI-1-95 que el art. CD-BCN-VII-1-94 del 7 de abril de 1994 faculta plenamente y sin limitaciones a los bancos comerciales a otorgar préstamos en moneda extranjera.

b) Por resolución CD-BCN-X-3-96 se autoriza las sociedades anónimas nicaragüenses a emitir títulos valores en moneda extranjera para negociarlos exclusivamente en una Bolsa de Valores previo registro en la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones.

c) Por resolución CD-BCN-VII-1-94 los bonos comerciales podrán utilizar libremente el de los depósitos en moneda nacional y el saldo de la moneda extranjera no sujetos a encaje legal.

d) Por resolución CD-BCN-IV-1-93 los bonos comerciales podrán otorgar préstamos en moneda extranjera con sus recursos. En el caso de que los recursos provengan de los depósitos recibidos, los préstamos se otorgarán de acuerdo a lo dispuesto en el art. 23.

El Banco Central de Nicaragua establecerá los términos y condiciones que regirán las obligaciones a que se refieren los literales e) hasta i), las cuales no excederán el monto de los compromisos externos adquiridos.

6. Plazo para la restitución

Si se ha pactado un plazo, el mutuuario debe devolver la cosa recibida en mutuo cuando se venza el plazo. El art. 3412C. establece que el mutuuario podrá pagar la suma pactada antes del término estipulado, salvo que se haya estipulado interés.

Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho a exigirlo hasta pasados noventa días después de la entrega¹⁰. Si se hubiere pactado que el mutuuario pague cuando le sea posible, o mejore de fortuna, el juez habida consideración a las circunstancias del mutuuario y el mutuario y a los términos del contrato, fijará un plazo para hacer el pago¹¹.

Cuando después de vencido el plazo fijado por el mutuante y el mutuuario para que éste verifique el pago, continúa el mutuante recibiendo intereses por el tiempo posterior al vencimiento, se entenderá prorrogado el contrato por un plazo igual al primeramente estipulado¹².

No obstante, con relación a los bancos, el art. 77 inc. 2 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones, —reformado por ley 244 del 26 de Mayo de 1997— el plazo de un préstamo no se entenderá prorrogado por el hecho de recibir abonos al principal o a los intereses insolutos o por continuar recibiendo los intereses pactados después del vencimiento, salvo cuando por caso fortuito o fuerza mayor incumpliere la obligación y haya solicitado prórroga o cuando la insititución financiera no haya suministrado los fondos en el tiempo estipulado.

7. Obligaciones del mutuante

Estas obligaciones son eventuales y nacen con posterioridad al perfeccionamiento del contrato. El art. 3397C. dispone que el mutuante es responsable de los perjuicios que sufre el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada.

8. El mutuo con intereses

Interés es la ventaja a que tiene derecho el mutuante por la privación de su capital. Es una remuneración que el deudor ha de satisfacer al acreedor por la mencionada privación.

Los intereses pueden estipularse en dinero o en cualquier cosa fungible o consumible¹³. Ejemplo: entregar diez mil córdobas para que se devuelva esa misma cantidad más los intereses del 10 por ciento anual.

Existen tres sistemas con relación al préstamo con intereses:

a) El que prohíbe en absoluto el préstamo con interés. Se estableció en el Derecho Canónico y en las Partidas.

¹⁰. Art. 3409C.

¹¹. Art. 3410C.

¹². Art. 3415C.

¹³. Art. 3399C.

b) El de la libertad absoluta, en virtud del cual se pueden pactar los intereses sin ningún límite.

c) El sistema mixto.

En este sistema se establece un máximo determinado de interés, no permitiendo que exceda de ese máximo.

Con relación a Nicaragua podemos hacer el siguiente resumen: por Ley de 3 de Junio de 1852 se limitó el interés convencional al uno por ciento mensual. Posteriormente esta ley fue derogada por el art. 2206 del Código Civil anterior, en el que predominó el sistema de las limitaciones legales de los intereses. Dicho artículo rezaba: «Art. 2206. El interés convencional no tiene más límites que los que fuesen designados por ley especial; salvo que, no limitando la ley, excede en una mitad al que se probase haber sido interés corriente al tiempo de la convención en cuyo caso será reducido por el Juez».

En 1904 se promulgó el Código Civil vigente y en el art. 3400 del mismo se establece el sistema de la libertad absoluta en la estipulación de intereses. Dice así: «Los contratantes pueden estipular por vía de intereses la cuota que a bien tengan».

Por Ley del 4 de Octubre de 1934 se abandona el sistema de la libertad absoluta y se pasa al sistema mixto.

En dicha ley se prohíbe estipular un interés mayor del nueve por ciento anual y castiga como autor de delito de usura al que exigiere de sus deudores un interés superior al nueve por ciento.

Por Ley publicada el 4 de Noviembre de 1940 (derogada excepto en los art. 1 y 2 para lo establecido en el art. 3 Ley de Préstamos entre particulares Ley 176/1994) se deroga la anterior y se establece que en los contratos de préstamos que no fueren otorgados por instituciones bancarias, la tasa de interés pactado no podrá ser superior a la que en la misma fecha dichas instituciones pueden cobrar en sus operaciones de préstamo más la mitad. En las otras obligaciones entre particulares no se permite agregarle la mitad; debe ser igual a la de las instituciones bancarias. La infracción de las anteriores disposiciones se castiga como delito de usura.

El interés legal es igual a la tasa de interés que las instituciones bancarias podrán cobrar en sus operaciones de préstamo. El interés lo fijaba el Banco Central. Por resolución No. CD13B7 del 25 de Marzo de 1971 dispuso. «Tasa de interés legal: se fija en doce por ciento anual, la tasa de interés que se debe tomar como base de referencia para los efectos de intereses contractual y de intereses legal a que se refieren los arts. 1, 2 y 5 de la Ley de Intereses de 1940».

El art. 3 literal c) de la ley sobre Mantenimiento del Orden y Seguridad Pública, del 20 de Julio de 1979 dictado por el Gobierno anterior dice: «Art. 3 Serán penados

con 4 años de prisión los que ocurran en los siguientes delitos: a) las personas que con fines de lucro dieren en préstamo dinero a cualquier tipo de valores, al margen de las instituciones autorizadas para ello».

Tal disposición se interpretó como prohibitiva del mutuo con interés entre particulares.

Por otra parte, se sancionó la nulidad de los actos o contratos en que se hayan pactado intereses superiores a los permitidos por la ley. La citada ley ya fue derogada y desapareció el obstáculo legal para la celebración del mutuo con interés entre particulares.

Actualmente los bancos estatales (los únicos que existen) señalan sus tasas de intereses.

La Ley No. 176 del 3 de Junio de 1994 regula el préstamo entre particulares. Dispone que los que se dedican a prestar dinero deben declararlo en escritura pública, inscribirse en el Registro Público del Departamento y llevar libros de contabilidad.

El interés máximo que se puede pactar en los préstamos entre particulares será el más alto que cobren los bancos comerciales autorizados en el país, en la fecha de la contratación del préstamo, más un porcentaje adicional no mayor del 50% de dicha tasa. El Banco Central deberá publicar al menos mensualmente la tasa de interés. Se castiga con el delito de usura al que cobrara un interés superior al anteriormente señalado.

Para los efectos de la investigación del delito de usura tendrán plena vigencia los arts. 1 y 2 de la Ley de Intereses del 4 de Noviembre de 1940, la cual queda derogada con excepción de los citados artículos.

Los intereses deberán ser cobrados sobre los saldos del monto prestado y los moratorios no podrán exceder del 25% de los pactado originalmente. Los intereses no podrán ser capitalizados. Cuando se hayan pactado intereses que excedan a lo establecido en la ley, los jueces declararán la nulidad del contrato. Esta nulidad no le impide al acreedor exigir de su deudor el capital y los intereses, de acuerdo con la tasa establecida por el Banco Central al momento de contraer la obligación.

9. Diferentes tipos de interés

Hay tres clases de interés: el corriente, el convencional y el legal.

Interés corriente es el que se acostumbra cobrar en el comercio. En algunos casos la ley dispone que se pague el interés corriente, como por ejemplo, en el art. 3411 C.

Interés convencional es el fijado por las partes, dentro de los límites establecidos por la ley o en forma ilimitada, según el sistema.

Interés legal es el que fija la ley. Originalmente el art. 3402C. estableció el interés legal del nueve por ciento anual.

10. Anatocismo

Se prohíbe el anatocismo, es decir, estipular intereses sobre intereses, según lo dispone el art. 4 de la Ley Reguladora de Préstamos entre particulares, que dice así: «Los intereses deberán ser cobrados sobre los saldos del monto prestado, y los moratorios no podrán exceder del 25% de lo pactado originalmente. Los intereses no podrán ser capitalizados».

CAPITULO IX EL COMODATO O PRESTAMO DE USO

SUMARIO: 1. Definición.- 2. Caracteres: A. Recae sobre cosas no fungibles B. Es un contrato real. C. Es esencialmente gratuito. D. Es unilateral E. Es un contrato principal. F. Es de naturaleza civil.- 3. Prueba del comodato.- 4. Capacidad.- 5. Obligaciones del comodatario: A. Conservación de las cosas. B. Usar de ellas dentro de los límites establecidos. C. Restituir las cosas prestadas.- 6. Obligaciones del comodante: A. Dejar que el comodatario o sus herederos usen la cosa. B. Responder por los vicios o defectos ocultos. C. Pagar las expensas extraordinarias.- 7. Extinción del comodato: A. Por la extinción del plazo convenido (art. 3432C.). B. Por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada (art. 3432C.). C. Por la voluntad del comodante en los casos señalados por la ley: a) Urgente necesidad del comodante; b) Falta de plazo y de uso (comodato precario). D. Por la muerte del comodatario en los casos señalados por la ley.- 8. Diferencias entre el comodato y el mutuo.- 9. Jurisprudencia.

1. Definición

Habrá contrato de comodato o préstamo de uso cuando una de las partes (llamada comodante) entrega gratuitamente a la otra (llamada comodatario) alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultades de usarla y la obligación de devolverla a la conclusión del contrato¹.

2. Caracteres

A. Recae sobre cosas no fungibles

De conformidad con el art. 3416C. el comodato recae sobre cosas no fungibles, muebles o raíces.

Cuando el préstamo tuviere por objeto cosas consumibles, sólo será comodato si ellas fueren prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente². Ejemplo: prestar monedas para su exhibición.

B. Es un contrato real

El comodato es un contrato real por cuanto se perfecciona por la entrega de la cosa³. No basta el consentimiento, es preciso que vaya acompañado de la entrega.

¹. Arts. 3416 y 3432C.

². Art. 3421C.

³. Art. 3417C.

La entrega no produce la traslación del dominio, a diferencia de lo que sucede con el mutuo. El comodatario es un mero tenedor⁴. Como consecuencia, no engendra derechos reales. Es productor de relaciones exclusivamente personales. El comodante, dice el art. 3426C., conserva la propiedad y posesión civil de la cosa. El comodatario sólo adquiere un derecho personal de uso y no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos a la cosa prestada. Como consecuencia del carácter real, nuestro Código no admite la promesa de comodato. El art. 3417 inc. 2C. dispone que la promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente. Como hemos visto, el carácter real se ha perdido en algunas legislaciones, lo que ha traído como consecuencia la admisión de la promesa de comodato. Nuestros anotadores critican la solución del Código y opinan que el que promete prestar una cosa debería ser obligado a cumplir esa promesa o a pagar los daños y perjuicios⁵.

C. Es esencialmente gratuito

El comodato es esencialmente gratuito, ya que el comodante es el único que sufre sacrificio en calidad de contraprestación. Si se pacta remuneración, el contrato se convierte en un arrendamiento: si José presta su inmueble X a Pedro y se estipula que pagará \$1.000 mensuales, habrá arrendamiento y no comodato.

El carácter gratuito se ha conservado en las legislaciones modernas, en las cuales el comodato ha dejado de ser un contrato real. Se admite por algunos autores la recompensa pactada con posterioridad al préstamo, sin que tal cosa desnaturalice el contrato.

D. Es unilateral

En nuestra legislación comodato es unilateral porque al tiempo de su perfeccionamiento sólo se obliga al comodatario a conservar y entregar en su tiempo la cosa recibida. Es posible que con posterioridad al perfeccionamiento resulte obligado el comodante, pero tal cosa no convierte el contrato en bilateral. En algunas legislaciones modernas ha perdido el carácter de real y de unilateral, pasando a ser consensual y bilateral. La entrega de la cosa ya no es un elemento de su perfeccionamiento, sino una obligación derivada del contrato ya formado antes de la entrega. El comodante estará obligado a entregarla. Ejemplo de este cambio es el Código Civil mexicano.

E. Es un contrato principal

El comodato es un contrato principal por cuanto no requiere de la existencia de otro para subsistir.

⁴ Art. 1800C.

⁵ Nota al art. 3417C.

F. Es de naturaleza civil

El comodato tiene siempre naturaleza civil, dado su carácter esencialmente gratuito. De aquí que nuestro Código de Comercio no se ocupe del mismo.

3. Prueba del comodato

Ninguna forma es indispensable para el comodato y se permite toda clase de pruebas, aun la testifical, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de ley⁶. Por otra parte, el art. 3425C. dice que son aplicables a la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba del arrendamiento.

Los anotadores le dan sentido al art. 3425C. cuando expresan que una cosa es el comodato como contrato, que puede demostrarse hasta por testigos y otras son las cláusulas relativas al tiempo porque se prestó la cosa y el lugar donde debe entregarse, que no están sometidas a la misma prueba, sino a las señaladas para el arrendamiento y que debe darlas el comodatario⁷.

La Corte Suprema ha dicho que:

- El comodato puede probarse por testigos cualquiera que sea el valor de la cosa⁸.
- La prueba del contrato de comodato corresponde al comodante que la invoca⁹.

4. Capacidad

Nuestro Código Civil no señala quiénes tienen o no tienen capacidad, por lo que comodante y comodatario deben tener capacidad general, pero sienta ciertas reglas especiales en los artículos siguientes:

«Art. 3418C. «Si el comodante es incapaz para contratar, o está bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario capaz o incapaz por la nulidad del contrato, exigir la restitución de la cosa antes del tiempo convenido; más el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato».

Art. 3419C. El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; mas el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz o incapaz

Art. 3420C. Si el comodatario no fuere menor impúber y hubiere inducido con dolo a la otra parte a contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe devolver la cosa prestada como si fuere capaz.

⁶. Art. 3424C.

⁷. Nota al art. 3425C.

⁸. S. 11 a.m. del 9 de junio de 1956, B.J., p. 18109.

⁹. S. 12 m. del 5 de marzo de 1958, B.J., p. 18910.

Art. 3423C. Prohíbese a los guardadores prestar bienes de sus pupilos; y en general, a todos los administradores de bienes ajenos, públicos o particulares, que estén confiados a su administración, a menos que fueren autorizados a hacerlo con poderes especiales».

No es preciso que el comodante sea propietario de la casa. Basta que tenga un derecho de uso cedible sobre ella. Esto es consecuencia de que el comodato no es un contrato traslativo de dominio.

5. Obligaciones del comodatario

El comodatario tiene las obligaciones siguientes: a) conservar las cosas; b) usar de ellas dentro de los límites establecidos; c) restituirlas a la terminación del contrato.

A. Conservación de las cosas

El comodatario, dispone el art. 3427C., está obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa. No sólo responde por el deterioro, sino también por la destrucción.

Cuando el deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el valor anterior de ella, abandonando su propiedad al comodatario¹⁰. Como norma general el comodatario no responde del caso fortuito o fuerza mayor¹¹.

Excepcionalmente es responsable en los casos siguientes:

a) Cuando los hechos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor han sido precedidos de alguna culpa suya¹².

b) Si la cosa prestada no ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor, sino porque la empleó en otro USO, o porque la empleó por un tiempo más largo que el designado en el contrato¹³.

En el primer supuesto la responsabilidad es imputable a la culpa del comodatario y en el segundo éste responde por la mora.

e) Si pudiendo garantizar la cosa prestada del daño sufrido, empleando su propia cosa no lo ha hecho así¹⁴.

¹⁰. Art. 3428C.

¹¹. Art. 3430C.

¹². Idem.

¹³. Idem.

¹⁴. Idem.

d) Si pudiendo conservar una de las dos (la suya o la prestada) ha preferido conservar la propia¹⁵.

También el comodatario puede asumir por convenio el caso fortuito o la fuerza mayor.

El comodatario no responde por los deterioros en la cosa prestada por efecto sólo del uso de ella, conforme el art. 3429C., o cuando la cosa se deteriora por su propia calidad, vicios o defectos¹⁶.

B. Usar de ellas dentro de los límites establecidos

El comodatario le dará a las cosas el uso establecido en el contrato; a falta de convenio le dará el uso a que están destinadas según naturaleza o costumbre del país o profesión del comodatario. El comodatario no puede usar un caballo de montar para tirar de un carretón, etc. El art. 3429C. expresa que el comodatario no puede hacer otro uso de la cosa que el que hubiere expresado en el contrato; y a falta de convencion expresa, aquel a que está destinada la cosa, según la naturaleza o costumbre del país.

Si el comodatario le da a la cosa un uso contrario al indicado, el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada, y la reparación de los perjuicios. Se sostiene que la restitución por el uso indebido de la cosa equivale a la condición resolutoria tácita que se encuentra implícita en los contratos bilaterales¹⁷.

El comodatario no puede repetir los gastos ordinarios que fueren necesarios para usar las cosas: alimentación del animal, el aceite y gasolina del carro, etc.¹⁸

C. Restituir las cosas prestadas

En virtud del comodato la cosa se entrega exclusivamente para su uso y como consecuencia, una vez concluído el contrato, debe restituírle la misma e idéntica cosa.

La restitución debe hacerse en el estado en que se encuentre con todos sus frutos y acciones, ya que de conformidad al art. 3426C. no tiene derecho a los mismos. Por otra parte, la restitución debe hacerse en el estado en que se encuentre la cosa, sin perjuicio de la responsabilidad de los deterioros que sufre la cosa por culpa del comodatario¹⁹.

¹⁵. Idem.

¹⁶. Art. 3431C.

¹⁷. Art. 1885C.

¹⁸. Art. 3443C.

¹⁹. Art. 3427C.

La ley presume que el comodatario recibió la cosa en buen estado, hasta que se prueba lo contrario. Para probar lo contrario se admite toda clase de pruebas, pues son hechos puros y simples. El art. 3432C. dice: «Cesa el comodato por concluir el tiempo del contrato; o por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada, y debe ser restituida al comodante en el estado en que se halle, con todos sus frutos y accesiones aunque hubiere sido estimada en el contrato. Se presume que el comodatario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario».

La restitución debe hacerse al comodante o a su representante designado al efecto²⁰. Si la cosa ha sido prestada por un incapaz de contratar, que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitución al comodante incapaz²¹. El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución de la cosa, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante, salvo que haya sido perdida o robada a su dueño²².

Si los herederos del comodatario de buena fe hubieren vendido la cosa dada en comodato, podrá el comodante, no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz, exigir de los herederos el precio recibido, o que le cedan las acciones que en virtud de las enajenaciones les competan²³. Por el contrario, si los herederos vendieron de mala fe, es decir, sabían que la cosa era prestada, deberán pagar todo el valor de la cosa, y resarcir el perjuicio al comodante, sin perjuicio de la responsabilidad penal²⁴.

Cuando el comodatario no restituye la cosa por haberse perdido por su culpa o por la de sus agentes o dependientes, pagará al comodante el valor de ella. Si no la restituye por haberla destruido o disipado, incurren en sanción penal²⁵.

Si después de haber pagado el comodatario el valor de la cosa, la recupera él o el comodante, no tendrá derecho para repetir el precio pagado y obligar al comodante recibirla. Pero el comodante tendrá derecho para exigir la restitución de la cosa y obligar al comodatario a recobrar el precio pagado²⁶.

Cuando se ha prestado una cosa perdida o robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, es responsable de los perjuicios que de la restitución al comodante se siga al dueño. Este por su parte tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, o sin decreto del juez²⁷.

²⁰. Art. 3432C.

²¹. Art. 3437C.

²². Art. 3438C.

²³. Art. 3433C.

²⁴. Art. 3434C.

²⁵. Art. 3435C.

²⁶. Art. 3436C.

²⁷. Art. 3440C.

El comodatario está obligado a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de toda otra cosa de que sepa que se trata de hacer un uso criminal; pero deberá ponerla a disposición del juez²⁸.

Cuando dos o más comodatarios reciben conjuntamente las mismas cosas responden solidariamente por la restitución o daños sufridos en ellas²⁹.

6. Obligaciones del comodante

El comodante tiene las obligaciones siguientes:

A. Dejar que el comodatario o sus herederos usen la cosa

La obligación está regulada en los arts. 3444 a 3446C. El primero de ellos dice: «Art. 3444. El comodante debe dejar al comodatario o a sus herederos el uso de la cosa prestada durante el tiempo convenido, o hasta que el servicio para que se prestó fuere hecho. Esta obligación cesa respecto a los herederos del comodatario cuando resulta que el préstamo sólo ha sido en consideración a éste, o que sólo el comodatario por su profesión podría usar de la cosa prestada».

B. Responder por los vicios o defectos ocultos

De conformidad con el art. 3447C. el comodante que conociendo los vicios o defectos ocultos de la cosa prestada, no previno de ellos al comodatario, responde a éste de los daños que por esa causa sufre. Si el comodatario sabe de los vicios o estos son aparentes, desaparece la responsabilidad del comodante.

C. Pagar las expensas extraordinarias

Los gastos ordinarios para el uso de la cosa los paga el comodatario³⁰; por el contrario los extraordinarios los paga el comodante de conformidad con el art. 3448C. que dice: «El comodante debe pagar las expensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlas, salvo que fueren tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro».

Por cuanto el comodato es un contrato calificado de beneficencia, al comodatario se le niega el derecho de retención, aun por las expensas extraordinarias. El art. 3439C. dispone que el comodatario no puede retener la cosa prestada por la que el comodante le deba, aun que sea por razón de expensas.

²⁸. Art. 3441C.

²⁹. Art. 3442C.

³⁰. Art. 3443C.

7. Extinción del comodato

El comodato se extingue:

- a) Por las causas que termina todo contrato: nulidad, mutuo disenso, etc.
- b) Por la extinción del plazo convenido.
- c) Por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada.
- d) Por la voluntad del comodante en los casos señalados por la ley.
- e) Por la muerte del comodatario en los casos señalados por la ley.

A. Por extinción del plazo convenido (art. 3432C.)

La ley no señala un plazo máximo como sucede con el arrendamiento en el art. 2820C., por lo que se puede pactar cualquier tiempo de duración. El art. 2820C. es una norma de excepción y, como consecuencia, no puede tener aplicación extensiva al comodato.

B. Por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada (art. 3432C.)

Terminado el servicio para que fue prestada se extingue el comodato, aunque haya mediado un plazo. Ejemplo: presto mi carro para un viaje a San José de Costa Rica; realizado el viaje se extingue el comodato.

C. Por la voluntad del comodante en los casos señalados por la ley

- a) Urgente necesidad del comodante

Si antes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, al comodante sobreviene alguna imprevista y urgente necesidad de la misma cosa, podrá pedir la restitución de ella al comodatario³¹.

En la doctrina se discute la posibilidad del comodatario de negarse a entregar la cosa al vencimiento del plazo cuando le cause serios perjuicios y en cambio no le causa ninguno al comodante la prórroga de la entrega a corto plazo. Unos autores aceptan tal prórroga, otros no lo aceptan. Si la equidad es el fundamento del art. 3445C, también la equidad se inclina a favor de la prórroga.

- b) Falta de plazo y de uso (comodato precario)

El art. 3446C. dispone que si el préstamo fuere precario, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa, y éste no resulta determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución de la cosa cuando quisiere. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

³¹ Art. 3445 C.

Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

De conformidad con la disposición citada hay precario cuando no existe plazo ni uso convenido, ni puede determinarse por la costumbre. También existe precario por la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

D. Por la muerte del comodatario en los casos señalados por la ley

La muerte del comodante no termina con el comodato³² y por lo tanto, sus herederos deben respetar el contrato.

En cambio la muerte del comodatario extingue al comodato en los casos siguientes:

a) Si el préstamo ha sido hecho en consideración a la persona del comodatario³³.

Generalmente el comodato se celebra tomando en consideración la persona, sin mirar a los herederos. Es un contrato *intuitu personae*. De aquí que ordinariamente funcionará esta causal de extinción. No obstante, los herederos podrán demostrar que no se celebró en consideración a la persona de su causante (el comodatario) a fin de continuar usando la cosa.

b) Si sólo el comodatario por su profesión podría usar la cosa prestada³⁴. Ejemplo: le presto al colega mis códigos anotados y fallece.

8. Diferencias entre el comodato y el mutuo

Los dos contratos son reales, unilaterales y principales, pero existen las diferencias siguientes:

a) El contrato de comodato no traslada la propiedad de la cosa, solamente el uso, y se adquieren derechos personales; por el contrario en el mutuo se traslada la propiedad y se adquieren derechos reales.

Como consecuencia, el comodatario se obliga a custodiar y a devolver la misma e idéntica cosa prestada; por el contrario el mutuario no tiene el deber de la custodia y sólo debe devolver igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. Otra consecuencia es que el mutuante tiene que ser dueño de la cosa; en cambio el comodante no.

b) El comodato es esencialmente gratuito; en cambio el mutuo puede ser oneroso o gratuito.

³². Arts. 933,934 inc. 2 y 2484C.

³³. Art. 3444C.

³⁴. Idem.

c) El comodato debe tener por objeto cosas no fungibles; en cambio el mutuo recae sobre cosas consumibles o fungibles.

d) El comodato siempre tiene naturaleza civil; en cambio el mutuo puede ser civil o mercantil.

9. Jurisprudencia

La Suprema ha dicho que:

- Si el comodato es precario, el dueño que pide la restitución no necesita demostrar el contrato, porque éste no existe, pero si el reo niega la tenencia de la propiedad, corresponde a aquél demostrarla³⁵.

- Puede seguirse el procedimiento del desahucio de la cosa arrendada para pedir la restitución de la cosa dada en comodato³⁶.

- Si el dueño alega la existencia del comodato precario por no haber contrato y ser ignorante de la ocupación, sólo necesita probar su calidad de dueño; pero si alega la ocupación por mera tolerancia, debe probar los hechos que demuestren ésta³⁷.

³⁵. S. 10 a.m. del 29 de Octubre de 1954, B.J., p.17200

³⁶. S. del 24 de Abril de 1954, B.J.,p. 17243.

³⁷. S. 9 a.m. del 30 de Septiembre de 1958, B.J.,p. 19175.

CAPITULO X EL DEPOSITO

SUMARIO: I. Del depósito general: 1. Definición.- 2. Caracteres del depósito: A. Es un contrato real. B. Es gratuito por naturaleza. C. Es unilateral. D. Es un contrato principal. 3. Diversas especies de depósitos.- 4. Depósito propiamente dicho. 5. Obligaciones del depositario: A. Custodiar y conservar la cosa. B. Restituir el depósito cuando le fuere exigido a) Quién debe hacer la restitución; b) A quién debe hacerse la restitución; c) Caso de robo; d) Lugar de la restitución; e) Consignación; f) Venta hecha por el heredero de buena fe; g) Apremio; h) Rendición de cuentas.- 6. Derechos del depositario. 7. Obligaciones del depositante.- 8. Derechos del depositante.- 9. Extinción del depósito. -II El depósito necesario: 1. Concepto. 2 Diferencias entre depósito necesario y voluntario. -3. Depósitos que se reputan necesarios. III. Del Secuestro: 1. Concepto. - 2. Clasificación. 3. Deberes del depositante. . 4. Derechos del secuestre. - 5. Otras disposiciones aplicables.

I. Del depósito en general

1. Definición

Según el art. 3449C., el depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella.

La definición es amplia, comprensiva de las diversas clases de depósitos.

2. Caracteres del depósito

A. El depósito es un contrato real

El depósito es un contrato real, por cuanto se perfecciona con la entrega de la cosa. El art. 3459C. expresamente lo dispone cuando dice que «el contrato de depósito se perfeccionará por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».

La entrega no convierte al depositario en dueño o poseedor, sino en un mero tenedor¹.

El art. 3460C. permite que se haga la entrega de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposita, es decir, se admite la entrega ficticia o simbólica. En el inciso segundo del referido artículo se contempla expresamente la tradición *brevis manus*. Dice: «Podrán también convenir las partes

¹ Art. 1800C.

en que una de ellas retenga como depósito lo que esté en su poder por otra causa». Ejemplo: si Juan es comodatario de un carro de José, pueden convenir posteriormente que Juan se quede como depositario del carro. No es preciso que Juan le entregue el carro a José, en virtud del comodato y que posteriormente José vuelva a su vez a entregarlo a Juan, en virtud del depósito. Se acepta, pues, la entrega *brevis manus*.

B. Es gratuito por naturaleza

De acuerdo al art. 3451C. el depósito es por su naturaleza gratuito, pero no obstante, pueden las partes estipular una gratificación para el depositario. Por otra parte, el secuestro es remunerado². La gratuidad no es un elemento esencial del contrato de depósito, sino de la naturaleza del depósito con figura jurídica.

En el Derecho romano, el depósito era esencialmente gratuito. Tal criterio lo aceptan algunos códigos, como el chileno³, y el colombiano⁴ siguiendo en esto al francés.

El art. 2517 del Código Civil mexicano vigente, suprime el carácter naturalmente gratuito que tenía en el art. 2547 del Código Civil de 1884, modelo de nuestro art. 3451C, se dispone que, salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución. Por otra parte, dejó de ser real, pasando a ser consensual. En resumen en la legislación mexicana el depósito es consensual y bilateral.

C. Es unilateral

El depósito está clasificado entre los contratos unilaterales, ya que al perfeccionarse sólo resulta obligado el depositario. No obstante, será bilateral si los contratantes estipularon una gratificación al depositario.

D. Es un contrato principal

El depósito es un contrato principal, con existencia propia, es decir, no es preciso que exista otra relación jurídica para poder subsistir.

3. Diversas especies de depósitos

Hay varias especies de depósitos: depósito propiamente dicho; secuestro; y depósito necesario. Trataremos a continuación del primero y posteriormente de los dos últimos.

². Art. 59 y sigts. del Código de Aranceles Judiciales.

³. Art. 2219 del Código Civil de Chile.

⁴. Art. 2244 del Código Civil de Colombia.

4. Depósito propiamente dicho

Es un contrato en virtud del cual el depositario recibe una cosa del depositante con la obligación de cuidarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella.

Los objetos de los depósitos pueden ser muebles o inmuebles, pues la ley no distingue entre ellos. No obstante, se piensa que sólo cabe sobre muebles, pues son los únicos que son susceptibles de ser guardados.

La cosa debe ser corporal y consistir en un cuerpo cierto, pues de conformidad con el art. 3449C. el depositario debe devolver la misma especie.

No obstante, pueden ser objeto de depósito sumas de dinero, según lo disponen los arts. 3468 y 3469C. No se trata en este caso de un depósito irregular, en virtud del cual se puede disponer de la cosa depositada.

Por otra parte, la autorización que otorga el depositante al depositario para disponer del dinero convierte al depósito en mutuo comodato, uso o usufructo⁵. Creo que nuestro Código no admite el depósito irregular. A primera vista parece que está reconocido por los arts. 3463 y 3468C., ya que el primero permite al depositario usar la cosa con permiso del dueño y el segundo autoriza el depósito de dinero, el cual es por excelencia fungible. No obstante, en el art. 3464C. expresamente se dispone que si el dueño autoriza al depositario a usar la cosa, el contrato muda de especie.

Existen diferencias entre el depósito regular y el irregular:

a) En el depósito regular debe restituirse el cuerpo cierto recibido; en cambio en el irregular es suficiente que se restituyan otros bienes del mismo género.

b) El depósito regular se constituye sobre cosas específicas no fungibles; en cambio en el irregular sobre cosas fungibles.

c) En el depósito regular el depositario no puede usar la cosa⁶; por el contrario en el irregular sí puede usarla e incluso consumirla tanto física como jurídicamente.

d) En el depósito regular el depositario tiene la obligación de custodia; en cambio en el irregular no la tiene, pero debe administrar su patrimonio con diligencia para garantizar la restitución.

e) En el depósito regular el depositario es un mero tenedor⁷; en cambio en el irregular adquiere la propiedad, pues hay traslación de dominio.

⁵. Art. 3464C.

⁶. Art. 3463C.

⁷. Art. 1800 y 3460C.

Algunas legislaciones aceptan el depósito irregular, como la argentina⁸. La legislación patria, dice la Corte Suprema, no reconoce la existencia del depósito irregular como sustituto del depósito ordinario, según se desprende de lo prescrito en el art. 3464C. y del art. 466C.C. No obstante, el art. 467C.C. prescribe que los depósitos verificados en Bancos, almacenes generales, instituciones de crédito o cualquiera compañía, se regirán en primer término por sus estatutos⁹.

Para celebrar el depósito se requiere la capacidad general para contratar. Con relación al depositante el art. 3455C. dispone que pueden dar en depósito todos los que pueden contratar.

La incapacidad de uno de los contratantes no exime al otro de las obligaciones a que están sujetos el que deposita y el depositario¹⁰.

El incapaz que acepta el depósito, puede, si se le demanda por daños y perjuicios, oponer como excepción la nulidad del contrato; mas no podrá eximirse de restituir la cosa depositada, Si se conserva aún en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación¹¹.

Cuando la incapacidad no fuere absoluta, podrá el depositario ser condenado al pago de daños y perjuicios, si hubiere procedido con dolo o mala fe¹².

5. Obligaciones del depositario

Son obligaciones principales del depositario

A. Custodiar y conservar la cosa¹³

La obligación fundamental del depositario consiste en custodiar la cosa. La custodia constituye la materia y contenido del contrato; su fin esencial. De aquí que lo llamen contrato de custodia. En la guarda y conservación de la cosa depositada debe prestar el cuidado y diligencia que acostumbra un buen padre de familia¹⁴.

El depositario no responde del caso fortuito y de la fuerza mayor, salvo cuando: a) se ha obligado a ello; b) se producen estando la cosa en su poder, por haber sido moroso en restituirla¹⁵.

El depositario no puede servirse de la cosa depositada, ya que la ha recibido con el exclusivo propósito de guardarla. La contravención a lo expuesto hace

⁸. Arts. 2189 y 2220 del Código Civil de Argentina.

⁹. S 11 a.m. del 17 de Abril de 1936, B.J., p. 9275.

¹⁰. Art. 3456C.

¹¹. Art. 3457C.

¹². Art. 3458C.

¹³. Arts. 3449 y 3461 inc. 1C.

¹⁴. Art. 3461 inc. 1C.

¹⁵. Art. 3462C.

responsable al depositario por los daños y perjuicios, sin perjuicios de las acciones penales que se pudieran derivar.

El depositario podrá servirse de la cosa con permiso expreso del dueño. El permiso no se presumirá. Pero cuando el depositario tiene permiso del dueño para usar o servirse de la cosa, el contrato muda de especie, se transforma en otro convirtiéndose en mutuo, comodato, uso o usufructo¹⁶.

B. Restituir el depósito cuando le fuere exigido

El depositario debe restituir el depósito cuando le fuere exigido, con todos sus frutos y acciones¹⁷.

El depositante puede pedir la restitución en cualquier tiempo y el depositario está obligado a ello, aunque exista plazo pendiente, ya que éste se establece en favor del depositante¹⁸.

El depositario no está obligado a entregar la cosa cuando judicialmente se haya mandado retener o embargar¹⁹.

Cuando existe plazo, el depositario puede devolver por justa causa la cosa depositada antes del vencimiento del plazo convenido. Por el contrario, si no se estipuló plazo el depositario puede devolver el depósito al depositante cuando quiera, siempre que le avise con una prudente anticipación, si él necesita preparar algo para la guarda de la cosa²⁰.

Cuando la cosa depositada se entrega bajo sello, cerradura o costura el depositario debe restituirla en el mismo estado. Si el depositario extrae o descubre el depósito, queda obligado a reponerlo y responderá de los daños y perjuicios²¹.

Cuando se han roto los sellos o forzado las cerraduras, roto las costuras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante, en cuanto al número y calidad de las especies depositadas; pero no habiendo culpa del depositario, será necesario en caso de desacuerdo la prueba²².

El depositario de un depósito de confianza está obligado a guardar el secreto y no puede ser obligado a revelarlo²³.

¹⁶. Art. 3464C.

¹⁷. Art. 3461 Inc. 2C.

¹⁸. Art. 3480C.

¹⁹. Art. 3481C.

²⁰. Art. 3482 y 3485C.

²¹. Art. 3465 y 3466C.

²². Art. 3497C.

²³. Art. 3496C.

a) Quién debe hacer la restitución

La restitución la debe hacer el depositario, su representante legal o voluntario, o sus herederos en caso de fallecimiento.

b) A quién debe hacerse la restitución

La restitución debe hacerse al depositante o a su representante destinado para recibirla²⁴.

Cuando el depósito se hizo a nombre de algún incapaz por su representante, será restituido a éste o al mismo incapaz luego que cese su incapacidad, previa declaración judicial²⁵. Si después de constituido el depósito el depositante pierde su capacidad, la restitución se hará a su representante legal²⁶.

Cuando el depósito fue hecho por un guardador o administrador, con el carácter de tal, la restitución debe hacerse al representante original si no ha terminado la representación, o al representante sustituto²⁷.

Si son dos o más los depositantes no podrá el depositario entregar sin previo consentimiento de todos, salvo que al constituirse el depósito se haya convenido que la entrega se pueda hacer a cualquiera de ellos²⁸.

Puede el depositario entregar a cada depositante una parte de la cosa, si al constituirse el depósito o después se señaló lo que a cada uno correspondía²⁹.

Con relación a los arts. 2573, 2574 y 2575 del Código Civil mexicano de 1884, modelos de nuestros arts. 3474, 3475 y 3476C. Manuel Mateos Alarcón dice: «Las reglas contenidas en los tres artículos que preceden se pueden reducir a una sola, y que consiste en el deber del depositario de restituir a la persona que tiene aptitud legal para recibir el depósito, y por consiguiente, que no puede entregarse a los incapaces o a aquellas personas que cambian de estado o pierden la facultad de administrar sus bienes o los ajenos que se le había confiado, como la mujer que contrae matrimonio, el tutor o administrador que cesan en sus respectivos cargos, el mayor de edad que es declarado en estado de interdicción»³⁰.

e) Caso de robo

²⁴. Art. 3470C.

²⁵. Art. 3474C.

²⁶. Art. 3475C.

²⁷. Art. 3476C.

²⁸. Art. 3472C.

²⁹. Art. 3473C.

³⁰. Art. Código Civil del Distrito Federal. Concordando y Anotado. Contratos, Sucesiones y Testamento. México, 1906. Tomo III, p.56.

Si el depositario tiene conocimiento con posterioridad a la constitución del depósito que la cosa depositada es robada y de quién es el verdadero dueño, deberá dar aviso a éste o a la autoridad competente con la reserva debida. Si dentro de ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que por ello quede sujeto a responsabilidad alguna³¹.

d) Lugar de la restitución

La restitución debe hacerse en el lugar convenido. En defecto del convenio, la devolución se hará en el lugar donde se halle la cosa depositada³².

Los gastos de entrega son a cargo del depositante³³.

e) Consignación

Cuando el depositante se niega a recibir la cosa depositada, el depositario puede hacer consignación de ella³⁴.

f) Venta hecha por el heredero de buena fe

Si el heredero del depositario de buena fe ha vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado³⁵.

g) Apremio

Como hemos expresado, es obligación principal del depositario restituir la cosa depositada. Si se le reconviniera por la autoridad competente por la devolución del depósito y no lo verificare quedará sujeto al apremio corporal³⁶.

h) Rendición de cuentas

El art. 3499C. dispone que una vez terminado el depósito, cualquiera que sea su naturaleza, el depositario rendirá cuentas al depositante.

6. Derechos del depositario

Los derechos del depositario son los siguientes:

a) Exigir remuneración si se hubiere pactado³⁷.

³¹. Art. 3471C.

³². Arts. 3477 y 3478C.

³³. Art. 3479C.

³⁴. Arts. 2057 y 3483C.

³⁵. Art. 3494C.

³⁶. Arts. 2521 inc. 1 y 3495C.

³⁷. Art. 3451C.

b) Exigir al depositante la indemnización de los gastos que se hayan hecho en la conservación del depósito y los perjuicios que por él haya sufrido³⁸.

c) Retener la cosa depositada hasta el entero pago de lo que se debe por razón del depósito, o por la remuneración que se le ha ofrecido, pero no por perjuicios que el depósito le hubiere causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito. Este derecho de retención no podrá ejercerse respecto de cosas depositadas que resulten pertenecer a terceros; pero el depositario ejercitará sus derechos contra el depositante³⁹.

El depositario no puede retener la cosa depositada en calidad de prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante⁴⁰.

El depositario no puede oponer la compensación. El art. 3488C. dice que el depositario no puede compensar la obligación de devolver el depósito con ningún crédito, ni por otro depósito que él hubiere hecho al depositante aunque fuere de mayor suma o de cosa de más valor.

7. Obligaciones del depositante

Las principales obligaciones del depositante son:

a) Si se pactó remuneración, pagárselas al depositario⁴¹

b) Pagar al depositario los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y los perjuicios que por él sufra⁴².

Podrá el depositario, cuando la conservación del depósito exija gastos, comparecer ante el juez, si no se conviniere con el depositante, para que se le autorice a enajenar objetos o bienes que forman parte de la cosa depositada y cuya enajenación no sea perjudicial al todo, con el objeto de cubrir dichos gastos con sus productos. El juez procederá en la vía sumaria⁴³.

8. Derechos del depositante

A una obligación del depositario corresponde un derecho del depositante, por lo que hacemos una remisión a lo expuesto sobre los mismos.

9. Extinción del depósito

En primer lugar, el depósito se extingue como se extinguen los contratos conforme a las reglas generales.

³⁸. Art. 3486C.

³⁹. Art. 3487C.

⁴⁰. Art. 3491C.

⁴¹. Art. 3451C.

⁴². Art. 3486C.

⁴³. Arts. 3498C. y 1646 Pr. y sigts.

También termina por voluntad unilateral del depositante o depositario en los supuestos de los arts. 3480 y 3485C, ya estudiados.

La pérdida de las cosas depositadas también es un motivo de extinción, por cuanto el depósito se constituye sobre un cuerpo cierto.

Asimismo termina cuando el depositario descubre y prueba que es de su propiedad la cosa depositada.⁴⁴

El depósito voluntario no se extingue por el fallecimiento tanto del depositante como del depositario.⁴⁵

II. El depósito necesario

1. Concepto

El depósito es necesario cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como el que se hace con ocasión de un incendio, ruinas, saqueo u otra calamidad⁴⁶.

2. Diferencias entre el depósito necesario y voluntario

La diferencia fundamental consiste en el depósito voluntario que el depositante elige al depositario; en cambio en el necesario no es posible tal elección a causa de la situación de calamidad en que se realiza.

Como consecuencia de esta diferencia resultan las siguientes:

a) La capacidad del depositario en que en el depósito necesario es distinta. De conformidad con el art. 3504C. si el depositario necesario es un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, se constituye un cuasicontrato que lo obliga sin autorización de su representante legal.

b) De conformidad con el art. 3503C. en el depósito necesario es admisible toda clase de pruebas, aun la de testigos, pues no rige la limitación legal de no poderse probar por testigos cuando es mayor de ocho córdobas. Por el contrario, en el depósito voluntario rige dicha limitación.

En la doctrina se discute si el depósito necesario es o no un contrato.

Unos autores, como Colin y Capitant, consideran que no es un contrato. Otros, por el contrario, estiman que es un contrato.

⁴⁴. Art. 3484C.

⁴⁵. Art. 3489C.

⁴⁶. Art. 3502C.

3. Depósitos que se reputan necesarios

El art. 3506C. asemeja al depósito necesario la entrega que hace de sus efectos al posadero o a sus dependientes, el que se aloja en un hotel o posada, los cuales se estiman depositados bajo la custodia del posadero.

El art. 3507C. responsabiliza al posadero por todos los daños que se causen a los efectos entregados, por su culpa o de sus dependientes o de los extraños que visitan la posada, y hasta de los hurtos y robos; pero no de la fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo⁴⁷.

El posadero se obliga también a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí, siendo responsable del daño causado por el hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado⁴⁸.

Para los mencionados depósitos también rige la amplitud en cuanto a los medios de prueba, pues se admiten todos los reconocidos por la ley, aun la testimonial⁴⁹.

El alojado que se queja de daños, hurto o robo deberá probar el número, calidad y valor de los efectos desaparecidos; pero para evitar fraudes contra el posadero, se faculta al Juez para rechazar la prueba testimonial ofrecida por el demandante, cuando a éste no inspire confianza o las circunstancias le parezca sospechosas⁵⁰.

Los efectos de gran valor, que lleve consigo el viajero, como dinero, títulos valores, que no entran en el equipaje de personas de su clase, deberán ser declarados al posadero y aun mostrárselos si lo exigiere, para que se emplee especial cuidado en su custodia; de no hacerlo así, podrá el Juez desechar en esta parte la demanda⁵¹.

Se establece en el art. 3511C. que si el hecho dañoso fuese imputable a negligencia del alojado, será absuelto el posadero. La responsabilidad del posadero también cesa cuando existe un convenio que lo exonere de ello⁵².

Todo lo dispuesto anteriormente se aplica a las fondas cafés, casas de billar o de baños y otros establecimientos semejantes.⁵³

⁴⁷. Art. 3507C.

⁴⁸. Art. 3508C.

⁴⁹. Art. 3503C.

⁵⁰. Art. 3509C.

⁵¹. Art. 3510C.

⁵². Art. 3512C.

⁵³. Art. 3513C.

III. Del secuestro

1. Concepto

El secuestro es el depósito de una cosa sobre la que se litiga en poder de un tercero, la que será entregada al litigante que obtenga sentencia a su favor.

2. Clasificación

El secuestro puede ser convencional o judicial. El secuestro convencional tiene lugar cuando los litigantes depositan la cosa litigada en poder de un tercero, que se obliga a entregarla, cuando termine el pleito al que conforme la sentencia tenga derecho a ella⁵⁴. El secuestro es judicial cuando lo decreta el Juez.

El primero puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles y el segundo sólo sobre muebles, pues a pesar de permitirse su anotación en el Registro y de la mención que del mismo hace el art. 3533C. se opone a su procedencia el art. 1469C que dice «Si se demanda el dominio u otro derecho real, constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa, según se ha dicho y el de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, en ambos casos, si hubiere justo motivo de temerlo, o las posibilidades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.

A esto mismo tendrá derecho el demandante por rescisión o nulidad de un contrato sobre bienes inmuebles».

La Corte de Apelaciones de Masaya ha mantenido la tesis de que no cabe el secuestro judicial sobre bienes inmuebles. Con relación a la apelación interpuesta por los demandados contra el decreto de secuestro sobre el inmueble objeto de la litis cabe decir que ha sido criterio constante y unánime de los expositores de Derecho Civil y doctrina de este Tribunal; que no procede el secuestro de inmuebles dado que no sería justo ni equitativo privar al poseedor del goce de ellos mientras dura el pleito; y, además, porque la ley establece otras medidas precautorias, como la intervención. En consecuencia, no corresponde otra cosa que revocar y dejar sin efecto el decreto de secuestro apelado»⁵⁵.

El doctor Felipe Rodríguez Serrano participa de esta opinión; no piensa lo mismo el doctor Hidelfonso Palma Martínez, para quien el secuestro judicial puede recaer sobre bienes inmuebles dejando al demandado como depositario.

Con base en el inc. 2 del artículo transcrito y para los supuestos que el mismo contempla, el demandante puede pedir la intervención judicial. Con la anotación pre-

⁵⁴. Art. 3514C.

⁵⁵. S. 10:55 a.m. del 13 de Enero de 1969.

venta de la demanda y la intervención judicial, está ampliamente garantizado el actor.

3. Deberes de los depositantes

Los depositantes contraerán para con el secuestre las mismas obligaciones que el deponente respecto del depositario en el simple depósito por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro⁵⁶. También están obligados a pagar al secuestre la correspondiente remuneración.

4. Derechos del secuestre

El secuestre tiene derecho a los gastos, honorarios, daños y perjuicios que se le causen con ocasión del secuestro. Por regla general los pagará aquel a cuyo favor se ha verificado el secuestro, y a falta de éste aquel a cuyo favor ha cedido el secuestro aunque el resultado de éste no pueda apreciarse en efectivo⁵⁷.

5. Otras disposiciones aplicables

El art. 3534C. dispone que fuera de las reglas consignadas en el capítulo del secuestro, rigen las del depósito y las contempladas por el Código de Procedimiento Civil.

⁵⁶. Art. 3521C.

⁵⁷. Art. 3524C.

CAPITULO XI JUEGO Y APUESTA

SUMARIO: 1. Conceptos y elementos: A. Juego. B. Apuesta.- 2. Diferencias entre juego y apuesta .- 3. juegos o apuestas prohibidos o permitidos.- 4. Efectos de los juegos o apuestas permitidos. 5. Efectos de los juegos o apuestas prohibidos.- 6. Los juegos penados o permitidos por leyes especiales.- 7. La suerte como medio para dividir las cosas comunes o para terminar cuestiones dudosas o litigiosas.

1. Concepto y elementos

A. Juego

De acuerdo con el art. 3607C. el contrato de juego tendrá lugar cuando dos o más personas entregándose al juego se obliguen a pagar a la que gane una suma de dinero u otro objeto determinado.

De esta definición legal se desprenden sus elementos especiales: que los contratantes se entreguen personalmente al juego (jugar ajedrez, boliche, naipes, etc.); y que el perdedor se obliga a pagar una suma de dinero u otro objeto determinado al que gane.

B. Apuesta

De acuerdo con el art. 3608C. la apuesta se dará cuando dos o más personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia, convinieren que aquella cuya opinión resultare fundada recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado.

De esta definición legal se desprenden sus elementos especiales: que las partes tengan una opinión contraria sobre hechos y circunstancias extraños a ellas (apuesta sobre el resultado de un juego de béisbol, sobre quién ganará las elecciones, etc.); y que el perdedor entregue una suma de dinero o cualquier otro objeto al que acertare.

2. Diferencias entre juego y apuesta

Se han dado dos importantes opiniones a saber:

A. La que sostiene que en el contrato de juego las partes participan personalmente en el juego, en cambio la apuesta recae sobre elementos extraños a ellas.

La doctrina moderna ha desechado este criterio. Así en la lotería y en los juegos de bolsa, las partes no participan en la realización de los hechos, y sin em-

bargo, son juegos. La carrera bajo apuesta que pactan dos personas es apuesta, aunque el hecho lo ejecuten personalmente las partes del contrato¹.

B. La que sostiene que la distinción debe fundarse en el motivo de ambos contratantes: en la apuesta se tiende a robustecer una afirmación; en cambio el juego tiene por objeto la distracción o una ganancia o ambas cosas.

Dentro de este criterio Enneccerus define el juego y la apuesta así: «Contrato de apuesta es el que se efectúa cuando, para robustecer una afirmación, las partes se prometen recíprocamente una prestación para el caso de ser verdadera o no aquella afirmación; contrato de juego es el que se realiza cuando, con fines de distracción o de ganancias, los jugadores se prometen una prestación bajo condiciones opuestas»².

Pero tal distinción carece de interés práctico, porque, de una parte, la ley a veces en la palabra juego también comprende a la apuesta; por otra, están sujetos al mismo régimen legal.

De aquí que Borda proponga una definición que abrace a ambos contratos: «Hay apuesta o juego cuando cada una de las partes promete a la otra una prestación si las circunstancias aleatorias que intervienen no le son favorables»³.

3. Juegos o apuestas prohibidos o permitidos

El Derecho romano en este tipo de contratos era extremadamente limitativo, pues todos los juegos eran prohibidos, menos los juegos de combate. Con el correr del tiempo, las legislaciones han permitido el juego y la apuesta, principalmente cuando interviene la destreza, con fines recreativos, pero prohíben los juegos de azar. Esta distinción resulta del art. 3610C. De acuerdo con este artículo, se prohíbe demandar en juicio:

A. Las deudas que provengan de juegos o apuestas en que la ganancia o la pérdida dependen exclusivamente de la suerte sin intervención del ingenio o de medios lícitos conocidos de ambas partes. Son juegos de suerte o azar, los dados, la ruleta, etc. Se llaman de azar porque dependen exclusivamente de la apuesta y no de la fuerza física o inteligencia. Las deudas contraídas por estos juegos no pueden ser reclamadas judicialmente, pues el acreedor carece de acción para ello.

No obstante, se concede acción para reclamar las deudas contraídas en:

¹. Combate este criterio Puig Peña. (Ob. cit.; Tomo IV, Vol. II, p. 471).

². Derecho de Obligaciones. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1933 Tomo I., Vol. II, p. 451.

³. Manual, p. 780.

a) Juegos que dependen exclusivamente de la destreza o inteligencia del jugador, como el ajedrez, el billar, etc.;

b) Juegos en que el triunfo depende de la inteligencia y el azar, como por ejemplo, los juegos de naipes, etc.

B. Las deudas que provengan de ejercicios de fuerza, destreza de armas, corridas y de otros juegos o apuestas semejantes.

Entre los ejercicios de fuerza podemos citar los siguientes: la lucha, el boxeo, el levantamiento de pesas, etc. Entre la destreza de armas: espada, tiro al blanco, etc. Entre las corridas: carreras de caballo, a pie, etc. En todos estos casos se permite la acción para reclamar lo debido.

La parte final del citado artículo señala como condición para que proceda la acción que no exista contravención de alguna ley o reglamento de policía, por lo que si éstas prohíben el juego no habrá acción.

Borda, después de admitir que existe una categoría de juegos prohibidos por la ley penal, que se encuentran al margen del Código Civil; sostiene que no es exacta la afirmación de que dicho cuerpo de leyes distinga entre juegos o apuestas que otorgan acción civil y los que no la otorgan. Estos últimos no están prohibidos, pues lo que se prohíbe es el ejercicio de la acción, pero si el deudor paga, es válido el pago.

4. Efectos de los juegos o apuestas permitidos

Los juegos que de acuerdo con lo expuesto anteriormente no son prohibidos (se permiten), dan acción para reclamar su cumplimiento contra el que se resiste a ello.

El art. 3611C. concede a los jueces y tribunales facultades para moderar las deudas provenientes de estos juegos, cuando ellas sean extraordinarias respecto a la fortuna del deudor. Esta es una facultad extraordinaria que en pocas ocasiones son concedidas a los jueces. Los anotadores señalan un grupo de disposiciones que conceden facultades amplias de apreciación a estos funcionarios⁴.

5. Efectos de los juegos o apuestas prohibidos

A. No se permite repetir

Estos juegos, como se ha expresado, no conceden acción para reclamar lo ganado. No obstante, de acuerdo con el art. 3618C., el que pagó no puede repe-

⁴. Nota al art. 3611C.

tir lo pagado, salvo que el pago no sea voluntario, o hubiere dolo o fraude de parte del que ganó⁵.

Habrá dolo en el juego o apuesta, cuando el que ganó tenía certeza del resultado, o empleó algún artificio para conseguirlo⁶. Pero cuando ha existido dolo o fraude por parte del que perdió, carece de acción para repetir, según lo dispone el art. 3621C.

Si existe dolo o fraude por parte de ambos, también debe aplicarse el art. 3621C. y, como consecuencia, el que perdió carece de acción para repetir lo pagado, ya que el torpe no puede reclamar la protección de la justicia.

Puede repetir el que pagó bajo violencia, ya que su pago no es voluntario.

También es repetible el pago hecho por un incapaz, no sólo contra el ganador, sino contra el dueño de la casa en que se realizó el juego. El ganador y el dueño son deudores solidarios.⁷

Se permite la repetición cuando se paga por error creyendo que se cancela una deuda civil y en realidad es una deuda que proviene del juego (el heredero que paga una deuda de juego creyendo que es civil).

B. Compensación y novación

La deuda de juego no puede oponerse en compensación, ni puede ser convertida en virtud de novación en una obligación civilmente eficaz, según expresa el art. 3612C. No obstante, se admite la compensación convencional.

De acuerdo con el art. 3613C. aunque en el documento se indique una causa eficaz o real, el firmante puede oponerse al pago si prueba que la deuda tiene su causa en un juego o apuesta. Para ello puede usar de todos los medios probatorios, incluyendo las presunciones y la prueba testifical.

Este artículo consagra una excepción al principio de que la simulación entre las partes solamente puede probarse con documento (contra documento), ya que es hecha en fraude de la ley. No obstante, la Suprema ha dicho que el art. 3613C. no impide que la prueba deba sujetarse a las reglas establecidas por el Código Civil⁸.

Si el título es a la orden y fuere endosado a un tercero de buena fe, el librador debe pagarlo, pero conserva su derecho de repetir lo pagado contra el ganador endosante, según se desprende del art. 3614C.

⁵. Arts. 3618 y 3619C.

⁶. Art. 3620C.

⁷. Art. 3622C.

⁸. S. 12 m. del 30 de Agosto de 1913, B.J.,p. 220.

La dación en pago es una forma de pagar, por lo que no puede dar lugar a la repetición. El cheque es un instrumento de pago y si es librado por una deuda de juego y no tiene fondo, o existe orden para no ser pagado, puede ser demandado el librador. En cambio la promesa de pago no mejora la posición del ganador.

C. Préstamos a los jugadores

Los préstamos hechos por los terceros a los jugadores no son deudas de juegos y por lo tanto son exigibles, a menos que sea hecho por uno de los jugadores. Así se desprende del art. 3615C.

D. Mandato y gestión de negocios

De acuerdo con el art. 3616C. el que ha recibido y ejecutado un mandato de pagar deudas de juegos o apuestas puede repetir del mandante el reembolso de la suma pagada; pero no cuando el mandato hubiere sido para jugar por cuenta del mandante, o en sociedad con éste.

El art. 3618C. dispone que el que paga voluntariamente deudas de juegos o apuestas no puede repetir lo pagado contra las personas a las cuales realizó el pago, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos.

6. Juegos penados o permitidos por las leyes especiales

Estos juegos se rigen por las leyes especiales que al efecto se dicten.

7. La suerte como medio para dividir las cosas comunes o para terminar cuestiones dudosas o litigiosas

El art. 3623C. permite el uso de la suerte para dividir las cosas comunes o para terminar con un litigio. En el primer caso producirá los efectos de la partición⁹ y en el segundo los de la transacción¹⁰.

⁹. Art. 1358 y 1383 inc. C.C.

¹⁰. Art. 2176C.

CAPITULO XII RENTA VITALICIA

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Caracteres del contrato oneroso de renta vitalicia: A. Es oneroso y bilateral. B. Es aleatorio.- 3. Críticas.- 4. Elementos de la renta vitalicia onerosa: A. Las partes. B. Objeto: a) La renta; b) Trasmisibilidad de la renta; c) El capital. C. Forma.- 5. Efectos: A. Obligaciones del acreedor de la renta. B. Obligaciones del deudor de la renta. C. Momento de la adquisición de la renta. D. Sanción por falta del pago de la renta.- E. Garantías prometidas.- F. Efectos de la resolución del contrato. - 6. Extinción del contrato. - 7. Diferencias con otros contratos.

1. Concepto

En virtud del contrato de renta vitalicia onerosa una de las partes entrega a otra una suma de dinero, mueble o inmueble, a cambio de la cual ésta se obliga a pagarle una renta de por vida.

No obstante, la renta vitalicia también puede constituirse en forma gratuita, sea por donación entre vivos o sea por testamento. En la constitución de la renta se observarán las solemnidades de estos actos. Si en el testamento no se hubieren designado bienes, el legatario tendrá derecho a que el heredero señale bienes bastante sobre los que haya de constituirse hipoteca¹.

2. Caracteres del contrato oneroso de renta vitalicia

A. Es oneroso y bilateral

Es oneroso y bilateral, por cuanto las dos partes se obligan y hacen un sacrificio: uno entrega dinero o cosa y el otro se obliga a pagarle, a cambio, una renta. No faltan autores que lo estiman unilateral, pues, una vez entregado el capital en el momento de celebrarse el contrato, el único obligado es el deudor de la renta.

B. Es aleatorio

Es aleatorio porque las ventajas o desventajas de los contratantes dependen de la vida del acreedor de la renta. Cuando es gratuito no es aleatorio.

3. Críticas

Se le ha criticado a este contrato porque favorece el egoísmo y la ociosidad, olvidándose el acreedor de la renta de sus herederos y familiares al entregar sus bienes y recibir a cambio una renta de por vida.

¹ Art. 3629C.

No obstante, debemos reconocer que puede garantizar una vejez tranquila y holgada. Por otra parte, en materia laboral puede servir como una adecuada indemnización por accidentes de trabajo. Todo lo expuesto es suficiente para justificar su regulación y existencia.

Su aplicación es poco frecuente por las razones siguientes: la inflación afecta a la renta; el acreedor no cuenta con la acción resolutoria tácita para recuperar el capital entregado; el deudor de la renta que no ha otorgado suficiente garantía puede caer en insolvencia y no pagar por eso dicha renta.

4. Elementos de la renta vitalicia onerosa

A. Las partes

Generalmente intervienen dos personas: el constituyente (rentista o pensionista) que entrega el capital, y el deudor que recibe el capital y se obliga a pagar la renta. Es posible que se constituya a favor de un tercero o beneficiario².

Se puede constituir simultáneamente a favor de varias personas (a favor de Juan y Pedro); pero no en forma sucesiva (primero a Juan y después de muerto éste a Pedro, y después de muerto éste a José)³.

Cuando la renta se constituyó en forma simultánea a favor de dos o más personas, debe expresarse la parte de renta que le corresponde a cada pensionista, y si el pensionista que sobrevive tiene derecho de acrecer. Si nada se ha expresado, la renta le corresponde por partes iguales a los pensionistas y cesa por la porción que le corresponde al fallecido, sin que los otros pensionistas sobrevivientes tengan derecho a percibirla⁴.

Es posible que el tercero beneficiario con la liberalidad tenga incapacidad para recibir la renta; pero no por ello el deudor dejará de satisfacerla, lo que hará a favor del constituyente o a sus herederos, hasta el momento prescrito por el contrato para su extinción.⁵ En la doctrina se extiende la solución anterior al supuesto de que el beneficiario no acepte.

De acuerdo con el art. 3636C. el contrato de renta vitalicia no tendrá efecto alguno cuando la renta fue constituida en cabeza de una persona que no existía el día, de su formación, ya sea porque no existía, o porque había dejado de existir. De conformidad con el citado artículo, también carece de efecto cuando la renta es constituida en cabeza de una persona que al momento del contrato estaba atacada de una enfermedad de la que muriere en los treinta días siguientes, aunque las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad.

². Arts. 3643 y 3644C.

³. Arts. 3625,3626 y 3642C.

⁴. Art. 3642C.

⁵. Art. 3637C.

Los contratantes deben tener capacidad para contratar. Así lo dispone el art. 3631C. Pero el constituyente también debe ser propietario del capital.

B. Objeto

a) La renta

La renta debe consistir en dinero. Si se paga en frutos naturales o servicios, será pagada por su equivalencia en dinero. Así se dispone en el art. 3633C. De acuerdo con el art. 3632C., el interés de la renta vitalicia será el establecido en el contrato.

Existe libertad para fijar el monto de la renta. Generalmente es mayor que la renta que puede producir el capital entregado, dado el carácter aleatorio del contrato. Si el contrato de renta esconde un préstamo usurario, se puede pedir y declarar la simulación entre los tribunales de justicia.

b) Trasmisibilidad de la renta

La renta es un derecho de carácter patrimonial que puede cederse a título oneroso o gratuito. El art. 3634C. declara que es nula toda cláusula que prohíba al acreedor enajenar su derecho a la renta, pero la renta que tenga el carácter de una pensión alimenticia no podrá ser empeñada ni embargada de acuerdo con el art. 3635C.

c) El capital

El capital entregado puede consistir en suma de dinero o en cosa mueble o inmuebles, según se desprende del art. 3625C. El dominio de este capital pasa al patrimonio del deudor de la renta.

C. Forma

De acuerdo con el art. 3627C., el contrato de renta vitalicia debe constituirse por escritura pública y cuando haga relación a bienes inmuebles debe inscribirse.

La escritura pública no está exigida como un requisito esencial para su validez o perfeccionamiento. Si falta, las partes pueden compelerse a otorgar la escritura pública de acuerdo con el art. 2481C.

Por otra parte, la inscripción del contrato de renta vitalicia en el Registro no es constitutiva, pues se hace con la sola finalidad de oponerla a terceros.

La formalidad de la escritura pública es *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

5. Efectos

A. obligaciones del acreedor de la renta

El constituyente o acreedor de la renta debe entregar el capital, para darle así cumplimiento al contrato. También el constituyente garantiza la evicción y los vicios ocultos de las cosas, de acuerdo con los arts. 2629 y 2637C.

B. Obligaciones del deudor de la renta

El deudor se encuentra obligado a pagar la renta en el plazo estipulado. Si no se pacta plazo, debe entenderse que debe pagarse la renta en forma anual, que es el plazo ordinario contemplado en el art. 3625C.

C. Momento de la adquisición de la renta

Si se ha estipulado el pago por período vencidos o no se estipuló nada, la renta se adquiere en proporción del número de días. Si el pago se convino en forma anticipada, cada período es adquirido por entero por el acreedor desde el día en que el pago ha debido ser hecho y, como consecuencia, los herederos del acreedor lo pueden reclamar, aunque hubiere fallecido ese mismo día. Así se desprende del art. 3639C.

La prueba de la existencia de la persona en cabeza de quien se constituyó la renta corresponde al acreedor. Se admite toda clase de prueba. Así lo dispone el art. 3640C. Este artículo cobra vigencia, cuando la vida contemplada en el contrato no es la del acreedor o éste cobra por apoderado.

Cuando se pactó la renta en un período inflacionario no cabe la modificación del contrato a fin de fijar una renta mayor. Pero se hizo en una época que no era posible preveer una inflación, la doctrina admite la revisión del contrato mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión o cualquier otra que tienda a lo mismo, lográndose así una mayor renta para el acreedor.

D. Sanción por falta del pago de la renta

Si el deudor no paga, el acreedor de la renta solamente puede exigirle el pago; pero no puede pedir la resolución del contrato, a menos que se haya estipulado el pacto comisorio. Así lo dispone el art. 3646C.

La solución del citado artículo no es justa. Debe concedérsele al acreedor la acción resolutoria, pues no existe razón para que se le conceda por no otorgársele las garantías del cumplimiento del contrato y se le niegue por el incumplimiento del mismo. Debe advertirse que existen muchos autores que defienden la tesis del citado artículo.

E. Garantías prometidas

El deudor de la renta puede dar garantías para asegurar el cumplimiento del contrato. Estas pueden ser reales o personales. También las puede prometer.

Si el deudor no diere las seguridades que hubiere prometido, o se hubieren disminuido por hechos suyos las que hubiere dado, el acreedor puede demandar la resolución del contrato y la restitución del precio de la renta. Así lo dispone el art. 3645C.

F. Efectos de la resolución del contrato

Resuelto el contrato, en los casos en que cabe, el deudor tiene que devolverle el capital con los intereses y el acreedor la renta recibida.

Si las cosas fueren vendidas o gravadas, la resolución no afecta a los terceros, salvo que se haya pactado la condición resolutoria y ésta conste en el Registro.

6. Extinción del contrato

La renta se extingue por la muerte de la persona contemplada en el contrato, según lo preceptúa el art. 3641C.

Generalmente la vida contemplada es la del acreedor de la renta. Si fuere persona distinta, la muerte del acreedor no extingue su derecho, el cual pasa a sus herederos, según se desprende del art. 3644C.

De acuerdo con el art. 3647C., si el deudor de la renta causa la muerte del acreedor o de aquel sobre cuya vida haya sido constituida, debe devolver el capital a los herederos.

7. Diferencias con otros contratos

A. Con el contrato de alimentos

En el contrato de alimentos la obligación del deudor se prolonga mientras subsista la necesidad del alimentado; en cambio la renta vitalicia no se subordina a esa necesidad.

B. Con la donación con cargos

La renta onerosa es aleatoria; por el contrario, la donación con cargo no lo es.

C. Con el seguro de vida

Ambos contratos son aleatorios, pero la renta vitalicia se cobra en vida del acreedor y el seguro hasta que muere el asegurado; en el seguro se sabe la suma que recibirá el beneficiario, en la renta no se sabe la suma total que recibirá el acreedor de la renta; el seguro se constituye a favor de un beneficiario, la renta vitalicia puede celebrarse a favor del constituyente o de un tercero beneficiario; el seguro de vida es siempre oneroso y aleatorio, en cambio la renta vitalicia puede ser gratuita y no aleatoria.

CAPITULO XIII LA FIANZA

SUMARIO: 1. Las cauciones.- 2. Concepto. - 3. La fianza es un contrato. - 4. Caracteres de la fianza: A. Es un contrato consensual. B. Es un contrato accesorio. C. Es un contrato unilateral. D. Es un contrato generalmente gratuito. E. Es un contrato patrimonial. F. Origina una obligación subsidiaria.- 5. Requisitos: A. Consentimiento y capacidad. B. Objeto. C. Causa. D. La existencia de una obligación válida. -6. Clases de fianzas: A. Fianza convencional, legal y judicial B. Fianza personal y fianza real. C. Fianza simple o subsidiaria y fianza solidaria. D. Fianza limitada, determinada y fianza indeterminada o indefinida. E. Fianza simple y subfianza.- 7. Efectos de la fianza: A. Relaciones entre el fiador y el acreedor: a) Ideas generales; b) Derechos del fiador; c) Beneficio de excusión; d) Beneficio de división; e) Excepciones que puede oponer el fiador. B. Relaciones entre el fiador y el deudor: a) Antes de que el fiador haga el pago; b) Después que el fiador haga el pago; c) Acción de reembolso; d) Acción subrogatoria; e) Diferencias entre la acción de reembolso y la subrogatoria; f) Aplicación de los artículos 3707, 3708 y 3709C. C Relaciones entre los cofiadores. - 8. Extinción de la fianza: A. El pago. B. La dación en pago. C. La novación. D. La compensación. E. La prescripción. F. La transacción. G. El mutuo consentimiento. H. La nulidad. L Cumplimiento de la condición resolutoria. J. El plazo extintivo. K. La remisión. L. Imposibilidad del pago. M. Confusión de derechos. N. Imposibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor.- 9. Diferencias de la fianza con otras figuras.- 10. Jurisprudencia.

1. Las cauciones

El patrimonio del deudor sirve de garantía general a sus acreedores. Los créditos de éstos, sin embargo, pueden quedar al descubierto por insolvencia del deudor, razón por la cual se ha recurrido a las cauciones como instrumentos para remediar esa situación. Unas afectan el patrimonio de terceras personas (cauciones personales) y otras afectan un bien determinado del deudor o terceros sujetándolo al pago preferente del crédito (cauciones reales).

Entre las reales tenemos a la prenda, la hipoteca, la anticresis y la venta con reserva de dominio o con cláusula resolutoria. Son personales la fianza, la solidaridad pasiva y la cláusula penal.

2. Concepto

La fianza, dice el art. 3653C., es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza es una garantía personal, a diferencia de la prenda e hipoteca que son reales. En la fianza no existen bienes determinados afectos al cumplimiento de la obligación; en cambio en la prenda e hipoteca sí existen.

El acreedor tiene así dos derechos de prenda general sobre los cuales puede satisfacer su crédito: el del deudor y el del fiador.

3. La fianza es un contrato

La fianza es un contrato en el que interviene la voluntad del acreedor y del fiador. No es preciso la voluntad del deudor o del primer fiador, si se refiere a éste.¹

Cuando el art. 3654C. expresa que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, es para indicar la fuente de donde emana la obligación de rendir fianza, por cuanto la fianza siempre se constituye como contrato. Algunos autores piensan que la fianza judicial y legal se constituyen por la voluntad unilateral del fiador, siendo innecesario el consentimiento del acreedor². Nuestro Código no acepta la fianza unilateral, a diferencia del argentino³.

Puede haber oferta de fianza o resultar de la estipulación a favor del acreedor dentro del convenio celebrado entre el deudor y el fiador⁴, pero en tal caso es preciso la aceptación del acreedor. También puede existir un precontrato de promesa de fianza, cuyo objeto es el otorgamiento de dicha garantía.

4. Caracteres de la fianza

A. Es un contrato consensual

Es consensual porque se perfecciona por el sólo consentimiento del acreedor y del fiador, sin que intervenga ninguna otra formalidad. El carácter consensual no impide que se apliquen las limitaciones legales en cuanto a la prueba de testigos. El art. 3683C. dispone que la fianza puede contratarse en cualquier forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuere negada en juicio sólo podrá ser probada por escrito cuando exceda de cien pesos. En la vida real siempre las fianzas son superiores a cien pesos.

No obstante, las fianzas judiciales son solemnes, pues deben ser calificadas por el juez y rendidas por medio de actas ante el mismo funcionario⁵.

¹. Art. 3676C.

². Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil. Contratos. Editorial Roma, S.A. México 1976 Tomo IV, p. 331.

³. Art. 1987 Código Civil de Argentina.

⁴. Art. 2492C.

⁵. Arts. 30 Pr y 3655C.

Por otra parte, la fianza que dan los guardadores para garantizar los intereses del pupilo, debe otorgarse en escritura pública⁶.

La fianza para garantizar las obligaciones de los padres respecto de los hijos en caso de divorcio se otorgaba por escritura pública⁷.

En la actualidad existe una tendencia que le da a la fianza el carácter de contrato solemne. El art. 766 del Código Civil alemán dice: "Para la validez del contrato de fianza es necesario otorgamiento escrito de la declaración de fianza. Siempre que el fiador cumpla la obligación principal queda subsanado el vicio de forma".

B. Es un contrato accesorio

La fianza es un contrato accesorio por cuanto supone la existencia de una obligación principal. El carácter accesorio lo reconoce el art. 3653C.

Del carácter accesorio se derivan las consecuencias siguientes:

a) Extinguida la obligación principal, se extingue la fianza⁸.

b) La fianza no puede existir sin una obligación válida. Si la obligación nunca existió, o está extinguida, o es de un acto o contrato nulo o anulado, será nula la fianza. Si la obligación principal se deriva de un acto o contrato anulable, la fianza será también anulable. Pero si la causa de la nulidad fuere de alguna capacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignore la incapacidad, será responsable como único deudor⁹.

c) El fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal¹⁰.

d) La fianza puede comprender menos, pero no puede extenderse a más que la obligación principal, ya en cuanto a la sustancia de la prestación, ya en cuanto a las condiciones onerosas que contengan¹¹. Ejemplos: si la obligación principal es desde \$100.000, la del fiador no podrá excederse a esa cantidad; si la obligación principal no tiene interés, no pueden correr contra el fiador; si la obligación principal tiene un interés del 8%, los intereses del fiador no pueden ser mayores. La mayor onerosidad puede provenir del plazo, condiciones y lugar del pago.

⁶. Arts. 416 y 423C.

⁷. Arts. 178C y 1520 Pr.

⁸. Art. 1877 y 3722C.

⁹. Art. 3673C.

¹⁰. Art. 3695C.

¹¹. Art. 3665C.

La fianza según la doctrina tradicional, no se extiende *de re ad rem*, o sea, a otra obligación,¹² como cuando el fiador garantiza el pago del canón de un arriendo, su obligación de garantía no se extiende a otras que se deriven del contrato; *de personas ad personam*, o sea, de un deudor a otro deudor, por lo que la novación por cambio de deudor extingue la fianza;¹³ *de tempore ad tempus*, o sea, en el tiempo, lo cual significa que no puede subsistir por mayor tiempo el convenio, de aquí que si el acreedor amplía el plazo concedido al deudor, se extingue la fianza¹⁴.

La sanción a la violación del art. 3665.C., que consagra esta consecuencia, la establece el art. 3666C. que dice: “Si la fianza se extiende a más, la obligación del fiador quedará de pleno derecho reducida a los mismos términos que la del deudor”. En el Derecho romano la sanción era la nulidad de la fianza. El art. 3666C. contiene una excepción al art. X del Tít. Prel.C. que sanciona nulidad los actos que la ley prohíbe, por cuanto señala como sanción diferente a ella la reducción de la obligación del fiador a los términos de la del deudor principal.

No obstante, el fiador puede otorgar hipoteca o prenda para garantizar la obligación que no tiene esas garantías. El art. 3667C. dispone: “Se exceptúa de lo dispuesto en los artículos anteriores, el caso en que el fiador constituye hipoteca o dé prenda para que quede asegurada la obligación que no lo estaba con esas garantías”.

Aplicación del principio de que puede obligarse a menos es el art. 3674C. que dice: “Si la deuda afianzada era ilíquida y el fiador se obligó por cantidad líquida, su obligación se limitará al valor de la deuda afianzada, si por la liquidación resultare que a ella excedía el valor de lo prometido por el fiador”.

C. Es un contrato unilateral

La fianza es un contrato unilateral por cuanto el único obligado es el fiador para con el acreedor.

El carácter unilateral es de la naturaleza y no de la esencia de la fianza, por lo que si el acreedor remunera al fiador o se obliga en virtud de la fianza a rebajarle interés u otorgarle mayor plazo al deudor, la fianza se torna bilateral, ya que resultaría obligado el acreedor y el fiador.

Es conveniente advertir que en la doctrina se discute si la fianza se desnaturaliza o no al haberse obligado el acreedor a remunerar al fiador por el otorgamiento de la fianza. Un sector doctrinal opina que se transforma en un contrato de seguro. Otro distingue si la remuneración proviene del deudor o del

¹². Art. 3669C.

¹³. Arts. 1877, 2095, 2106 y 3726C.

¹⁴. Art. 2113C.

acreedor. Cuando proviene del primero la fianza conserva su estructura. Cuando proviene del acreedor se transforma en seguro. Por último hay quien piense que es preciso tomar en cuenta el monto de la remuneración. Si la remuneración es reducida y fuera de proporción con el riesgo, la fianza conserva su estructura; por el contrario, si el monto es equivalente al riesgo que asume el deudor, se transforma en seguro. En España no se presenta tal discusión por cuanto el art. 1823 del Código Civil dispone que la fianza puede ser gratuita u onerosa.

D. Es un contrato generalmente gratuito

La fianza es generalmente gratuita porque el único obligado es el fiador con relación al acreedor, de quien no recibe ninguna contra-prestación. El único que recibe beneficio es el acreedor. No obstante, es posible que el acreedor se obligue a darle una remuneración al fiador, en cuyo caso se torna onerosa.

La fianza continúa siendo gratuita con relación al acreedor, aunque el deudor se haya obligado a remunerar al fiador, por cuanto el deudor es extraño al contrato de fianza y a sus relaciones.

E. Es un contrato patrimonial

La fianza es un contrato patrimonial y, como consecuencia, las obligaciones del fiador pasan a sus herederos. El art. 3672C. dispone que todas las obligaciones y derechos del fiador pasen a sus herederos.

Se considera que la disposición transcrita es innecesaria y que sólo se justifica por razones históricas. Las primeras formas de la fianza en el Derecho romano fueron: la sponsio y la fidejussio. En estas formas las obligaciones del fiador no se transmitían a los herederos. Por otra parte, en el Derecho francés antiguo se consagró la intrasmisibilidad. Como consecuencia, el Código de Napoleón, al aceptar la trasmisibilidad se vio precisado a consagrarla expresamente.

F. Origina una obligación subsidiaria

La fianza da origen a una obligación subsidiaria, porque el acreedor tiene que demandar primeramente al deudor y después al fiador, salvo que éste no goce del beneficio de excusión. En la fianza mercantil, en cambio, la obligación del fiador es solidaria, por lo que no puede hablarse de subsidiariedad.

5. Requisitos

La fianza es un contrato y como tal debe reunir para su validez los requisitos siguientes: consentimiento, capacidad, objeto y causa. A esto debe agregarse la existencia de una obligación principal, ya que la fianza es un contrato accesorio.

A. Consentimiento y capacidad

De conformidad con el art. 3653 inc. 3C. puede ser fiador toda persona capaz de obligarse, salvo las excepciones determinadas por la ley.

Hemos dicho que la fianza es un contrato consensual que se forma por la voluntad del fiador y del acreedor. No es necesario el consentimiento del deudor. Puede otorgarse sin su consentimiento (ignorancia del otorgamiento) o contra su consentimiento, pero en este último caso el fiador no goza del derecho establecido en el art. 3710C.

Pero el consentimiento del fiador debe ser expreso, no así el del acreedor que puede ser expreso o tácito. Se justifica tal medida dadas las graves y peligrosas obligaciones que se imponen al fiador en virtud de la fianza.

El art. 3669C. dice: "La fianza no se presume; debe constar expresamente y limitarse a los términos precisos en que esté constituida; sin que en caso alguno pueda extenderse a otras obligaciones del deudor, aunque hayan sido o fueren contraídas con el mismo acreedor". No existe pues consentimiento tácito del fiador.

La Corte Suprema ha sostenido que la oferta del mandatario de hacerse personalmente responsable para con su mandante por los créditos que otorgó en nombre de éste, no necesitan de su aceptación expresa, la que puede ser tácita como cuando demanda al referido mandatario.¹⁵

Sin embargo, no existen frases sacramentales para constituir la fianza y, como consecuencia, no es preciso expresar que se afianza una obligación, basta que se empleen expresiones que no dejen lugar a dudas que lo que se constituye es una fianza, como, por ejemplo, cuando se expresa que se garantiza tal obligación. La jurisprudencia francesa ha decidido que existe fianza cuando el hijo le escribe al acreedor de su padre manifestándole que los compromisos de éste son sagrados para él.

De conformidad con el art. 2101C. no existe novación si el acreedor no libera al primitivo deudor, entendiéndose que el nuevo deudor es diputado para hacer pago, o que se obliga con él solidario o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. Tal decisión no viola el principio de que la fianza no se presume, ya que debe constar de manera cierta que la intención del tercero es constituirse en fiador.

Las cartas de crédito no se reputan fianzas, sino cuando el que las hubiere dado declare expresamente que se hacía responsable por el crédito.¹⁶ La declaración del que la suscribe debe ser expresa, pues de lo contrario habrá un mandato o simple recomendación.

¹⁵. S. 11 a.m. del 29 de Febrero de 1936, B.J., p. 7226.

¹⁶. Art. 3684C.

Tampoco constituye fianza las cartas de recomendación. Son cartas de recomendación aquellas en que se asegura la prohibidad y solvencia de alguien que procura créditos¹⁷. En principio, el que expide una carta de recomendación no contrae obligación o responsabilidad de ninguna especie. No obstante, si la carta de recomendación fuere dada de mala fe, es decir, con conocimiento, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que la suscribe será responsable de los daños y perjuicios que sobrevienen a la persona a quien se dirige, por la insolvencia del recomendado¹⁸.

El que suscribe la carta solamente responde frente a quien la dirige y no frente a terceros con los que contrató el recomendado utilizando la carta. Ejemplo: Juan dirige una carta a Diego recomendando a Pedro, pero éste la utiliza para contratar a José.

De conformidad con el artículo 3688C., el que suscribe la carta también responde de los daños y perjuicios cuando asegura que su recomendado goza de crédito y ésto no es verdad. Creo que también en este caso debe existir la mala fe del que recomienda para que le sea imputable la responsabilidad. La carta a que se refiere este artículo es también una carta de recomendación y no constituye fianza.

De conformidad con el art. 3687C., no tendrá lugar la responsabilidad contemplada en el art. 3686C., cuando el que la suscribe prueba:

a) que no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado, por lo que no fue la mala fe el motivo que indujo a contratar a causa de los perjuicios.

b) que después de su recomendación le sobrevino la insolvencia a su recomendado, por lo que no existe la mala fe.

Los hechos constitutivos de los supuestos señalados son puros y simples, y como tales pueden ser acreditados por todos los medios de prueba.

Conforme el art. 3688 inc. 3C., las exenciones de responsabilidad contempladas en el art. 3687C., son también aplicables al que asegure el buen crédito de su recomendado.

B. Objeto

El objeto de la fianza es el mismo de la obligación principal, dado su carácter. Este criterio fue seguido por Pothier. El art. 3661C., expresa que la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal. Por ejemplo: el fiador no puede prometer la entrega del automóvil X si el deudor principal no pagare la suma de dinero objeto de la obligación principal. En tal supuesto no habrá fianza sino contrato innominado.

¹⁷. Art. 3685C.

¹⁸. Art. 3686C.

Bello estableció, en el art. 2353 del Código Civil chileno, que la obligación del fiador consiste en pagar una suma de dinero al expresar que la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza.

Se pueden afianzar las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Cuando la obligación principal consiste en dar una suma de dinero, hay identidad entre la del deudor principal y del fiador.

Cuando la obligación principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero, o de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o de algún hecho que el deudor deba ejecutar personalmente, el fiador de la obligación estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deben al acreedor por la inejecución de la obligación, salvo que el fiador se hubiere obligado a pagar una suma de dinero. Así se desprende de los arts. 3662 y 3668C.

Puede afirmarse que como regla general debe ser el mismo objeto el de la obligación principal y el de la fianza. No obstante, el fiador puede garantizar con el pago de una suma de dinero el cumplimiento de una obligación de dar y hacer, pues el incumplimiento de ésta se transforma en daños y perjuicios, los que son pagados en dinero, por lo que no existe inconveniente de fijar una suma anticipadamente.

Se sostiene que cuando la obligación consiste en la entrega de cosas fungibles, la obligación debe ser cumplida por el fiador en natura. A la misma solución debe llegarse cuando se trata de ejecutar un hecho no personal del deudor.

Toda obligación puede ser afianzada, sea civil o natural¹⁹, cualquiera que sea su origen (comercial, proveniente del cuasidelito, etc.), cualquiera que sea el acreedor o deudor, y aunque el acreedor sea persona inserta; sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, y cualquiera que sea la forma del acto principal.²⁰

Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo²¹.

Por otra parte, puede otorgarse la fianza hasta o desde día cierto, o bajo condición suspensiva o resolutoria²².

Podrá también afianzarse una obligación futura, en cuyo caso debe tener un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada. El fiador de una obligación futura puede retractarse mientras la obligación principal no exista; pero queda responsable para con el acreedor y terceros de buen fe que ignoraba la retractación de la fianza en los términos en que queda

¹⁹. Arts. 1844 y 3663C.

²⁰. Art. 3663C.

²¹. Art. 3657 inc. 1C.

²². Art. 3658C.

el mandante que ha revocado el mandato²³. Se puede garantizar, por ejemplo, una cuenta corriente o una apertura de crédito.

Con relación a la extensión del objeto de la fianza nos remitimos a lo expuesto con ocasión a la accesoriedad de la fianza.

C. Causa

De los temas más debatidos es el relativo a la causa de la fianza.

Se considera por la doctrina que la fianza puede clasificarse entre los actos abstractos. Es abstracta con relación al acreedor. El negocio causal celebrado entre el deudor y fiador es ajeno al contrato de fianza. Pero la fianza tiene causa en las relaciones del deudor y fiador. Si la fianza es gratuita, la causa de ella será la mera liberalidad del fiador de favorecer al deudor. Si es onerosa, la causa será la obligación que tiene el deudor de pagarle la remuneración pactada.

Por cuanto la fianza es abstracta, si es gratuita el fiador no puede alegar la nulidad por incurrir en error en cuanto a la persona. Si es remunerada el fiador no puede librarse alegando que el deudor no le pagó la prestación pactada. Ya hemos visto que el acreedor es extraño a las relaciones entre el deudor y el fiador.

Cuando el acreedor le paga al fiador una remuneración para obtener la fianza estamos en presencia de un acto causal y no abstracto.

D. La existencia de una obligación válida

Para que la fianza subsista se requiere que exista una obligación principal. Además, esta obligación tiene que ser válida. Sobre este tema ya hemos tratado en la accesoriedad de la fianza, por lo que nos remitimos a lo expuesto en esa parte del estudio.

Este requisito es una consecuencia del carácter accesorio de la fianza y no es obstáculo para que se pueda constituir fianza por obligaciones futuras.²⁴ De aquí que algunos autores digan que este requisito no es para la existencia de la fianza, sino para su subsistencia.

6. Clases de fianzas

A. Fianza convencional, legal y judicial

De acuerdo con el art. 3654C. la fianza puede ser convencional, legal y judicial.

²³.Arts. 3657 inc.2 y 3660C.

²⁴. Arts. 3657, 3660 y 3664C.

La fianza es convencional cuando emana de un contrato.

Fianza legal es la que emana de la ley. Ejemplos: la fianza que deben otorgar los herederos del ausente para que se le entreguen los bienes;²⁵ la fianza que deben dar los guardadores para garantizar los intereses del pupilo²⁶; la fianza que debe rendir el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes²⁷.

Es fianza judicial la que exige el juez. Ejemplo: la fianza para decretar embargo preventivo²⁸; la fianza de costas²⁹; la fianza que se otorga en el interdicto de obra nueva para decretar la suspensión³⁰ o para ordenar la demolición en la sentencia definitiva³¹.

Las fianzas judiciales las puede exigir el juez sólo en base a la ley. Si no existe una ley o artículo que lo autorice no puede obligar a las partes a que rindan fianza. De aquí que un sector doctrinal sostiene que sólo hay dos clases de fianzas: la convencional y la legal.

La distinción tiene importancia:

a) La fianza convencional es consensual; las legales y judiciales constan por escrito.

b) La fianza convencional no puede sustituirse por hipoteca o prenda, ya que el contrato es ley para las partes y el acreedor no está obligado a recibir en pago cosa distinta de la debida; en cambio la legal y judicial puede sustituirse por prenda o hipoteca suficiente³².

c) El fiador legal o judicial es responsable solidariamente; en cambio el convencional no lo es, salvo pacto en contrario.

d) En la fianza legal y judicial se exige que el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal y tener bienes libres conocidos³³; en la fianza convencional estos requisitos los podrá o no tomar en cuenta el acreedor para aceptar la fianza. La idoneidad del fiador es una cuestión que queda a la libre apreciación del acreedor.

La fianza judicial se rige por las mismas reglas de las convencionales, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código de Procedimiento Civil disponga otra cosa.

²⁵. Art. 62C.

²⁶. Arts. 416 y 423C.

²⁷. Art. 1503C.

²⁸. Art. 888 Pr.

²⁹. Art. 938C.

³⁰. Art. 1664 Pr.

³¹. Art. 1667 Pr.

³². Art. 3656C.

³³. Art. 3675 inc. 2C.

B. Fianza personal y fianza real

La fianza es personal cuando el fiador compromete todo su patrimonio al cumplimiento de la obligación ajena, sin afectar un bien determinado. La fianza propiamente dicha.

En el art. 3667C. se contempla la posibilidad de que el fiador otorgue prenda o hipoteca para garantizar la obligación. Esta fianza se denomina real. Por otra parte, los arts. 3735 y 3800C. permiten que los terceros constituyan prenda o hipoteca para garantizar la obligación ajena. Esta garantía es bastante completa para el acreedor.

C. Fianza simple o subsidiaria y fianza solidaria

En la fianza solidaria se combinan dos cauciones: la fianza y la solidaridad.

En la fianza simple el acreedor no puede dirigirse directamente contra el fiador, sino en forma subsidiaria, es decir, hasta agotar sus pretensiones contra el deudor principal; ya que el fiador goza del beneficio de excusión u orden.

En cambio en la fianza solidaria el acreedor puede reclamarle directamente al fiador la totalidad de la deuda. El art. 3680C. dice: "La fianza será solidaria con el deudor principal, cuando así se hubiere estipulado, o cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión u orden de los bienes del deudor.

En este caso puede ser reconvenido directamente por la totalidad de la deuda".

La solidaridad que antecede se refiere a la del fiador frente al acreedor, pero también puede estipularse con relación a los fiadores, en cuyo caso no podrán oponer el beneficio de división.

La solidaridad puede referirse tanto a las relaciones con el deudor como con los otros fiadores, en cuyo caso el fiador no goza de los beneficios de excusión y división.

El fiador solidario no goza de los beneficios de excusión y división, pero en la doctrina se discute que si fuera de esa excepción el fiador conserva su carácter de tal. Unos opinan que el fiador debe estimarse como deudor. La fianza se convierte en una obligación solidaria. Otros, que representan la mayoría, opinan que el fiador solidario no pierde el carácter de tal.

El Código Civil argentino en el art. 2004 expresamente establece que la solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división.

Otra cosa sucede cuando el fiador se obliga como principal pagador, en cuyo caso será deudor solidario³⁴. El Art. 3682C. dice: “Cuando un fiador se obligare como principal pagador, cualquiera que sean los términos en que lo haga será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones del artículo 3680”.

Cuando dicho artículo dispone que debe aplicarse el art. 3680C, no le agrega nada a la estructura especial del principal pagador. La consecuencia de considerar al principal pagador como deudor solidario, es que se apliquen las normas de la solidaridad consagradas con el art. 1924C. y sigts.

La Corte Suprema ha dicho que la expresión “principal pagador” convierte al fiador solidario en deudor solidario, y el reconocimiento de su firma la obliga a pagar aun cuando el deudor no haya reconocido la suya³⁵.

D. Fianza limitada, determinada y fianza indeterminada o indefinida

La fianza es limitada, determinada o definida, cuando se determina o especifica la obligación del fiador³⁶. No se puede extender a más de lo especificado. Ejemplo: garantizar \$50.000 de una obligación de \$100.000.

La fianza es indeterminada cuando no se determina la extensión de la fianza. El art. 3670C. dispone que cuando la fianza no contenga excepciones o limitaciones, la obligación del fiador será absolutamente igual a la del deudor principal.

Creo que es posible pactar que el fiador garantizará las obligaciones que pueden resultar entre el deudor y el acreedor. Ejemplo: Juan garantiza las obligaciones futuras que contraiga Juan a favor del Banco X. Es posible que Juan limite su responsabilidad a una suma determinada.

Las obligaciones futuras pueden ser afianzadas. Sólo se exige que la fianza de una obligación futura debe tener objeto determinado, según el art. 3660C.

E. Fianza simple y subfianza

La fianza es simple cuando garantiza el cumplimiento de la obligación principal, es decir, del deudor.

La subfianza o fianza doble garantiza la obligación del fiador; un fiador responde por otro fiador. Nuestro Código reconoce la subfianza en los arts. 3653 inc. 2 y 3676C. El art. 3653 inc. 2 dice: “La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”.

³⁴. Art. 3682C.

³⁵. S. 11 a.m. del 16 de Mayo de 1958, B.J.,p. 18999.

³⁶. Arts. 3665 y 3670C.

Para la constitución de la subfianza solamente es necesario el consentimiento del acreedor y del subfiador. No es preciso el del primer fiador³⁷.

Es preciso no confundir la obligación del subfiador con la del cofiador. El primero garantiza la obligación de otro fiador; en cambio el segundo garantiza junto con los otros cofiadores la misma obligación del deudor principal³⁸.

7. Efectos de la fianza

Para el estudio de los efectos es preciso distinguir entre las relaciones del fiador y el acreedor; entre las relaciones del fiador y el deudor; y entre los cofiadores.

A. Relaciones entre el fiador y el acreedor

a) Ideas generales

El fiador, de conformidad con el art. 3653C., está obligado a cumplir con la obligación del deudor si éste no lo hiciere. Ahora bien, si el fiador no cumple, el acreedor tiene derecho para demandarlo, ya sea en la vía ejecutiva, ya sea en la vía ordinaria, según el título que posea.

La mora del deudor solidario acarrea la del fiador solidario, como acontece con los codeudores solidarios. No pasa lo mismo con la fianza simple.

b) Derechos del fiador

Presentada la demanda contra el fiador, éste tiene los derechos siguientes: el beneficio de excusión u orden y el de beneficio de división.

c) Beneficio de excusión

El beneficio de excusión consiste en que se persiga primeramente los bienes del deudor. Se llama también de orden, ya que establece un orden en el ejercicio de la acción: primero debe perseguir al deudor y si éste no paga al fiador. El art. 3696C. dispone que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor.

El beneficio de excusión es una excepción dilatoria que difiere el ejercicio de la acción³⁹.

Este beneficio no opera de pleno derecho pues es facultativo para el fiador oponerlo.

³⁷. Art. 3676C.

³⁸. Art. 3653C.

³⁹. Art. 821 Pr.

El art. 3698C. señala los requisitos de su procedencia. Dice así: “Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago, y señalándole bienes del deudor realizables dentro del territorio nicaragüense, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda, y adelantar el dinero necesario para hacer la excusión.

No se entiende como bienes realizables los gravados para el pago de otra deuda, sino en cuanto su valor exceda de ésta, ni los bienes litigiosos, salvo que fueren los especialmente afectados para garantizar la deuda”.

La Suprema ha dicho que a fin de conservar el beneficio de excusión al oponerse la excepción deben señalarse bienes realizables del deudor en Nicaragua y adelantar el dinero necesario⁴⁰.

Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anteriormente transcrito, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte⁴¹.

En los primeros tiempos del Derecho romano no existía el beneficio de excusión, fue Justiniano quien lo introdujo. En la actualidad es reconocido por todas las legislaciones, pues razones de equidad así lo aconsejan: el fiador paga una deuda ajena y en muchas ocasiones presta la garantía en forma gratuita.

Como norma general el fiador goza del beneficio de excusión. No obstante, este beneficio no tiene lugar:

1) Cuando el fiador lo ha renunciado expresamente⁴².

El beneficio de excusión está establecido en interés del fiador y, como consecuencia, podrá ser renunciado a tenor del art. XII Tit. Prel.C. aunque el Código no lo hubiera dicho expresamente en el art. 3697 inc. 1C.

La renuncia a que se refiere el art. 3697 inc. 1C. es la expresa; pero es posible una renuncia tácita como cuando no se opone la excepción oportunamente.

2) Cuando el fiador se ha obligado solidariamente o como principal pagador⁴³.

El beneficio de excusión es incompatible con la solidaridad. El fiador es solidario cuando así se expresa o cuando renuncia al beneficio de excusión. En la fianza solidaria al acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador por la totalidad de la deuda⁴⁴.

⁴⁰. S. 10 a.m. del 29 de Junio de 1945, B.J., p. 12856.

⁴¹. Art. 3699C.

⁴². Art. 3697 inc. 1C.

⁴³. Arts. 3697 inc. 2 y 3682C.

⁴⁴. Art. 3680 inc. 2C.

El principal pagador está equiparado a un codeudor solidario⁴⁵.

3) En caso de quiebra o concurso del deudor⁴⁶.

Es este supuesto existe imposibilidad de señalar bienes del deudor, uno de los requisitos para que opere el beneficio.

4) Cuando el deudor no puede ser demandado en la República⁴⁷.

5) Cuando la obligación afianzada fuere natural, porque en tal caso el acreedor se encuentra en la imposibilidad de dirigirse contra el deudor. Ya no puede existir el orden que impone el beneficio.

6) Si el fiador fuere legal o judicial, pues éstos responden solidariamente, lo mismo que el subfiador⁴⁸, y el fiador solidario no puede oponer el beneficio de excusión⁴⁹.

7) En las fianzas comerciales, pues en estas los fiadores son solidarios⁵⁰, y los fiadores solidarios no pueden oponer el beneficio de excusión⁵¹.

El subfiador goza también del beneficio de excusión tanto con relación al deudor principal como con relación al fiador: el acreedor debe perseguir primero al deudor, después al fiador y por último al subfiador.

Cuando existen varios deudores solidarios y sólo uno de ellos ha dado la fianza, el fiador puede oponer el beneficio de excusión sólo con relación al deudor que afianzó y no con relación a los otros.

En el art. 2362 del Código Civil de Chile se sigue una solución diferente, pues el fiador puede oponer el beneficio de excusión con relación a todos los codeudores solidarios, logrando de esa manera que se persigan previamente los bienes de todos los codeudores.

d) Beneficio de división

En los primeros tiempos del Derecho romano los fiadores respondían solidariamente. Fue el emperador Adriano el que introdujo el beneficio de división que consiste en que la obligación se divide por partes iguales entre los fiadores.

En nuestro sistema opera pleno derecho, a diferencia de lo que sucede en el francés. El beneficio de división está consagrado en el art. 3703C.

⁴⁵. Art. 3682C.

⁴⁶. Art. 3697 inc. 3C.

⁴⁷. Art. 3697 inc. 4C.

⁴⁸. Art. 3655 inc. 2C.

⁴⁹. Art. 3697 inc. 2C.

⁵⁰. Art. 102 inc. 2C.C.

⁵¹. Art. 3697 inc. 2C.

El mencionado artículo dice: “Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder a ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador si no la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal”.

Para oponer el beneficio de división no es preciso señalar bienes como sucede con el excusión. Basta oponerlo. Se sostiene que el beneficio de división constituye una excepción perentoria; en cambio el de excusión una excepción dilatoria.

Hemos visto que en virtud del mencionado beneficio la deuda se divide en partes iguales entre los fiadores. Sin embargo, es posible que no se divida en partes iguales cuando un fiador ha limitado su responsabilidad por una suma determinada, en cuyo caso los otros fiadores responden por mayor cantidad.

e) Excepciones que puede oponer el fiador

De conformidad con el art. 3695C. el fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, y no las personales del deudor. Las excepciones inherentes a la obligación son las reales: el pago, la prescripción, la novación, etc.

Son personales: el beneficio de competencia, etc.

B. Relaciones entre el fiador y el deudor

Para el estudio de estas relaciones es preciso distinguir dos momentos: antes de que el fiador haga el pago y después del mismo.

a) Antes que el fiador haga el pago

De acuerdo con el art. 3710C. el fiador tiene derecho de pedirle al deudor que le obtenga el relevo de la fianza o a que le otorgue una garantía que lo ponga a cubierta de los procedimientos del acreedor y del peligro de su insolvencia (del deudor):

1) Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.

Basta la demanda.

2) En caso de quiebra, concurso o insolvencia del deudor.

Si el deudor quebrase antes de pagar la deuda afianzada, el fiador tiene derecho para ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada⁵². Se garantiza así al fiador la parte que le puede corresponder una vez que hace el pago.

⁵². Art. 3712C.

3) Si emprendiere negocios peligrosos o los diese en seguridad de otras obligaciones.

4) Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido. El contrato es ley para las partes y como tal debe cumplirse.

5) Cuando la deuda ha llegado a ser exigible por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse.

Desde ese momento la obligación es exigible y el acreedor puede demandar al fiador.

6) Al cabo de cinco años a no ser que la obligación principal sea de tal naturaleza que no está sujeta a extinguirse en tiempo determinado (como, por ejemplo, la que dan los guardadores para garantizar los intereses de sus pupilos, o la que rinden los empleados que administran fondos, las que subsisten durante el cargo), o que ella se hubiese contraído por un tiempo más largo.

7) Si el deudor quisiere ausentarse fuera de la República no dejando bienes raíces suficientes y libres para el pago de la deuda.

Para que el fiador pueda obtener el revelo de la fianza es necesario el consentimiento del acreedor con quien el fiador celebró la fianza.

La obligación del deudor consistirá en obtener el consentimiento del acreedor.

Cuando el fiador se obligó contra la voluntad expresa del deudor no gozará del derecho que concede el art. 3710C⁵³. En cambio goza de este derecho el fiador que se obliga ignorándolo el deudor, y con mayor razón cuando lo consintió el deudor. El art. 3711C. es excepcional y no se puede aplicar extensivamente.

Nuestro Código no contempla el supuesto de que la fianza se haya otorgado con la oposición del deudor, razón por la cual no cabe la acción del reembolso, pero si la subrogatoria de conformidad con el art. 3713C. que en su parte pertinente dice: "El fiador que pagare la deuda afianzada, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, quedará subrogado en todos los derechos ...".

b) Después que el fiador haga el pago

El fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, de la cual no recibe beneficio, por lo que una vez que ha pagado la ley le otorga dos acciones:

⁵³. Art. 371 1C.

la acción de reembolso consagrada en el art. 3705C. y la acción subrogatoria consagrada en los arts. 2044 inc. 3, 3706 y 3713C.

c) Acción de reembolso

El origen de esta acción se encuentra en el Derecho romano. La acción del reembolso es personal y directa. Se sostiene por un sector doctrinal que esta acción surge de las relaciones entre el fiador y el deudor principal, ya sea de un mandato o de una agencia oficiosa. Generalmente la fianza es el resultado de un mandato entre el fiador y deudor, derivándose de dicho mandato la acción de reembolso (*action mandati contraria*). A falta de mandato, por desconocimiento del deudor, la acción de reembolso emanaría del cuasicontrato de agencia oficiosa.

Otro sector doctrinal considera que la acción de reembolso tiene su origen y fundamento en la fianza misma, en el art. 3705C., que la consagra, concediéndola con prescindencia del conocimiento o ignorancia de la constitución de la fianza.

En nuestro código se concede sin distinción de si se constituyó la fianza con o sin el consentimiento del deudor. El art. 3705 *in fine* C. dice: “La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor”. El fiador, que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste. Dispone el art. 3705C. La indemnización comprende:

- 1) La cantidad total de la deuda.
- 2) Los intereses legales de ella desde que haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.
- 3) Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.
- 4) Los daños y perjuicios cuando procedan.

La acción de reembolso es amplia, ya que responde al deseo del legislador de dejar plenamente satisfecho al fiador. Si el fiador paga antes de que la obligación fuere exigible, sólo puede entablar la acción de reembolso una vez que sea exigible⁵⁴.

La acción de reembolso se puede dirigir:

- 1) Contra el deudor único, si solamente existe un fiador y un deudor.

⁵⁴. Art. 3708C.

2) Contra todos o cada uno de los deudores por el total, si existen varios codeudores solidarios y un fiador que los afianza a todos.

3) Contra el deudor afianzado si existen varios deudores solidarios y el fiador sólo afianza a uno. Ejemplo: Roberto, José y Diego son deudores solidarios y Pedro otorga fianza solamente con relación a Roberto. Pedro sólo puede dirigir su acción en contra de Roberto y no contra los codeudores José y Diego.

Los requisitos para el ejercicio de la acción del reembolso son los siguientes:

1) Que el fiador extinga la obligación en virtud de pago. Se estima, inspirándose en las ideas de Pothier, que también se otorga esta acción al fiador cuando la obligación se extingue por un medio equivalente al pago, como la dación en pago, novación, compensación, los cuales representan un sacrificio. En cambio no se otorga cuando la extinción no produce tal sacrificio, como sucede con la prescripción, remisión, imposibilidad del pago, etc., ya que en tales casos el fiador no tiene nada que reembolsarse.

2) Que exista un pago válido, es decir, que extinga la obligación.

3) Que el fiador no se encuentre privado de la acción, como por ejemplo: en el supuesto del art. 3709C., o sea, cuando por haber pagado el fiador sin ponérselo en conocimiento del deudor, éste paga al acreedor (doble pago del fiador y del deudor); cuando se afianza una obligación natural, y no ha sido ratificada o validada por el tiempo, ya que si no se da acción al acreedor, es lógico que tampoco se conceda al fiador la acción del reembolso por el pago, a pesar de que no existe disposición legal que así lo disponga, pero es la solución que más se ajusta a los principios que gobiernan a este tipo de obligaciones; otro caso es cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor.

d) Acción subrogatoria

De conformidad con el art. 2044C. "La subrogación tiene lugar por disposición de la ley: 3º En provecho del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla".

La anterior disposición general tiene su aplicación especial en el art. 3713C. que dice: "El fiador que pague la deuda afianzada, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna. Esta disposición comprende los privilegios de la Hacienda Pública".

Para que proceda la acción subrogatoria es preciso:

1. Que el fiador haya pagado al acreedor. Un sector doctrinal acepta que no sólo existe subrogación en el supuesto del pago, sino cuando la obligación se extingue por otros medios que representen un sacrificio económico al fiador, como, por ejemplo, la compensación, novación y dación en pago. Sin embargo, algunos autores

piensan que la subrogación sólo procede excepcionalmente con ocasión del pago, y que si aceptan el anterior criterio es por razones de equidad.

2. Que el pago sea útil. Es útil cuando extingue la obligación. De no ser así el deudor se verá amenazado por dos acciones: la del acreedor (ya que no se ha extinguido la obligación) y la del fiador.

3. Que la ley no prive al fiador de la acción. Si el fiador paga una obligación natural; no existe derecho en que subrogase, ya que el acreedor no tiene acción contra el deudor.

En virtud de la subrogación pasan a manos del fiador todos los derechos, acciones, privilegios y garantías (prenda e hipotecas) del acreedor, anteriores y posteriores a la constitución de la fianza⁵⁵.

Con base en la acción subrogatoria el fiador no puede demandar los gastos en que haya incurrido, ni la indemnización de perjuicios ni los intereses si el crédito del acreedor no los devengaba. En este sentido la acción de reembolso es más amplia que la subrogatoria.

Cuando el pago es parcial habrá subrogación parcial y el acreedor gozará de preferencia sobre el fiador para pagarse el saldo del adeudo⁵⁶.

La acción subrogatoria se puede dirigir contra el deudor principal, contra los codeudores solidarios y contra los fiadores, según se desprende del art. 2045C.

Contra el deudor principal puede reclamar el total.

Si el fiador ha afianzado a varios deudores solidarios puede demandar a cualquiera de ellos por la totalidad que hubiere pagado. Si sólo afianza a uno de los deudores solidarios, podrá demandar por el total al deudor que afianzó, pero sólo puede pedir contra los otros la parte que el deudor afianzado podría repetir en su caso contra ellos⁵⁷. Por ejemplo: si la deuda es de \$15.000, se divide en partes iguales y sólo podrá reclamar contra cada uno de los otros codeudores no garantizados con la fianza la suma de \$5.000.

e) Diferencias entre la acción de reembolso y la subrogatoria

1) La acción de reembolso comprende el total de lo pagado, los intereses, aunque no los devengue el crédito del acreedor, los perjuicios y los gastos; en cambio la subrogatoria sólo comprende el monto de lo pagado más los intereses sólo si la obligación pagada los devengaba.

⁵⁵. Arts. 2045, 3706 inc. 1 y 3713C.

⁵⁶. Art. 2045 inc. 2C.

⁵⁷. Art. 2045 inc. 2C.

2) La acción de reembolso carece de garantía y privilegios; en cambio la acción subrogatoria tendrá las garantías y privilegios que pudiere tener la obligación que pagó el fiador.

3) El plazo de la prescripción de la acción de reembolso comienza a correr a partir del pago del fiador; en cambio en la subrogatoria lo hace desde que sea exigible tanto en manos del acreedor o fiador que paga. Si ya comenzó a prescribir en manos del acreedor, el pago que hizo el fiador no tiene ninguna influencia en la prescripción, la que continúa corriendo. Es posible que la acción subrogatoria esté prescrita y en cambio la de reembolso no haya prescrito.

Las ventajas que ofrece ejercer una u otra acción depende de las circunstancias. Cada una tiene sus ventajas sobre la otra: la acción subrogatoria goza de los privilegios y garantías que tuviere la obligación que pagó el fiador, la de reembolso no goza de esas garantías y privilegios; la acción de reembolso es más comprensiva (capital, intereses, gastos y perjuicios), mientras que la subrogatoria sólo comprende lo pagado por el fiador; en la acción de reembolso el fiador concurre en pie de igualdad con el acreedor, cuando el pago fuere parcial, por el saldo insoluto; la acción de reembolso es de más larga duración que la subrogatoria, pues la prescripción de la primera principia a partir del pago hecho por el fiador y la segunda desde que se hizo exigible en manos del acreedor primitivo.

f) Aplicación de los artículos 3707, 3708 y 3709C

El fiador con prontitud debe poner en conocimiento del deudor el pago de la obligación, ya que si éste vuelve a pagar por haber ignorado el pago del fiador, no tendrá recurso contra el deudor, pero sí contra el acreedor. Así lo dispone el art. 3709C. que dice: “Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y éste ignorando el pago, lo repite por su parte no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor”. El deudor queda liberado y el fiador debe pedir la devolución de lo que pagó al acreedor. Este ha recibido un pago doble y debe regresar lo pagado por el fiador.

José Puig Brutau dice: “Dos razones justifican esta solución. En primer lugar se protege la confianza del deudor en la apariencia de crédito subsistente a favor del acreedor, de manera que, en este sentido el art. 1842 responde al mismo fundamento de los arts. 1164 y 1527. En segundo lugar, la solución expuesta simplifica las relaciones obligatorias, pues la devolución del objeto de la prestación indebidamente recibida por el acreedor al deudor que pagó después del fiador, no dejaría extinguida la pendencia de obligaciones en esta relación triangular, al quedar todavía por restablecer el equilibrio roto en la relación interna entre fiador y deudor por la prestación del primero a favor del acreedor.

La solución del art. 1842 simplifica esta trama de relaciones al establecer que el deudor que ha pagado de buena fe quede definitivamente liberado y que

el fiador colocado en todo caso ante la necesidad de hacer efectivo el crédito resultante de su pago, lo extinga dirigiéndose contra el primitivo acreedor⁵⁸.

Nuestro Código no contempla el supuesto de que el fiador, ignorando el pago del deudor principal, paga la deuda. En tal caso el deudor debe pagarle al fiador, pero dicho deudor tendrá acción contra el acreedor por pago indebido.

El Código Civil de Uruguay, en su art. 2136, contempla el caso. Dice así: "...el deudor que paga sin avisar al fiador, será responsable para con éste de lo que, ignorando la extinción de la deuda, pagare de nuevo; pero tendrá acción contra el acreedor por el pago indebido".

Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiere podido poner al acreedor al tiempo de hacerse el pago.⁵⁹

Si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que se venza el plazo.⁶⁰

Los artículos 3707 y 3708C. se aplican tanto a la acción de reembolso como a la acción subrogatoria.

C. Relaciones entre los cofiadores

Para que estos efectos se produzcan es necesario que existan dos o más fiadores. Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Se produce una división del crédito del fiador que paga contra los otros cofiadores⁶¹.

Si alguno de los cofiadores resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción⁶². Ejemplo: si son tres los cofiadores de una obligación de \$15.000 y uno es insolvente, el fiador que paga la totalidad de la obligación tendrá acción contra el cofiador no insolvente para reclamar \$7.500.

Para que pueda tener lugar lo dispuesto anteriormente es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra⁶³. Hemos visto que el beneficio de división opera de pleno derecho y, en consecuencia, cada fiador sólo está obligado a pagar la parte que le corresponde en la deuda. No obstante, el art. 3718C. parte de la idea de que el acreedor tiene derecho de exigir de cada fiador el total de lo adeudado. Tal disposi-

⁵⁸. Contratos en Particular. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1956, Tomo II, Vol. 11, p. 554.

⁵⁹. Art. 3707C.

⁶⁰. Art. 3708C.

⁶¹. Art. 3718 inc. 1C.

⁶². Art. 3718 inc. 2C.

⁶³. Art. 3718 inc. 3C.

ción no concuerda con el art. 3703C. que establece el sistema en virtud del cual el beneficio de división opera de pleno derecho.

El art. 3718C. responde al sistema francés en el cual los fiadores en principio responden solidariamente, pero pueden invocar el beneficio de división. Esta incongruencia tiene su origen en la legislación española: García Goyena en su Proyecto del Código Civil estableció el sistema francés. El Código Civil español abandonó el referido sistema, pero tomó varias disposiciones del mencionado proyecto que pasaron a formar los arts. 1844, 1845 y 1846, modelos de nuestros arts. 3718, 3719 y 3721C.

Para que surjan los efectos entre los cofiadores es preciso que el fiador pague el total adeudado, porque si solamente paga su parte, esgrimiendo el beneficio de división, no tendrá acción contra los cofiadores.

El art. 3718C., pues, se refiere fundamentalmente a la fianza simple y no a la solidaria, surgiendo básicamente la posibilidad de su aplicación cuando el deudor paga el total de la deuda al no oponer el beneficio de división. Lo expuesto no se opone a que el mencionado artículo se aplique cuando los fiadores fueren solidarios, pues no distingue entre fianza simple y solidaria.

Para que esta acción prospere es preciso: 1) Que el cofiador simple pague la obligación o más de lo que le corresponde al no esgrimir el beneficio de división, o cuando el cofiador solidario pague el total adeudado. 2) Que el pago sea útil. 3) Que el pago haya sido en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra.

Si concurren estos requisitos el fiador tendrá acción, a su arbitrio, para demandar al deudor principal por el total, o a los cofiadores por la parte que a cada uno le corresponda en la deuda, tal como lo expresa el art. 3718C. Por ejemplo: si la deuda es de quince mil córdobas el cofiador que paga, habiendo tres fiadores, sólo puede demandar de los otros dos cinco mil córdobas a cada uno. Si la demanda es contra el deudor principal podrá cobrarle los quince mil córdobas.

Si no concurren los anteriores requisitos el cofiador tiene a su favor contra el deudor principal las acciones subrogatorias y de reembolso con relación al requisito de la demanda judicial o estado de concurso o quiebra del deudor, no todas las legislaciones lo exigen. El art. 3718C. que lo estableció fue tomado del art. 1844 del Código civil español, pero otros códigos como el de Chile,⁶⁴ Colombia,⁶⁵ Uruguay⁶⁶, Argentina⁶⁷ no siguen el criterio de nuestro Código.

⁶⁴. Art. 2378.

⁶⁵. Art. 2403.

⁶⁶. Art. 2139.

⁶⁷. Arts. 2037 y 2038.

En el art. 3718C. se dispone que si un fiador resultare insolvente, la parte de éste será asumida por los otros en forma proporcional. Esta disposición no concuerda con el sistema que sigue nuestro Código de que el beneficio de división opera de pleno derecho. La solución dada por nuestro Código se ajusta a sistemas como el francés, en el que en principio los cofiadores están obligados por toda la deuda, y no al nuestro en el que se divide de pleno derecho entre los cofiadores.

En resumen podemos decir que el cofiador que paga toda la deuda, tiene acción contra los otros cofiadores con base en el art. 3718C. y también la acción subrogatoria contra los otros cofiadores con base en el art. 2044 inc. 3C. En otras legislaciones como la chilena expresamente se establece que el fiador que paga tiene a su favor la acción subrogatoria en contra de los otros cofiadores.⁶⁸

El hecho de que en nuestra legislación no se le haya otorgado expresamente al fiador la acción subrogatoria, no significa que no quede subrogado de acuerdo con el art. 2044 inc. 3C.

En virtud de la acción subrogatoria el cofiador que paga, sea simple o solidario, sólo puede cobrar a los otros cofiadores las partes que les corresponde. Los fiadores solidarios son deudores aunque con carácter subsidiario y por tanto le son aplicables los arts. 1934 y 1947C.

La Corte Suprema reconoce que el fiador solidario que paga se subroga en contra de los cofiadores: “Desde luego que siendo el propio José del Carmen Sánchez la persona que hacía el pago total en su calidad de cofiador solidario, quedaba por ese mismo hecho subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor contra la otra cofiadora señorita Rojas, y habilitado por consiguiente para repetir contra ella en los términos de los arts. 1934, 1944, 1947, 2040 y 3718C”.⁶⁹

Los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fuesen puramente del mismo deudor⁷⁰.

Tampoco podrán oponer al cofiador que haga el pago, las excepciones puramente personales que correspondieren a él contra el acreedor, de las cuales no quiso valerse.⁷¹

El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador⁷².

⁶⁸. Art. 2378.

⁶⁹. S. 10 a.m. del 25 de Junio de 1928, B.J., p.6388.

⁷⁰. Art. 3719C.

⁷¹. Art. 3720C.

⁷². Art. 3721C.

8. Extinción de la fianza

La obligación del fiador se extingue por vía principal, por cualquiera de los medios consagrados en los arts. 2004 y 2005C, en cuyo caso subsiste la obligación principal. La extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.⁷³

En la extinción directa se suele distinguir entre causales comunes a todas las obligaciones: pago hecho por el fiador, la remisión, la compensación, confusión, transacción etc. y las especiales como las contempladas en los arts. 3724 y 3727C.

También se extingue cuando se extingue la obligación principal, como consecuencia de ser una obligación accesoria.⁷⁴

En resumen, los medios de extinguir las obligaciones operan en forma directa o indirecta.

A ambas formas se refiere el art. 3722C. cuando dice que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.

A. El pago

Cuando se extingue la obligación principal por medio del pago, también se extingue la fianza, siempre que el pago lo haga el deudor, pues si lo realiza un tercero y se produce la subrogación, la fianza subsiste para garantizar al subrogante. Si el pago lo hace el fiador también se extingue la fianza, y nacen las acciones de reembolso y subrogatoria.

El pago por consignación que extingue la obligación también extingue la fianza:

“Art. 2064. “Si ha habido sentencia declarando válida la consignación, el deudor no puede retirarla, ni con consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus codeudores y fiadores”.

Art. 2065. “Si declarada válida la consignación, el acreedor consiente en que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías o seguridades que le competían; y los codeudores y fiadores quedarán libres”.

Bien expresan nuestros anotadores que el art. 2065C. es una repetición inútil del art.2064C.

⁷³. Art. 1877C.

⁷⁴. Art. 1877 y 3722C.

Mientras el acreedor no haya aceptado la consignación o impugnada no hubiere recaído sentencia firme teniendo por válida la consignación, el deudor puede retirar la cantidad consignada y la obligación continúa con sus accesorios. No existe sentencia firme si se ha recurrido contra ella, por lo que el deudor podrá retirar lo consignado mientras no adquiera firmeza.

El art. 2063C. dice: "Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada. La obligación, en tal caso, renacerá con todos sus accesorios .

El artículo transcrito habla impropriamente de que renacen los accesorios, dando como supuesto que la obligación se extinguió y volvió a nacer, lo que no es cierto, pues nunca ha muerto la obligación. Sólo aceptada por el acreedor o declarada válida por sentencia firme en caso que la impugne el acreedor, lo que equivale al pago, se extingue la obligación.

B. Dación en pago

La dación en pago se produce cuando el acreedor recibe en pago de su crédito una cosa distinta de la debida. Cuando se extingue la obligación principal en virtud de la dación en pago se extingue también la fianza.

Es posible que el acreedor sea evicto en la cosa que recibió en pago al ser privado del dominio por sentencia judicial. En este supuesto, a pesar de la evicción, la fianza se extingue. Así lo establece el art. 3724C. que dice: "Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador".

La mayor parte de los autores explican el mencionado artículo teniendo en cuenta que la dación en pago es una novación por cambio de objeto, en la cual la segunda obligación, tiene una existencia efímera: una vez nacida se extingue inmediatamente. No obstante, Pothier funda la solución de la mencionada deposición en la equidad. Dice: "El fiador no debe sufrir perjuicios del arreglo por el cual el acreedor ha tomado en pago dicha heredad; pues el acreedor por este arreglo ha quitado el medio al fiador de poder, al pagar al acreedor mientras que el deudor era solvente, de repetir de ese deudor la suma de lo que se había hecho responsable".

Dado el carácter excepcional del art. 3724C., la doctrina sostiene que no es aplicable si la dación en pago no ha sido voluntaria, como cuando el acreedor, por no haber postura, se adjudica en pago el inmueble; si la dación en pago se estipuló en el contrato que dio origen a la obligación; o si el acreedor al aceptar la dación en pago hace reserva de sus derechos.

C. La novación

La novación produce la extinción de la obligación principal y de sus accesorios y garantías⁷⁵. De aquí que si la obligación principal se extingue por novación, como consecuencia se extingue la fianza. El art. 3726C. dice que toda prórroga concedida por el acreedor o cualquier novación en el contrato principal, sin el expreso consentimiento del fiador, extingue la obligación de éste.

La prórroga o ampliación del plazo no constituye novación, pero extingue la fianza, las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, y produce la cesación de la responsabilidad de los codeudores solidarios, salvo que los fiadores, codeudores solidarios o los dueños de las cosas prendadas e hipotecadas, accedan expresamente a la prórroga o ampliación. Esta se desprende de los arts. 2113 y 3726C.

Por otra parte, en el art. 3415C. se establece una prórroga, que podríamos calificar de tácita, cuando el acreedor continúa recibiendo intereses después de vencido el plazo. Si se ha producido la prórroga, lógico es que, de conformidad con los arts. 2113 y 3726C., se extingan las fianzas, las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, y se produzca la cesación de la responsabilidad de los codeudores solidarios, salvo aceptación a la prórroga. La aceptación a la prórroga, a fin de evitar la cesación de la responsabilidad de los codeudores solidarios y la extinción de las demás garantías, puede constar en el documento en que se pactó la solidaridad o se constituyeron las otras garantías, o bien en el convenio de prórroga. No existe impedimento legal para que se acepte la prórroga antes que se produzca.

La Corte Suprema ha dicho que:

- Es permitido el pacto en virtud del cual no se extingue la fianza por la ampliación del plazo que se haya con conocimiento del fiador⁷⁶.

- No es suficiente el vencimiento del plazo para que exista ampliación de éste y, como consecuencia, se extinga la fianza. La prórroga, ampliación del plazo o novación entre el acreedor y el deudor directo o principal, deben ser expresados o fundarse en un hecho innegable que los haga suponer, como el recibo de interés por un tiempo posterior al del vencimiento de la obligación.⁷⁷

- El hecho de recibir intereses después del plazo produce la ampliación de éste y, como consecuencia, se libera al fiador⁷⁸.

⁷⁵. Arts. 1877,2095 y 2106C.

⁷⁶. S.12m. del 28 de Octubre de 1921,BJ.,p. 3470.

⁷⁷. S.10 a.m. del 10 de Diciembre de 1921,BJ.,p. 3536.

⁷⁸. S. 12m. del 25 de Noviembre de 1925, BJ., p. 5355.

- La extensión del plazo de una obligación extingue la fianza⁷⁹.

No obstante lo expuesto, existen ciertos privilegios que modifican las anteriores normas. Estos privilegios están establecidos en la Ley General de Bancos y Otras instituciones. En el Capítulo VIII de dicha ley se regulan los privilegios legales y su procedimiento. El art. 77 de esta ley dice: "En las obligaciones a favor de todo Banco, regirán las siguientes disposiciones especiales: 2) El plazo de un préstamo no se entenderá prorrogado por el hecho de recibir abonos al principal o a los intereses insolutos o por continuar recibiendo los intereses pactados después del vencimiento; Salvo cuando el deudor por caso fortuito o fuerza mayor indubitable incumpla la obligación habiendo solicitado prórroga con anterioridad y cuando la institución financiera no haya suministrado los fondos en el tiempo estipulado en el contrato. 3) La solidaridad de los deudores y fiadores subsistirá hasta el efectivo y total pago de la obligación, aunque medien prórroga o esperas, salvo respecto de aquel en cuyo favor fuese expresamente remitida".

Debe destacarse que el inc. 3 de dicho artículo se contrae a mantener la solidaridad de los deudores y fiadores, sin disponer nada acerca de las prendas e hipotecas dadas por terceros, por lo que debe considerarse que en el supuesto de prórroga o espera quedan extinguidas dichas garantías a tenor de los arts. 2113 y 3726C., salvo aceptación a la prórroga por el tercero. Esto es así porque los privilegios constituyen excepciones al derecho común y, consecuentemente son de derecho estricto. Cualquier disposición especial debe interpretarse estrictamente y no cabe la aplicación analógica. Por esta razón no es lícito afirmar que si no se extingue la solidaridad de los codeudores y fiadores, a pesar de la prórroga o espera, tampoco deben extinguirse las hipotecas o prendas dadas por terceros.

La aceptación puede constar en el documento de constitución de las garantías o en el convenio de prórroga. No existe impedimento legal para aceptar anticipadamente la prórroga o espera. Debe advertirse que los arts. 2113 y 3726C. se refieren a un consentimiento expreso, descartando el tácito.

La reducción del plazo no constituye novación; pero no se podrá demandar a los codeudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivo⁸⁰.

D. La compensación

La compensación la puede oponer el fiador tanto con relación a sus créditos como con relación a los del deudor principal. En el primer caso la obligación del fiador se extingue directamente por compensación. En el segundo caso como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal por compensación. El art. 2145C. dice: "El fiador no sólo puede compensar la obligación que le nace

⁷⁹. S. 9.30 a.m. del 5 de Julio de 1963, B.J.,p. 276.

⁸⁰. Art. 2113 inc. 2C.

de la fianza con lo que el acreedor le deba, sino que también puede invocar y probar lo que el acreedor deba al deudor principal para causar la compensación o el pago de la obligación. Pero el deudor principal no puede invocar como compensable su obligación, con la deuda del acreedor al fiador”.

E. La prescripción

Prescrita la acción principal, prescribe también la obligación del fiador. El art. 884C. establece que la prescripción adquirida por el deudor principal aprovecha siempre a sus fiadores.

La prescripción no puede operar sobre la obligación del fiador con independencia de la del deudor principal.

F. La transacción

La transacción entre el acreedor y el deudor extingue la obligación del fiador, aunque éste estuviere ya condenado al pago por sentencia pasado en autoridad de cosa juzgada⁸¹.

G. El mutuo consentimiento

El acreedor y el deudor pueden de común acuerdo dejar sin efecto la obligación y, como consecuencia, queda extinguida la fianza. El mutuo consentimiento puede operar directamente sobre la fianza, dejando vigente la obligación principal.

H. La nulidad

Declarada nula la obligación principal se extingue la fianza, salvo que la nulidad sea producida por la incapacidad relativa del deudor, pues en este caso subsiste la fianza, ya que de conformidad con el art. 1840 num. 1C, los actos de estas personas producen obligaciones naturales, las que de acuerdo con los arts. 1844 y 3663C. son susceptibles de ser afianzadas.

Cuando la nulidad afecta únicamente el vínculo existente entre el acreedor y el fiador, se produce la extinción de la fianza, pero subsiste la obligación principal.

I. Cumplimiento de la condición resolutoria

Cuando se extingue la obligación principal por el cumplimiento de la condición resolutoria, se extingue también la fianza. La condición resolutoria puede referirse solamente a la fianza, produciendo en su caso la extinción de la misma, dejando subsistente a la obligación principal. La fianza, como hemos expresado, puede otorgarse bajo condición suspensiva o resolutoria.⁸²

⁸¹. Art. 2196C.

⁸². Art. 3658C.

J. El plazo extintivo

Extinguida la obligación principal en virtud del plazo extintivo, se extingue también, como consecuencia, la fianza (extinción indirecta). El plazo extintivo también puede operar directamente sobre la fianza, produciendo su extinción, pero dejando viva la obligación principal.

K. La remisión

La remisión hecha al deudor principal libera al fiador. Pero la que se hace a favor del fiador no produce la extinción de la obligación principal.⁸³ La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.⁸⁴

L. Imposibilidad del pago

La obligación se extingue por imposibilidad del pago, de acuerdo con el art. 2164C. Extinguida la obligación principal por imposibilidad de su pago queda extinguida también la accesoria⁸⁵.

M. Confusión de derechos

Cuando se reúnen las calidades de acreedor y deudor se extingue la obligación principal y, como consecuencia, se extingue la fianza. Si la confusión se realiza en cualquiera de los fiadores no se extingue la obligación principal⁸⁶.

Si la confusión se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos herede al otro no se extingue la obligación del subfiador.⁸⁷

N. imposibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor

Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo⁸⁸.

Ya hemos dicho que el fiador en virtud del pago se subroga en los derechos del acreedor.

9. Diferencias de la fianza con otras figuras

⁸³. Art. 2128C.

⁸⁴. Art. 3725C.

⁸⁵. Art. 1877C.

⁸⁶. Art. 2159C.

⁸⁷. Art. 3723C.

⁸⁸. Art. 3727C.

A. Ideas generales

La fianza presenta relaciones, semejanzas y diferencias con varias figuras jurídicas, como por ejemplo: la promesa por otro, la delegación, la novación por cambio de deudor, la cesión de deudas, el seguro de crédito, la donación, el mandato de crédito, la solidaridad pasiva, etc.

Nuestro estudio lo limitaremos a las relaciones con la solidaridad pasiva y con el mandato de crédito.

B. Diferencias con la solidaridad pasiva

La fianza presenta varias diferencias con la solidaridad pasiva; entre otras, tenemos las siguientes:

a) Los codeudores solidarios son deudores principales; en cambio los fiadores son subsidiarios. El carácter subsidiario de la obligación de los fiadores se garantiza con el beneficio de excusión u orden.

b) Como una derivación de la diferencia anterior los codeudores solidarios no gozan de los beneficios de excusión y de división; en cambio los fiadores disfrutan de dichos beneficios.

C. Diferencias con el mandato de crédito

El mandato de crédito encuentra su origen en el Derecho romano. Se presenta cuando una persona le conceda un crédito a un tercero en su nombre y por cuenta propia.

Algunos códigos modernos han consagrado esta figura, como por ejemplo, el alemán⁸⁹ y el italiano⁹⁰.

El art. 778 del Código Civil alemán dice: “Quién confiere a otro el mandato de conceder crédito a un tercero en nombre propio y por cuenta propia, responde como fiador al mandatario por la obligación del tercero nacida de la concesión de crédito”.

Se señalan las diferencias siguientes: a) El mandante se torna fiador por disposición de la ley; en cambio en la fianza el fiador se obliga por su voluntad; b) El mandato de crédito no es un contrato accesorio, por cuanto se garantiza una deuda futura; en cambio la fianza es un contrato accesorio; d) Por cuanto el mandatario actúa en nombre y por cuenta propia no se establecen relaciones entre el mandante y el tercero. De aquí que el fiador (mandante) no tenga acción

⁸⁹. Art. 778.

⁹⁰. Art. 1958.

contra el deudor (el tercero) en caso de que éste no cumpla y resulte obligado (el mandante) a pagarle al acreedor (mandatario).

10. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

- Si el fiador pagó por el deudor tiene derecho a ser indemnizado por éste.⁹¹
- Los jueces deben exigir a los fiadores, en los embargos, certificación registral en donde conste que tiene bienes raíces inscritos libres gravámenes y el valor de éstos, la que se agrega a los autos.⁹²
- Puede ser demandado directamente el fiador del divorcio voluntario aun cuando el deudor haya otorgado hipoteca.⁹³
- El que solicita licencia para conducir no puede ser su propio fiador.⁹⁴
- Se obliga al fiador aunque su firma no esté en el lugar correcto.⁹⁵

⁹¹. S. 10:20 a.m. del 6 de Abril de 1946, B.J.,p.1304.

⁹². Cta. 17 de Marzo de 1950, B.J.,p. 15389.

⁹³. S. 12 m. del 17 de Febrero de 1954, B.J.,p. 16808.

⁹⁴. Cta. 13 de Febrero de 1956, B.J., p. 18359.

⁹⁵. S. 11:30 a.m. del 29 de Noviembre de 1963, B.J., p. 53688.

CAPITULO XIV LA ANTICRESIS

SUMARIO: 1. Origen. 2. Definición. - 3. Características: A. Es un contrato solemne. B. Es un derecho real C. Es un contrato accesorio y de garantía. D. Es un contrato bilateral. E. Es indivisible. F. Es oneroso. G. Puede ser de carácter extintivo o compensativo.- 4. Requisitos del contrato.- 5. Efectos: A. Efectos entre las partes. B. Efectos con relación a terceros.- 6. Compatibilidad de la anticresis y la hipoteca.- 7. Prescripción.- 8. Clases de anticresis.- 9. Extinción.

1. Origen

El Derecho romano la conoció, pero la tomó del griego; aunque también se piensa que existía anteriormente en el derecho caldeo e indú. No constituía un contrato autónomo. Solamente era una cláusula que se agregaba al pignus.

Casi todas las legislaciones la consagran, pero su uso no es muy frecuente, debido a los inconvenientes que representa la entrega de la cosa y el rechazo de los mismos acreedores a administrar bienes ajenos, prefiriendo subastarlos y pagarse con el producto de ellos.

2. Definición

El art. 3899C. define a la anticresis como un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos. De esta definición se desprenden varias de sus características que veremos a continuación y su independencia de la prenda.

3. Características

Este contrato presenta las características siguientes:

A. Es un contrato solemne

Así lo establece el art. 3900C. que dice: "El contrato de anticresis es nulo si no se constituye por escritura pública inscrita".

Tradicionalmente se ha considerado como un contrato real, pero la doctrina y legislaciones modernas lo consagran como un contrato consensual o bien solemne.

En la escritura debe estipularse si el capital causa intereses y se fijará la extensión de las facultades con que el acreedor ha de administrar la finca. Si nada se dijo, se entiende que no hay intereses y que el acreedor debe administrar como un mandatario general de administración conforme a la extensión establecida en el art. 3296C. Así se desprende del art. 3901C.

B. Es un derecho real

El art. 602C. expresamente lo establece, terminando así con la polémica de que si es un derecho real o personal.

Su naturaleza, dentro de los derechos reales, es la de un derecho real de goce (o de disfrute) y de realización de valor. Es de disfrute porque el acreedor recibe el inmueble para que con sus frutos se pague el crédito. Es de realización de valor porque el acreedor conserva el derecho de vender judicialmente (subasta) el inmueble y pagarse con preferencia.

C. Es un contrato accesorio y de garantía

Tiene este carácter por cuanto se constituye para garantizar, al igual que la hipoteca y la prenda, el cumplimiento de una obligación principal.

D. Es un contrato bilateral

En nuestro sistema la anticresis ha dejado de ser un contrato real, pasando a ser solemne. Una vez celebrado en escritura pública e inscrita ésta, ambos resultan obligados: el deudor a entregar la cosa y el acreedor a devolverla. En los Códigos Civiles que lo consagran como real es unilateral, pues al momento de perfeccionarse (entrega del inmueble) sólo resulta obligado el acreedor a devolver la cosa. En las legislaciones en que se reconocen los contratos bilaterales imperfectos, es estimado como uno de este tipo, ya que es posible que con posterioridad a su celebración resulten obligaciones a cargo del deudor.

E. Es indivisible

De acuerdo con el art. 3908C. el derecho del acreedor anticresista es indivisible. Esto significa: a) que el acreedor no está obligado a devolver la cosa o parte de ella, mientras no fuere pagada la totalidad de la deuda;¹ b) que si el deudor muere, el heredero que pague su cuota, no puede pedir la devolución de todo o parte del inmueble; si muere el acreedor, ninguno de los herederos que recibiere en pago su cuota puede restituir todo o parte del inmueble.²

F. Es oneroso

Es oneroso porque el acreedor obtiene una garantía y el deudor un crédito. Aunque en la práctica carece de interés, se sostiene que, a semejanza de la hipoteca, puede ser oneroso o gratuito. Se citan como gratuitas, la anticresis otorgada por un tercero y la concedida por el mismo deudor con posterioridad a la celebración del contrato. Algunos opinan que el carácter gratuito u oneroso depende del crédito principal, ya que la anticresis es un contrato accesorio.

¹. Art. 1968C.

². Arts. 3763 y 3776C.

G. Puede ser de carácter extintivo o compensativo

Es extintivo cuando se imputen los frutos primero a los intereses y después al capital, de acuerdo con el art. 3927C. Será compensativo cuando las partes convienen en que en todo o en parte se compensen los frutos con los intereses, de acuerdo con el art. 3926C. En virtud de la ley normalmente es extintivo, por lo que solamente será compensativo si así se estipula.

4. Requisitos del contrato

La anticresis debe reunir ciertos requisitos esenciales para su constitución: forma, objeto y capacidad. Algunos son generales y otros especiales.

Su carácter solemne ya fue destacado, por lo que nos limitaremos a los restantes.

A. Objeto

Puede asegurarse con anticresis todo tipo de obligación, pero necesariamente tiene que recaer sobre bienes inmuebles, al igual que en el Código Civil francés. Diferente era en el Derecho romano, donde podía constituirse sobre bienes muebles e inmuebles.

Por otra parte, el bien inmueble debe producir frutos, porque es esencial, según se desprende de la definición legal, que el acreedor se pague con los frutos de la cosa recibida. Como consecuencia, no es posible constituir anticresis sobre la nuda propiedad, o sobre inmuebles que con anterioridad estaban afectados por un derecho real de goce o un arriendo.

B. Capacidad

De acuerdo con el art. 3902C. la anticresis sólo puede ser constituida:

a) por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble; b) o por el que tenga derecho a los frutos; por eso, el usufructuario, de acuerdo con el art. 3903C. (que aplica el principio sentado en el art. 3902C.), puede constituir anticresis; pero ésta se extingue al extinguirse el usufructo, de acuerdo con el art. 1490C.

De acuerdo con los arts. 3915 y 3916C. no pueden darse en anticresis las cosas ajenas, a menos que consienta el dueño.

El que sólo tiene poder de administración no puede constituir anticresis. Es preciso autorización especial.

5. Efectos

La anticresis da origen a derechos y obligaciones entre las partes. También puede producir efectos con relación a terceros.

A. Efectos entre las partes

El acreedor anticresista tiene los derechos siguientes:

a) El derecho de retención.

De acuerdo con el art. 3906 inc. 1C. el acreedor tiene derecho a retener el inmueble hasta que la deuda le sea pagada íntegramente (capital e intereses). La entrega, el derecho de retención y la percepción de los frutos constituyen elementos indispensables para que la anticresis cumpla su finalidad. Este derecho de retención, como ya vimos, es de carácter indivisible, según lo dispuesto en el art. 3908C.

b) El derecho a los frutos y goce del inmueble.

El acreedor tiene la administración y el goce de un inmueble ajeno con la finalidad de percibir los frutos y pagarse su crédito.

c) El derecho de celebrar en su calidad de administrador todos los contratos que considere convenientes.

Así lo establece el art. 3905C. que dice: “Los contratos que el acreedor celebre como administrador de la cosa, son válidos; pero no pueden extenderse a mayor tiempo del que debe durar la anticresis, salvo pacto expreso en contrario”.

d) El derecho de venta y preferencia.

Si el deudor no pagare, el acreedor anticresista tiene el derecho de pedir el embargo y venta judicial de la cosa dada en anticresis, con preferencia a los acreedores quirografarios e hipotecarios posteriores a su inscripción. Se observarán los procedimientos consagrados para la realización de la prenda.³

Los arts. 3914 y 3919C. declaran sin valor la cláusula estipulada en el contrato de anticresis, en virtud de la cual el acreedor se quede con la cosa por falta del pago. Se quiere evitar que el acreedor se quede, a base de presiones, con el inmueble por una suma desproporcionada o ridícula con relación a su valor real.

Pero no existe ninguna prohibición que con posterioridad a la celebración de la anticresis el deudor le venda el inmueble o lo dé en pago al acreedor, según se desprende del art. 3920C.

³. Arts. 7347 inc. 3, 3914, 3931C. y 1633Pr. y sigts.

e) El derecho a hipotecar o ceder su derecho.

De acuerdo con el art. 3906 inc. 2C. el acreedor puede transferir su crédito, salvo estipulación en contrario.

Ahora bien, si el derecho de anticresis es real y enajenable, podrá ser hipotecado de acuerdo con el art. 3799 inc.2C., que establece que pueden hipotecarse los derechos reales enajenables sobre inmuebles.

f) El derecho a usar las acciones posesorias.

De acuerdo con el art. 3906 inc. 3C. el acreedor anticresista puede usar las acciones posesorias para defender sus derechos.

Estas acciones las puede usar contra el deudor o terceros a fin de mantener y recobrar la tenencia del inmueble y hacer efectivos sus derechos.

g) El derecho a restituir la cosa en cualquier tiempo.

Este derecho lo consagra el art. 3922C., después de establecer el derecho del deudor para exigir la restitución una vez pagada la obligación.

La anticresis, como cualquier otro derecho que mire el interés particular, puede ser renunciada. Verificada la entrega se extingue la garantía y el acreedor conserva su crédito, pudiéndolo hacer efectivo, pero sin el respaldo de la garantía renunciada.

El acreedor tiene las obligaciones siguientes:

a) Conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia⁴ y a responder de los perjuicios que sufra por su culpa. Si abusare de sus facultades podrá ser condenado a restituir la cosa dada en anticresis antes de haber sido pagado.⁵

El acreedor puede dar en arriendo el inmueble por un plazo no mayor de dos años o habitar la casa; pero no puede hacer ningún cambio en el inmueble, ni alterar el género de la explotación que acostumbraba el propietario, cuando de ello resultare que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía. Así se desprende de los arts. 3917 y 3929C. El precio será fijado por peritos ante el Juez, previa audiencia del deudor.

b) Pagar las contribuciones y demás cargas prediales, deduciéndolas del producto de la finca.⁶

⁴. Art. 1863 inc. 2C.

⁵. Art. 3923C.

⁶. Art. 3907 inc. 2C.

c) A velar porque se conserven todos los derechos que tenía la cosa cuando la recibió en anticresis, como por ejemplo, servidumbres activas.⁷

d) A hacer los gastos necesarios para la conservación de la cosa, pero debe hacerlo con autorización del Juez y audiencia del deudor, si estuviere en el lugar, deduciéndolos del importe de los frutos.⁸

Para hacer las mejoras, debe cumplir con estos mismos requisitos.⁹

De acuerdo con el art. 3910C., cuando no pueden ser exactamente conocidos los frutos se regularán por peritos.

e) A rendir cuenta de su administración por lo menos cada año. Responde por los frutos y rendimiento que se perdieren por su culpa.¹⁰

Las partes pueden señalar el término para la rendición de la cuenta. Así lo dispone el art. 3911C.

Cuando el acreedor haya conservado en su poder la cosa por diez años sin rendir cuenta, se presume pagado el capital e interés; salvo prueba en contrario, según lo dispone el art. 3912C.

Si el acreedor no da cuentas dos meses después del plazo en que debe darlas, el deudor podrá ponerle un interventor a costa de aquél. Así lo dispone el art. 3913C.

f) A restituir el inmueble una vez que se le pague íntegramente su crédito. De acuerdo con la primera parte del art. 3925C., desde que el acreedor se encuentre íntegramente pagado (capital, intereses y gastos de conservación) debe restituir el inmueble. Esta disposición también se aplica cuando la anticresis se termina como consecuencia de la extinción de la obligación principal por otros medios extintivos (novación, compensación, etc.).

Pero si el deudor, dispone la segunda parte del citado artículo, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso lo preceptuado respecto de la cosa dada en prenda. Se constituyen, pues, una anticresis tácita, cuyos efectos consisten en la retención del inmueble para el pago íntegro de la nueva deuda. Las condiciones para su constitución son las mismas que las de la prenda, según lo dispuesto en los arts. 3736 y 3738C.

El deudor anticresista tiene los derechos siguientes:

⁷. Art. 3924C.

⁸. Art. 3909C.

⁹. Art. 3918C.

¹⁰. Art. 3907 inc. 1C.

a) Pedir la restitución del inmueble una vez extinguida la obligación. Para ello cuenta con la acción personal del contrato y con la reivindicatoria. También tiene el derecho para pedir la cancelación del gravamen en el Registro.

b) Los derechos derivados de las obligaciones legales y convencionales del acreedor.

c) El derecho de vender o gravar la finca, sin perjuicio de la anticresis.

El deudor anticresista tiene las obligaciones siguientes:

a) Entregar el inmueble dado en anticresis.

b) Todos los derivados.

B. Efectos con relación a terceros

Para que la anticresis pueda ser opuesta a terceros debe estar inscrita, según lo exigen los arts. 3937 y 3948C. Prevalece sobre las enajenaciones o gravámenes (ventas, hipotecas, usufructo, etc.) posteriores a su inscripción. También sobre los arrendamientos posteriores, pero debe respetar los derechos reales o arriendos inscritos con anterioridad a su constitución.

No obstante, el inc.1 del art. 3906C. obliga al acreedor hipotecario anterior a oponerse a la constitución de la anticresis y a hacer uso de sus derechos para conservar la preferencia. Tal artículo es contrario al art. 3930C. y lesivos a los intereses del acreedor anticresista. No tiene aplicación en nuestro sistema, pues tanto la hipoteca como la anticresis son dos derechos reales que merecen igual protección y, como consecuencia, el principio de prioridad se aplica sin distinción alguna a los dos, por lo que el primero que ingrese al Registro toma un rango superior al que lo hace con posterioridad.

6. Compatibilidad de la anticresis y la hipoteca

La anticresis y la hipoteca pueden concurrir para garantizar la obligación del acreedor. Para este supuesto, el art. 3921C. expresa que el acreedor que tiene hipoteca establecida sobre el inmueble recibido en anticresis, puede usar de sus derechos como sino fuera acreedor anticresista

7. Prescripción

Mientras el acreedor permanece en posesión del inmueble no prescribe su derecho, pues la tolerancia del deudor equivale al reconocimiento diario del derecho del acreedor, lo que representa una interrupción de la prescripción. Mientras dure esta situación no corre la prescripción.

8. Clases de anticresis

La anticresis puede ser convencional o judicial (denominada también prenda pretoria). Sobre la primera hemos tratado anteriormente. La segunda está regulada en los arts. 1778 Pr. y sigts. Propiamente no es un contrato. Algunos la califican como contrato forzoso. Recae sobre bienes muebles e inmuebles.

El art. 3934C. dispone que todas las normas de la anticresis se aplicarán a la prenda pretoria, sin perjuicio a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

9. Extinción

De la misma manera que la fianza, la anticresis puede extinguirse por vía indirecta, o sea, por haberse extinguido la obligación principal (pago, novación, etc.), en virtud de principio de que extinguido lo principal se extingue lo accesorio; o por la vía directa, sin que se extinga la obligación principal (renuncia a la garantía, etc.). No hay reglas especiales sobre lo expuesto.

CAPITULO XV LA PRENDA

SUMARIO: 1. Origen de la prenda y de la hipoteca.- 2. Concepto.- 3. Variedades de prendas.- 4. Características de la prenda: A. Es un contrato. B. Es un contrato real. C. Es un contrato accesorio. D. Es un contrato unilateral. F. Puede ser oneroso o gratuito. F. Engendra un derecho real y otro de preferencia. G. Es indivisible.- 5. El contrato de prenda: A. Capacidad de los contratantes. B. Forma del contrato. C. Cosas que pueden ser dadas en prenda. D. Obligaciones que pueden garantizarse con prenda.- 6. Efectos de la prenda: A. Derechos del acreedor: a) Derecho de retención; b) Derecho de persecución; c) Derecho de venta; d) Derecho de preferencia; e) Derecho a la indemnización por los gastos y perjuicios causados por la tenencia del bien pignorado; f) Derecho a los frutos e intereses. B. Obligaciones del acreedor: a) Obligación de conservar la cosa; b) Obligación de devolver la cosa. C. Obligaciones del deudor.- 7. Transferencia del derecho de prenda.- 8. Extinción de la prenda: A. Extinción por vía indirecta. B. Extinción por vía directa.

1. Origen de la prenda y de la hipoteca

La hipoteca y la prenda tienen un origen común. Después se separaron (hipoteca sobre inmueble y prenda sobre mueble), pero en la actualidad tienden a juntarse al reconocerse en la doctrina y la legislación la hipoteca mobiliaria.

Originalmente sólo se conoció el dominio y después en una etapa superior de desarrollo cultural, en donde las relaciones jurídicas son más numerosas y complejas, aparecen los otros derechos reales. Se usó el dominio para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, ya que no existían otros derechos reales. La operación era sencilla. Se enajenaba el bien mediante pacto de fiducia que consiste en la trasmisión del dominio por parte del deudor al acreedor y éste se obligaba a regresarlo al extinguirse la obligación garantizada.

La privación al deudor del dominio y de la posesión convertía en peligrosa y rudimentaria esta fórmula: cuando el acreedor vendía la cosa, el deudor carecía de acción persecutoria y solamente se le otorgaba acción personal para pedir la restitución; impedía la posibilidad de obtener más créditos; y no permitía al deudor explotar el bien en su provecho personal y del acreedor ante el posible aumento de su capacidad de pago.

Para superar esos inconvenientes surge primero el *pignus* y después la hipoteca. En virtud del *pignus* sólo existe un traslado de la posesión y no del dominio. Es un avance, pues el deudor conserva el dominio de la cosa y, como consecuencia, el acreedor no la puede vender. Sin embargo, el traslado de la posesión impide que el deudor la siga trabajando y obtenga otro gravamen sobre ella. La hipoteca aparece relacionada con el arrendamiento y después se extendió a otros contratos.

2. Concepto

En el art. 3728C. se encuentra una definición de la prenda que peca por defecto al señalar sólo algunas de sus características. Dice así: “El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o a quien le represente, algún objeto mueble para que sirva de garantía. Esto es lo que se denomina prenda”. Solamente destaca su carácter real (como contrato), mobiliario, accesorio y de garantía.

La prenda es un contrato real y accesorio en virtud del cual el deudor entrega al acreedor la tenencia de un mueble para que le sirva de garantía real de su crédito y concede los derechos de persecución, retención y venta en caso de incumplimiento de la obligación.

3. Variedades de prendas

Los inconvenientes de la prenda civil en el comercio moderno han hecho surgir algunas prendas especiales que se ajustan más a las exigencias actuales.

Algunas de estas prendas se distinguen por la ausencia del desplazamiento del bien pignorado. En nuestro Derecho encontramos la prenda mercantil regulada por el Código de Comercio y la Ley General de Títulos Valores; la prenda agraria o industrial (sin desplazamiento), regulada por Ley del 6 de agosto de 1937; la prenda sobre cosas depositadas en los almacenes generales de depósito (almacenes warrants) y la prenda comercial (sin desplazamiento) regulado por Ley No.116 del 20 de marzo de 1992.

4. Características de la prenda

La prenda tiene las características siguientes: es un contrato, es real, es accesorio, es unilateral, puede ser oneroso o gratuito, engendra un derecho real y otro de preferencia, es indivisible.

A. Es un contrato

La prenda es un contrato que se celebra entre el acreedor y el constituyente de la prenda que puede ser el deudor o un tercero.

Su carácter contractual se deduce de la definición legal y aparece reconocido expresamente en los arts. 3731 y 3734C.

El art. 3735C. reconoce la posibilidad de su constitución por el deudor o un tercero aun sin consentimiento del primero. El tercero no responde personalmente del cumplimiento de la obligación (sólo con el bien pignorado) y no goza del beneficio de excusión.

B. Es un contrato real

Es real porque se perfecciona con la entrega del bien pignorado al acreedor. Este carácter se deduce de los arts. 3728 y 3734C. El art. 510CC. exige expresamente la entrega para su constitución.

La entrega tiene dos funciones. Una de perfeccionamiento del contrato (contrato real). La otra de publicidad, lo que en nuestro derecho se realiza con el otorgamiento del documento público o privado y en las especiales con la inscripción en el registro (la agraria o industrial y la constituida sobre hélices, motores y equipos de aviones).

La entrega es un elemento fundamental para el perfeccionamiento de la prenda, por lo que no se concibe la prenda sobre cosa futura, pues no podrían ser entregadas al momento de la constitución. Se admite el contrato de promesa de prenda sobre cosa futura.

No obstante lo expuesto, la entrega sólo produce efectos entre las partes y no respecto a terceros. Con relación a éstos, según lo dispone el art. 3734C., es necesario además que conste en documentos públicos o privados autorizado por el Juez o Notario. Se acepta la solución francesa, diferente a la chilena en la que es suficiente la entrega para que el contrato produzca efecto tanto para las partes como para los terceros. Por el contrario el art. 510CC. sigue la solución chilena, pues la prenda mercantil se perfecciona con la entrega de la cosa con relación a las partes y terceros.

El carácter de contrato real va desapareciendo en el derecho moderno y ha pasado a ser solemne.

C. Es un contrato accesorio

Este carácter se desprende de la definición legal y de los arts. 3742, 3770 inc. 1C. y otros.

Entre las consecuencias de la accesoriedad tenemos: se extinguen la prenda por la extinción de la obligación principal que garantiza; la acción prendaria prescribe junto con la principal; si la obligación principal es nula se produce la extinción de la prenda; pero la nulidad de ésta no afecta a la principal; para determinar el tipo de prenda se atiende a la naturaleza de la obligación.

D. Es un contrato unilateral

Es unilateral porque al momento de su perfeccionamiento sólo una de las partes resulta obligada: en la prenda civil y mercantil el acreedor a devolver la cosa recibida en prenda.

En ambos tipos de prenda el deudor puede contraer obligaciones con posterioridad a su perfeccionamiento (arts. 512CC. y 3751C.), pero el nacimiento de tales obligaciones no lo convierte en bilateral, ni tampoco se le podría calificar, como la hace la doctrina francesa, de sinalagmático imperfecto porque no reconocen este tipo de contrato nuestros códigos de Comercio y Civil.

E. Puede ser oneroso o gratuito

El contrato de prenda generalmente es oneroso (el deudor logra un crédito y el acreedor mejor garantía), pero puede ser gratuito como cuando se da la prenda con posterioridad al nacimiento de la obligación principal o cuando es otorgada por un tercero que no obtiene por ello utilidad alguna.

F. Engendra un derecho real y otro de preferencia

La prenda concede varios derechos: de persecución, preferencia, retención, venta y otros.

De su naturaleza real se desprende el derecho de perseguir el bien pignorado en manos de quien se encontrare. En virtud del derecho de preferencia el acreedor se paga primero que los otros acreedores del deudor con el producto de la cosa pignorada. Ambos derechos le comunican la verdadera eficacia a la garantía prendaria.

G. Es indivisible

Al igual que la hipoteca, la prenda es indivisible.

Sus aplicaciones, según se desprende de los arts. 3742, 3763 y 3765C. son las siguientes: no se puede recuperar una parte del bien pignorado mediante un pago parcial del deudor o codeudor; el acreedor originario o por herencia que recibe su parte en el crédito no puede liberar la prenda en perjuicio de sus coacreedores; si varias cosas han sido dadas en prenda no se pueden recuperar una o algunas sin pagar toda la deuda.

5. El contrato de prenda

La prenda es un contrato y, como consecuencia, debe reunir los requisitos generales de éste.

Haré una breve exposición de sus elementos: capacidad de los contratantes; forma del contrato; cosas que se pueden dar en prenda; obligaciones que pueden ser garantizadas con prenda.

A. Capacidad de los contratantes

El constituyente de la prenda (deudor o tercero) debe tener capacidad para enajenar, ya que la prenda constituye un principio de enajenación. Al acreedor, por el contrario, le basta la capacidad legal para obligarse porque no hace ninguna transmisión. Así se desprende de los arts. 3730 y 3748C.

Los incapaces pueden dar prenda por medio de sus representantes de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley.

B. Forma del contrato

En la prenda común si el bien tiene un valor mayor de los ocho córdobas la prenda se hará constar por escrito. Pero el documento no se exige como un requisito esencial, sino como un medio de prueba, de tal manera que puede ser suplido por la confesión. La prenda es un contrato real y no solemne.

C. Cosas que pueden ser dadas en prenda

Según se desprende del art. 3729C., se pueden dar en prenda todos los objetos muebles enajenables, sean corporales o incorporales. La regla general de poder dar en prenda todos los muebles presenta las limitaciones siguientes: no se pueden dar en prenda los muebles no enajenables; las naves; y las cosas futuras.

De acuerdo con el art. 3730C. las cosas ajenas sólo pueden darse en prenda con el consentimiento del dueño. Si se constituye la prenda sin el consentimiento del dueño, el acreedor tiene los derechos siguientes: exigir que se le entregue otra de igual valor cuando menos para garantizar el crédito (art. 3748C.); o pedir el cumplimiento de la obligación y los daños y perjuicios sino se le entregare (art. 3749C.), aunque no estuviere vencido el plazo, ya que produce su caducidad de conformidad con los arts. 1901 inc. 2C. y 3749C. El art. de la Ley 146/92 de prenda comercial permite la prenda en bienes ajenos con previo consentimiento del dueño.

Ya vimos que la prenda es un derecho real y, como consecuencia, el constituyente debe ser propietario. Consecuencia lógica de lo expuesto sería que la prenda no puede constituirse sobre cosa ajena y la sanción debe ser la nulidad como en la hipoteca, pero no es así, ya que produce los efectos anteriores y no se da la resolución de la obligación principal si no se hace la entrega de otra en garantía, pues solamente se puede pedir su cumplimiento. Claro está que el propietario conserva la acción reivindicatoria para recuperar la cosa con las limitaciones legales.

Por el contrario solamente se pueden dar en prenda agraria o industrial los bienes taxativamente señalados en el art. 2 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial. Sería nula la prenda, con nulidad absoluta, si se constituye sobre otros bienes. Esta ley permite constituir prenda sobre cosechas futuras y sobre bie-

nes en proceso de fabricación porque al ser una prenda sin desplazamiento no se exige la entrega de la cosa al constituirse.

De conformidad con el art. 77 incs. 8 y 9 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones, se permite la preconstitución de prenda agraria o industrial sobre los bienes a adquirirse con los fondos del préstamo y la prenda industrial sobre materias primas o productos semielaborados se extenderá a los productos elaborados o manufacturados con posterioridad. Estos podrían ser vendidos dentro del plazo, pero el deudor queda obligado a sustituir constantemente las materias o productos pignorados.

En general la prenda ordinaria exige la determinación de la cosa; pero en las referidas prendas especiales se permite la indeterminación en ciertos casos.

En principio no se puede constituir una segunda prenda sobre el mismo bien por la imposibilidad de entregarla al segundo acreedor al ser entregado de previo al primero. Solamente se puede constituir con el consentimiento del primer acreedor. Para constituir una segunda prenda es preciso que ambos acreedores tengan la posesión del bien pignorado o que éste sea puesto en manos de un tercero. El orden de preferencia se determina por la fecha de constitución (art. 3737C.).

El art. 21 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial como norma general no permite constituir otra prenda sobre el mismo bien, salvo que lo consienta el acreedor. Creo que la violación de tal prohibición debe ser sancionada con nulidad absoluta.

El Código de Comercio guarda silencio sobre el problema de la segunda prenda. Pero creo que puede hacerse con el consentimiento del primer acreedor como sucede en la ordinaria.

D. Obligaciones que pueden garantizarse con prenda

En general toda obligación es susceptible de garantizarse con prenda, cualquiera que sea su origen (contractual, legal, etc.), ya sea de dar, hacer o no hacer, la simple o sujeta a plazo o condición y la natural o civil. Con la mercantil sucede lo mismo, pero solamente garantiza obligaciones de esa naturaleza. La índole de la obligación distingue la prenda civil de la mercantil.

La prenda agraria o industrial garantiza obligaciones de esta naturaleza, pero sólo las que nacen del contrato de mutuo. Esta es la razón por la cual no se puede garantizar el saldo del precio de las ventas de los automóviles u otros bienes que hacen el comercio y los particulares. La prenda comercial solamente se acepta para garantizar el pago del saldo del precio de la venta de cosas muebles o para garantizar el préstamo destinado a comprar tales cosas.

6. Efectos de la prenda

Se trata de estudiar los derechos y obligaciones que los contratantes adquieren en virtud del contrato de prenda.

A. Derechos del acreedor

El acreedor tiene varios derechos que hacen eficaz a esta garantía, a saber: derecho de retención, derecho de persecución, derecho de venta, derecho de preferencia, derecho a la indemnización por los gastos y perjuicios ocasionados por la tenencia de la cosa; y derecho a los frutos e intereses.

a) Derecho de retención

El derecho de retención le concede al acreedor la facultad de conservar la tenencia del bien pignorado hasta el pago de su crédito, según se desprende de los arts. 3740 y 3755C.

La utilidad de este derecho es muy importante: el acreedor conserva la cosa pignorada a cubierto de ocultaciones, deterioros y disposiciones de ella por parte del deudor; compele al deudor a pagar para recuperar la prenda y hacer uso de ella. Para exigir la devolución de la prenda es preciso el pago o cumplimiento total de la obligación (art. 3755C.)

De acuerdo con el art. 3741C. el deudor tiene derecho de cambiar la cosa pignorada por otra de igual o mayor valor en caso de necesidad, la cual tendrá que ser debidamente acreditada. Es una excepción a la regla de que sólo en virtud del pago o cumplimiento total de la obligación el acreedor está obligado a devolver la prenda. Claro está que devuelve la primera y recibe otra en cambio. Si el acreedor acepta el cambio se produce sin complicaciones. Si lo rechaza el juez decidirá.

Dentro del derecho de retención se suele abordar el estudio de la prenda tácita, cuyo origen se remonta al Derecho romano, en el que se reguló con amplitud, sin importar la fecha de los créditos y el momento de su exigibilidad.

El art. 3736C. contempla esta figura. Dice así: “La prenda que estuviere gravada con una deuda anterior, al contraerse después otra deuda entre el mismo acreedor y el mismo deudor, servirá de garantía para las dos deudas si no se hubiere estipulado lo contrario”.

Se funda en la voluntad presunta del acreedor: el acreedor que pide prenda es porque desconfía de su deudor y de aquí se puede colegir de que desea garantizar con la misma prenda el segundo crédito que le conceda sin necesidad de pacto expreso. Como consecuencia no se aplica, de acuerdo con el art. 3738C., si es un tercero el que da la prenda, amén de que no sería justo gravarlo

nuevamente, ni cuando el acreedor adquiere un crédito contra el deudor en virtud de cesión, subrogación o sucesión.

Los requisitos de existencia de la prenda tácita son los siguientes:

i) Una relación obligacional entre acreedor y el deudor garantizada con prenda. Por lo expuesto, si la obligación primitiva se extingue y el deudor contrae una nueva deuda con el acreedor no surgirá la prenda tácita.

ii) Una nueva y posterior obligación entre el mismo deudor y acreedor. Como consecuencia, si el crédito es anterior o no es entre las mismas partes no habrá prenda tácita.

iii) Que no se haya pactado la renuncia de la prenda tácita. Es un beneficio a favor del acreedor que puede ser renunciado.

La prenda tácita puede conceder solamente el derecho de retención o bien éste y el de preferencia, constituyendo una verdadera prenda. El Código Civil de Argentina (art. 3220) sólo concede el derecho de retención; en cambio el nuestro concede ambos derechos.

En el Derecho francés y chileno se ha formado una fuerte polémica por falta de texto expreso. Una sostiene que es una verdadera prenda que concede ambos derechos. Otros, por el contrario, piensan que no se otorga derecho de preferencia. Los juristas franceses que le niegan este derecho sostienen que la prenda tiene efectos contra terceros cuando consta por escrito y en la tácita no sucede así.

b) Derecho de persecución

El acreedor puede reivindicar la cosa pignorada en poder de quien se encuentre, sin perjuicio de las limitaciones legales. Estas limitaciones aparecen en los arts. 1441 y 1768C. De acuerdo con ellos cuando las cosas fueren hurtadas, robadas o perdidas procede la reivindicación aunque el tercero tuviere buena fe; fuera de estos casos no procede la reivindicación, si el poseedor fuere de buena fe.

El art. 3750C. consagra el derecho de persecución y se concede aun hasta contra el deudor.

La acción reivindicatoria nace del dominio. De aquí que se pueda afirmar que técnicamente el derecho de persecución no es una acción reivindicatoria, pues el acreedor es apenas un mero tenedor de la cosa pignorada.

c) Derecho de venta

El patrimonio del deudor sirve de garantía general a todos los acreedores para que se paguen mediante la subasta de los bienes. En la prenda el derecho de venta se concreta en un bien determinado afectado al cumplimiento de la obligación. Los arts. 3760C. y 514CC. consagran el derecho objeto de nuestro análisis. El art. 17 de la ley de prenda comercial en venta al tercero o la adjudicación judicial al acreedor cancela la deuda, sin que queden saldos insolutos.

El acreedor puede perseguir otros bienes diferentes al pignorado, sin que se aplique el orden de prelación consagrado en el art. 1708 Pr. para la hipoteca.

La subasta es el medio de vender el bien pignorado para pagar al acreedor. Lo puede hacer un juez o un tercero cuando así se pactó, sin necesidad de procedimiento alguno en esta última modalidad. El Código de Comercio permite la venta por medio de corredores.

De acuerdo con los arts. 3758 y 3759C. se prohíbe al acreedor apropiarse o disponer (vender, donar, permutar, etc.) del bien pignorado en el caso de incumplimiento de la obligación. Todo pacto en contrario es nulo.

La referida prohibición (proscripción al pacto comisario) no impide que al acreedor se le adjudique en pago en la subasta el bien pignorado (art. 3761C.) o lo reciba del deudor voluntariamente mediante una dación en pago. El art. 516CC. permite la dación en pago, siempre que se realice después de vencido el plazo de la obligación.

d) Derecho de preferencia.

En virtud de este derecho el acreedor pignoraticio se paga primero con el producto de la subasta y después los otros acreedores. Rompe con el principio de igualdad al pago de todos los acreedores. El art. 3732C. consagra este derecho y exige como requisito para conservar el privilegio que la cosa pignorada permanezca en poder del acreedor o de un tercero.

Para el nacimiento y subsistencia de la prenda es necesario que la posesión del bien pignorado la tenga el acreedor. Cuando pierda la tenencia sin su voluntad no se pierde el privilegio y puede reivindicar la cosa. Por el contrario, si se desprende de la prenda voluntariamente se pierde la preferencia.

Según lo disponen los arts. 3762 y 3764C. este derecho cubre el producto de la venta y se extiende a todos los accesorios y aumentos de la cosa pignorada (mejoras, frutos, etc.). Son protegidos también por los derechos de retención y venta los accesorios y aumentos.

e) Derecho a la indemnización por los gastos y perjuicios causados por la tenencia del bien pignorado.

En la conservación del bien pignorado el acreedor puede hacer gastos o recibir perjuicios, los que debe de reembolsar el deudor. Los gastos reembolsables son los necesarios para la conservación de la prenda y los causados por mejoras que le dieron mayor valor (arts. 3743 y 3751C.).

f) Derecho a los frutos e intereses

De acuerdo con el art. 3752C. el acreedor tiene el derecho a percibir los frutos e intereses, debiendo imputarlos primero a los intereses si se debieran y después al capital.

Se ha visto en este derecho una especie de usufructo y además se estima que el acreedor está obligado a recibir los frutos e intereses. Pero esta apreciación es errónea, pues el citado artículo establece un derecho y no una obligación.

B. Obligaciones del acreedor

Dos son las obligaciones fundamentales del acreedor: conservar la cosa pignorada y devolverla después de pagada la obligación.

a) Obligación de conservar la cosa

El acreedor prendario no es dueño de la cosa pignorada, ni siquiera poseedor, sino un mero tenedor obligado a devolverla al extinguirse la obligación. Mientras la devuelve y permanezca en su poder debe cuidarla con diligencia (la general). De acuerdo con el art. 3744C. responde de cualquier pérdida o deterioro de la cosa pignorada que acontezca por su culpa.

El derecho de retención no lo autoriza a usar el bien pignorado. De aquí que lo prohíba el art. 3745C. Pero se permite el uso con la autorización del deudor. De acuerdo con los arts. 3746 y 3747C. cuando el acreedor abusare de la cosa pignorada será responsable de los daños y el deudor tendrá derecho a pedir que sea depositada en tercera persona.

b) Obligación de devolver la cosa

El art. 3755C. dispone que el acreedor debe devolver la cosa pignorada al dueño en el acto de ser pagado o de cumplirse la obligación.

C. Obligaciones del deudor

La prenda es contrato unilateral del que surgen en el momento de su perfeccionamiento solamente obligaciones del acreedor, pero con posterioridad es posible que nazcan obligaciones a cargo del deudor con relación a la cosa pignorada; saber: gastos de conservación de la cosa (arts. 3743 y 3751C.) y los

daños y perjuicios causados durante la tenencia. Estos últimos se rigen por las reglas generales de la responsabilidad porque el Código Civil no dispuso nada especial en el capítulo de la prenda.

En la prenda agraria o industrial (sin desplazamiento), el deudor es el obligado a cuidar y conservar la cosa. Varias son las obligaciones, deberes y prohibiciones, que contrae con relación a la cosa: debe hacer los gastos de conservación, reparación, administración y recolección en su caso; tiene los deberes y responsabilidades de un depositario; no puede gravar con prenda los bienes, sin consentimiento del acreedor (art. 21 LPAI); y no puede venderlos sin los requisitos del art. 27 LPAI. El art. 39 LPAI consagra sanciones penales para el incumplimiento de las obligaciones del deudor.

7. Transferencia del derecho de prenda

La prenda se transmite junto con el crédito. No se puede hacer en forma independiente. La prenda se transmite por medio de endoso (art. 8 LPAI).

8. Extinción de la prenda

Como en la hipoteca, la prenda se extingue en forma directa o indirecta.

A. Extinción por vía indirecta

La extinción en vía indirecta está consagrada en el art. 3770 inc. 1C. Es una aplicación especial para la prenda del principio general establecido en el art. 1877C. de que extinguida la obligación principal se extingue la accesoria.

B. Extinción por vía directa

Se extingue por vía directa:

a) Al destruirse completamente la cosa empeñada, de acuerdo con el art. 3770 inc. 2C. De acuerdo con el art. 3 LPM, en el supuesto de destrucción el acreedor prendario hará valer su privilegio sobre la indemnización del seguro de la cosa pignorada, sobre la que le corresponde pagar al responsable por pérdidas o deterioros o sobre la proveniente de la expropiación.

b) Por confusión, al pasar a ser del acreedor el objeto pignorado por cualquier título (art. 3770 inc. 3C.). No se concibe el derecho real de prenda sobre cosa propia y se produce la extinción por confusión.

c) Cuando se extingue el dominio del constituyente en virtud de una condición resolutoria. Pero el acreedor de buena fe puede pedir otra cosa en garantía prendaria y si no fuere dada por el deudor se tendrá por vencido el plazo y puede

demandar el cumplimiento de la obligación más los daños y perjuicios. Así se desprende de los arts. 3748,3749 y 3770 inc. 4C.

d) Por la remisión de la prenda. Aparece consagrada en los arts. 2137 y 3769C. y disponen que la remisión de la prenda no causa ni presume la remisión de la deuda.

Se puede verificar la remisión por medio de la devolución voluntaria que hace el acreedor del bien pignorado. La tenencia de éste en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria (o sea la remisión), salvo prueba en contrario (arts. 2137 y 2138C.).

CAPITULO XVI LA HIPOTECA

SUMARIO: 1. Breve historia.- 2. Concepto.- 3. Su importancia.- 4. Caracteres: A. Es un derecho real.- B. Es un derecho accesorio. - C. Es un derecho indivisible.- D. No produce desplazamiento del bien.- 5. Clases de hipoteca.- 6. Características del contrato de hipoteca: A. Es unilateral. B. Es accesorio. C. Puede ser gratuito u oneroso. D. Se puede celebrar con un tercero. E. No es solemne.- 7. Elementos del contrato hipotecario: A. Consentimiento. B. Capacidad para enajenar. C. Objeto. D. Obligaciones que puedan garantizarse con hipoteca. E. Causas.- 8. Efectos de la hipoteca: A. Con relación a los bienes hipotecados. B. Con relación al dueño del bien hipotecado. C. Con relación al acreedor: a) Derecho de venta. b) Derecho de persecución: i) Concepto; ii) Los terceros adquirentes; iii) Procedimiento. c) Derecho de preferencia.- 9. Extinción de la hipoteca: A. Clases de extinción. B. Extinción por vía consecucional: a) Pago. b) Novación. c) Otros medios. C. Extinción directa o principal: a) Renuncia de la hipoteca. b) Pérdida de la cosa. c) Condiciones y plazos. d) Derechos resolubles o condicionales. e) Expropiación. f) Hipoteca de parte indivisa. g) Purga de las hipotecas.

1. Breve historia

El Derecho helénico conoció la hipoteca pero con características diferentes a las del Derecho romano. En éste las hipotecas eran ocultas y generales (afectaban todos los bienes del deudor). En aquél, por el contrario, se logró un sistema de publicidad por medio de piedras o tablas colocadas en el fundo, en las cuales se consignaba el nombre del deudor y del acreedor, el bien gravado y el monto de la deuda.

En el Derecho romano se aplicó originalmente tanto a bienes muebles como a inmuebles, aunque después se empleó solamente sobre éstos, pasando con esta limitación al derecho moderno: la hipoteca sobre inmuebles y la prenda sobre muebles. En la actualidad, sin embargo, se reconoce la hipoteca mobiliaria y ambas garantías tienden a encontrarse de nuevo.

En nuestro derecho se puede constituir hipoteca sobre aeronaves, buques y frutos de los inmuebles. Las naves abren folio en el registro de inmueble y todos los títulos inscribibles sobre ella se asientan en él, incluyendo la hipoteca, según lo disponen los artículos 3799 inc. 7, 3936C. y otros. Es, pues, un registro de propiedad y no de gravámenes.

La hipoteca de las naves aéreas fue creada por el Código de Aviación Civil del 18 de mayo de 1956, complementado por un Reglamento del Registro de la Propiedad Aeronáutica del 20 de mayo de 1958. De conformidad a estos cuerpos legales a la aeronave se le abre un folio real en el cual se asientan los títulos inscribibles, incluyendo la hipoteca. Es un registro de propiedad y no de gravámenes. También contemplan la posibilidad de dar en prenda e inscribirse, las hélices, motores de las aeronaves y otros

equipos de repuestos. Para este efecto el Reglamento regula la forma de llevar un libro de Registro de Prenda.

2. Concepto

El art. 3771 define la hipoteca así: “La hipoteca es un derecho constituido sobre los inmuebles o derechos reales del deudor o de un tercero en beneficio de un acreedor para asegurar sobre los mismos el cumplimiento de la obligación”.

Cayó en el peligro que encierra toda definición (*Omnis definitio in jure civile periculos a est*), ya que es incompleta por no abarcar las principales características de la figura en estudio.

Intentaremos hacer una definición descriptiva de acuerdo a nuestro Código Civil, atendiendo a su naturaleza (real) y no a su origen, que puede ser contractual, legal o judicial de conformidad a las regulaciones de cada país.

La hipoteca es un derecho real constituido sobre un inmueble o derecho real que permanece en poder del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación, otorgándole el acreedor el derecho de perseguir el fundo en manos de quien lo posea y pagarse con preferencia el crédito con el producto de su venta o mediante la adjudicación en pago.

3. Su importancia

La hipoteca es la reina de todas las cauciones, reales y personales. En ella el acreedor encuentra mayor seguridad, pues además de los derechos que concede (venta, preferencia y persecución), los inmuebles son más duraderos y su precio bastante estable. Por otra parte, el deudor puede disponer del inmueble, lo mismo que trabajarlo en beneficio de su patrimonio. Facilita la obtención de créditos y su seguridad ha sido tan efectiva que son muchos los millones de dinero que garantiza.

4. Caracteres

En nuestro Derecho la hipoteca presenta las características siguientes: es un derecho real; es un derecho accesorio; es indivisible; no produce desplazamiento del bien gravado. De todas ellas haremos la respectiva revisión.

A. Es un derecho real

Aunque no aparece en la definición legal que de la hipoteca hace el art. 3771C., a texto expreso el art. 602C. consagra su calidad real. Este derecho se encuadra dentro de los derechos reales de garantía

Es bueno expresar que parte de la doctrina le niega ese carácter. La respaldan varios autores entre ellos Carnelutti que la reclama para el Derecho Procesal.

La más amplia clasificación de los derechos reales distingue: el derecho real de dominio y los derechos reales constituidos sobre cosas cuya propiedad pertenecen a otra persona (*iura in re aliena*). Estos a su vez se clasifican, atendiendo a su función económica, en derechos reales de disfrute (usufructo, uso, habitación y servidumbre) y en derechos reales de garantía o de realización de valor (hipoteca, prenda y anticresis, aunque esta garantía va acompañada del disfrute).

B. Es un derecho accesorio

Es un derecho accesorio porque necesita para su nacimiento y subsistencia de una obligación principal a la cual garantiza. La hipoteca es hija de la obligación (*Hypotheca est obligationis filia*), reza un aforismo latino. Este carácter se deduce de la definición legal y aparece en forma explícita en los arts. 1844 y 3862C. e implícita en los arts. 1877, 2045, 2065, 2106 y 2131C.

Nuestro derecho, pues, se afilia a la tradición romana de la accesoriedad de la hipoteca, recogida en el Código Civil y francés y el español, aunque reconoce y regula la hipoteca de cédula.

Es conveniente destacar que un sector de la doctrina moderna ataca la accesoriedad de esta garantía, denominado por Heck como el dogma de la accesoriedad.

C. Es un derecho indivisible.

Aparece formulado en el aforismo que dice: *Hypotheca est tota in toto et in qualibet parte, tanquam indivisibilis* (la hipoteca, como indivisible que es, está toda en el todo y toda en cualquiera de sus partes).

El art. 3776C. consagra este carácter. Dice: “La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”. Tiene sus manifestaciones concretas en los arts. 3843, 3845, 3849, 3863C. y otros.

La indivisibilidad de la hipoteca pertenece a la naturaleza de ésta y no a su esencia encontrándose establecida a favor del acreedor, por lo que éste bien puede renunciarla.

La indivisibilidad se manifiesta con relación a los bienes hipotecados y con relación al crédito garantizado.

a) Con relación a los bienes hipotecados

i) La acción hipotecaria se dirige contra el que posea en todo o en parte el inmueble hipotecado. Si al heredero Juan se le adjudica el inmueble hipotecado, contra éste se dirige la acción. Si el inmueble se divide y se adjudica un lote a Pedro, otro a José y el tercero a Diego, la acción se puede dirigir sobre el total del crédito en cada uno de los lotes o en todos. Así se desprende de los arts. 3843 y 3845C.

ii) Si son varios los inmuebles hipotecados, el acreedor podrá perseguir a todos ellos o al que elija.

b) Con relación al crédito

i) La extinción parcial del crédito deja subsistente la hipoteca en su totalidad. No se produce una liberación parcial o proporcional del inmueble hipotecado. El art. 1978C. dispone que cualquiera de los acreedores originarios, o los que lo sean por sucesión o por contrato, pueden exigir de cada uno de los codeudores, o de sus herederos, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible.

ii) Si son varios los inmuebles hipotecados, la extinción parcial del crédito, no concede derecho al deudor para pedir la liberación de alguno o algunos de ellos, a pesar del art. 3785C., que dispone que cada vez que el deudor hace un pago parcial cuando sean varias las fincas hipotecadas tiene derecho a exigir la reducción de la hipoteca, correspondiéndole a él hacer la imputación salvo pacto en contrario, porque se opone al principio de la indivisibilidad. No obstante la liberación de una o más hipotecas puede pactarse porque la indivisibilidad es de la naturaleza de la hipoteca y no de su esencia.

iii) El codeudor o coheredero que paga su porción no puede pedir la cancelación, ni aun en parte, de la hipoteca. Asimismo el coacreedor o coheredero a quien le ha sido satisfecho el crédito no puede cancelar la hipoteca ni aun en parte. Así se desprende del art. 3866C.

D. No produce desplazamiento del bien

Este carácter no aparece consagrado en forma expresa en la definición legal ni el resto del articulado, pero sí en forma implícita.

La naturaleza inmobiliaria del objeto hipotecado y el no desplazamiento son elementos fundamentales para distinguir a esta garantía de la prenda; aunque en el derecho moderno ambos han perdido valor, tanto porque la hipoteca mobiliaria sin desplazamiento ha adquirido un gran auge por el desarrollo que ha tenido la publicidad de los bienes muebles identificables y de importante valor, cuanto porque se reconoce la prenda sin desplazamiento.

La distinción del derecho intermedio de bienes muebles e inmuebles ha sido sustituido por la de bienes registrables y no registrables.

Son muchas las legislaciones que regulan la hipoteca mobiliaria sobre bienes identificables y de importante valor, dejando para la prenda los bienes no identificables.

5. Clases de hipoteca

Del derecho comparado o histórico podemos extraer las clasificaciones siguientes: atendiendo a su origen las hipotecas pueden ser convencionales, legales y judiciales, según se constituyen por las partes, la ley o el decreto judicial; considerando su extensión con relación a los bienes pueden ser generales si afectan a todos los bienes del deudor y especiales si sólo afectan a uno o más bienes determinados; y atendiendo a la publicidad, pueden ser pública u ocultas.

Las hipotecas generales u ocultas son rechazadas por el derecho hipotecario moderno. El Código Civil anterior y el actual las eliminaron. Este las suprimió al establecer en el art. 3773C. el principio de la especialidad de la hipoteca y formular además un sistema registral incompatibles con ellas.

La dicotomía del principio de especialidad se extiende a las cosas hipotecadas y al crédito. Exige que ambos elementos sean determinados. Por consiguiente, sólo se puede constituir hipoteca sobre cosa o cosas especialmente determinadas y por una suma de dinero también cierta y determinada. Cuando la prestación no consistiere en dinero se hará una valoración estimativa en dinero. La nulidad que produce la violación del principio de especialidad es absoluta.

El Código Napoleónico estableció las hipotecas convencionales, legales y judiciales. Estas se conceden: cuando el deudor es condenado por sentencia a cumplir una obligación; cuando el deudor reconoce forzada o voluntariamente un documento privado.

Tanto el Código Civil anterior como el vigente no aceptan las hipotecas legales y judiciales, sólo reconocen las convencionales, aunque el último acepta por excepción algunas legales; a saber: la constituida sobre los bienes raíces adjudicados a los comuneros para garantizar el pago de los alcances que resultan en contra de los adjudicatorios, establecida en los arts. 1564 y 1566 Pr.; la constituida en virtud del crédito refaccionario, regulada en el art. 47 del RRP.; y la establecida en contra del inmueble retenido por resolución judicial firme, regulada en el art. 1426 Pr. Pero todas estas hipotecas legales son *sui generis*. Son especiales y no se constituyen por el sólo ministerio de la ley. Necesitan de la inscripción en el registro para que tengan efecto contra terceros. También contempla la posibilidad de que la hipoteca surja de una resolución judicial, como el caso regulado en el art. 70 Pr., pero también esta hipoteca es especial y requiere de inscripción para afectar a los terceros. En el divorcio contencioso, antes de

la vigencia de la actual Constitución que consagra el divorcio por voluntad de una de las partes dejando inoperante al contencioso, se exigía fianza o hipoteca para garantizar las obligaciones de los padres hacia los hijos, según puede verse en los arts. 178C. y 1520 Pr.

El Código Civil anterior sólo reconocía la hipoteca convencional, pero la obligación de constituir hipoteca podía resultar de la ley y de una resolución judicial, según puede verse en los arts. 90,375,376, 932, 755 y 1315. No obstante, la hipoteca siempre era contractual, cualquiera que hubiese sido el origen de la obligación de constituirla (legal o judicial), tal como sucede con la fianza, como lo hemos expuesto en el capítulo de esa caución.

En resumen, si se desea clasificar la hipoteca de ambos cuerpos legales en convencionales, legales y judiciales deberá fundamentarse en el origen de la obligación de constituir la garantía, salvo el caso de las hipotecas legales del actual Código con las características apuntadas.

6. Características del contrato de hipoteca

La hipoteca es un contrato en virtud del cual el deudor o un tercero le otorga al acreedor el derecho de hipoteca sobre el inmueble de su propiedad.

Es generalmente unilateral, oneroso o gratuito, no solemne y puede celebrarse entre un tercero o el deudor y el acreedor. A continuación nos referimos a cada una de estas características.

A. Es unilateral

Normalmente el único obligado es el deudor o tercero constituyente. De aquí se sigue que generalmente es unilateral. No obstante, si también se obliga al acreedor: remuneración al tercero constituyente, reducción de la tasa de interés o del plazo del deudor, etc., entonces se troca en bilateral.

Ya sabemos que tiene importancia práctica determinar si el contrato es uni o bilateral. Si es lo primero, no cabe la resolución del contrato. Si es lo segundo, se da la resolución.

B. Es accesorio

Es accesorio porque supone una obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza. Tal carácter resulta de la función de garantía que desempeña.

C. Puede ser gratuito u oneroso

El tema es difícil y polémico, por lo que un buen número de autores rehuyen abordarlo. Solamente haré una breve exposición. Generalmente el contrato

de hipoteca es oneroso, pero en algunos casos es gratuito. Esta es una cuestión que es preciso investigar detenidamente.

Si el contrato hipotecario es bilateral, no existe duda de su onerosidad, porque hay prestaciones recíprocas. Cuando es unilateral surge la duda de si es oneroso o gratuito. Por eso es preciso distinguir: Si la otorga un tercero sin remuneración es gratuito. Cuando la otorga el deudor es oneroso.

D. Se puede celebrar con un tercero

Generalmente el contrato de hipoteca se celebra entre el deudor y el acreedor, pero podría otorgarse entre éste y un tercero, surgiendo lo que en la doctrina se denomina fianza real. De aquí que por analogía con la fianza le concedan al tercero constituyente derechos que son propios del fiador.

Es bueno advertir que el tercero no está obligado personalmente. La hipoteca del tercero la consagra expresamente el art. 3800C.

E. No es solemne

A diferencia de otras legislaciones (Chile, Colombia, etc.) el contrato de hipoteca no es solemne.

El art. 3772C. dispone que la hipoteca debe constituirse por escritura pública y además inscribirse. Pero ni la escritura es requisito para su existencia (formalidad ad solemnitaten), ya que de fallar se puede suplir exigiéndole al constituyente el otorgamiento de acuerdo con el art. 2481C., ni la inscripción es constitutiva del derecho real de hipoteca o solemnidad esencial de acuerdo con el art. 3816C. y otros.

7. Elementos del contrato

La hipoteca, como todo contrato, debe reunir los requisitos legales siguientes: consentimiento, capacidad, objeto y causa; que pasaremos a estudiar.

A. Consentimiento

El consentimiento debe manifestarse en escritura pública, pero este requisito como ya vimos no le da el carácter de solemne.

Nuestro Código Civil no admite la declaración unilateral de voluntad como fuente de la hipoteca y de las obligaciones en general. Por el contrario, en otras legislaciones se acepta la hipoteca unilateral como en España, México e Italia.

El acreedor no necesita aceptar la hipoteca en escritura pública en forma expresa. Se puede aceptar la hipoteca en forma tácita y con posterioridad a su otorgamiento,

como sucedería cuando se libra un testimonio de la hipoteca a su favor. La Corte Suprema de Justicia admite esta aceptación tácita¹.

B. Capacidad para enajenar

El Capítulo II, Título XXIII, Libro II, del Código Civil trata de la capacidad y objeto de la hipoteca.

Para hipotecar es necesario tener capacidad de obligarse y de enajenar, y ser propietario del inmueble hipotecado. Así lo dicen a texto expreso los arts. 3797 y 3798C.

El acreedor que voluntariamente cancela la hipoteca también debe tener capacidad de enajenar. Así lo dispone el art. 3878C.

La capacidad de obligarse es diferente a la de enajenar. Son dos capacidades que deben concurrir en la constitución de la hipoteca. De tal suerte que es posible que la obligación principal sea válida por haber concurrido la capacidad de obligarse en el constituyente y nula la accesoria (hipoteca) por no tener éste capacidad de enajenar.

La capacidad de enajenar se deriva de la característica de que la hipoteca constituye un principio de enajenación (venta eventual del inmueble). En realidad, toda deuda que se contrae puede conducir a una enajenación; pero en la hipoteca esa posibilidad aparece concretada y eficientemente asegurada. De aquí la exigencia de tal capacidad especial.

Los incapaces no pueden hipotecar por sí mismos. Es preciso que se llenen los requisitos y formalidades legales.

La hipoteca celebrada por un incapaz puede ser ratificada cesando la incapacidad, según lo dispone el art. 3797C. Si la hipoteca la constituye un tercero y se anula la obligación por una excepción personal (minoría de edad), será válida la hipoteca, por disponerlo así el art. 3801C.

C. Objeto

El art. 3799C. señala en forma amplia los bienes que pueden hipotecarse; a saber: los inmuebles; los derechos reales enajenables, como el usufructo y la hipoteca (hipoteca sobre hipoteca), pero no el uso, habitación y servidumbre en forma independiente, porque no pueden enajenarse, regulando tal prohibición respecto a los dos primeros el art. 1548C.; el edificio construido en fundo ajeno; los frutos de los inmuebles; la nuda propiedad, la que una vez consolidada por la extinción del usufructo, quedará afectado por la hipoteca, salvo pacto en contrario; las naves, los pastos aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real; los bienes litigiosos, siempre que se haya anotado la demanda o se haga constar en

¹. S. 9 a.m. del 21 de Diciembre de 1934, B.J. p. 8844; S. 11.45 a.m. de 21 de Diciembre de 1934, B.J.p. 8865

el registro que el acreedor tenía conocimiento del litigio; los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras.

Como ya expresamos, el art. 3798C. no permite la hipoteca de cosa ajena. Si se constituye sería nula, con nulidad absoluta. Esta solución es diferente a la dada a la venta de cosa ajena, que es relativa. Son soluciones no compatibles porque en nuestro sistema ambos derechos se constituyen por el contrato y si no se tiene el dominio en el momento de su celebración serán nulos por faltar el objeto y el dominio en que pueda recaer la transmisión o constitución. De acuerdo con esta idea la venta o la hipoteca de cosa ajena son nulas en forma absoluta. A pesar de lo expuesto en la doctrina francesa se discute si la venta de cosa ajena produce nulidad absoluta o relativa. En los países en donde rige el sistema del título y el modo las soluciones varían: algunos aceptan la validez de la venta y de la hipoteca de cosa ajena y otros consideran con nulidad relativa la venta de cosa ajena y con nulidad absoluta la hipoteca de cosa ajena. Generalmente aceptan la validez de la venta.

El carácter absoluto de la nulidad aparece reforzado en el art. 3805C. que establece que no se validará la hipoteca ni por adquisición ulterior del inmueble ajeno hipotecado por el constituyente ni por sucederle como heredero el dueño del inmueble hipotecado al constituyente.

La hipoteca sobre usufructo concluye por la extinción del usufructo por hecho ajeno a la voluntad del usufructuario (plazo, cumplimiento de la condición, muerte, etc.). Por el contrario, si fuere por su voluntad (renuncia, etc.) subsistirá la hipoteca hasta la conclusión normal del usufructo.

D. Obligaciones que pueden garantizarse con hipoteca

Nuestro Código Civil es amplio en esta materia. Se pueden garantizar las obligaciones de dar, hacer o no hacer, las simples, las obligaciones sujetas a condición suspensiva o resolutorias y en cuanto a su origen las contractuales, cuasicontractuales, delictuales, cuasidelictuales y legales.

También la hipoteca misma se puede constituir bajo cualquier condición (suspensiva o resolutoria o hasta un día cierto (hasta el día 3 de Mayo de 1989) o desde un día cierto (desde el día 1 de Enero de 1989).

El principio de especialidad, como ya vimos, en cuanto al crédito, exige que cuando el crédito es condicional, indeterminado en su valor (cuenta corriente) o eventual, o si la obligación consistiere en una obligación de hacer o no hacer, o en las prestaciones de especies, es necesario declarar un valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. Así se desprende de los arts. 3773 y 3783C.

El que enajenó el inmueble bajo condición resolutoria (por ejemplo, pacto de retro venta) no puede hipotecarlo antes del cumplimiento de la condición, o sea, antes de volverlo a adquirir. Así lo dispone el art. 3795C.

La cláusula de garantía general hipotecaria que consiste en que el fundo hipotecado no sólo responde del crédito que actualmente se contrae sino de los futuros que el acreedor pueda otorgarle al deudor, no es admisible ya que por su indeterminación en cuanto al crédito se opone al principio de especialidad. La Corte Suprema dijo que los arts. 3773,3783 y 3832C. no permite la constitución de una hipoteca común en garantía de futuros créditos en cuenta corriente, siendo la duración de la hipoteca por tiempo indefinido o por períodos de cinco o diez años, mientras que los créditos se otorgan y cancelan anualmente.²

E. Causa

Para determinar la causa es preciso distinguir si el constituyente es el deudor o el tercero.

Si la hipoteca la constituye el deudor, que es lo de general ocurrencia, su causa será la misma de la obligación principal, ya sea que se constituya simultáneamente o con posterioridad, aunque un sector doctrinal en este último supuesto considera que la causa será el cumplimiento de la obligación de garantía asumida en el contrato (causa solvente).

Cuando la garantía es otorgada por el tercero se pueden presentar varias situaciones. Generalmente el tercero se limita a constituir la hipoteca, sin expresar causa, por lo que hay que buscarla en las relaciones del constituyente con el deudor, pero la hipoteca es abstracta para el acreedor con relación a ellas, permaneciendo extraño a su nacimiento. Cuando el tercero no recibe beneficio alguno a cambio de la hipoteca, la causa será la mera liberalidad. Si recibe beneficio del deudor, la causa será la obligación que éste contrajo.

Cuando el acreedor paga o promete remuneración al tercero, el contrato deja de ser abstracto. En la promesa de remuneración, ésta sería la causa para el tercero y la del acreedor la constitución de la hipoteca. En caso de incumplimiento se podría resolver el contrato.

8. Efectos de la hipoteca

El estudio de los efectos lo haré de acuerdo a la división siguiente: a) con relación a los bienes hipotecados; b) con relación al dueño del bien hipotecado; c) con relación al acreedor.

A. Con relación a los bienes hipotecados

De acuerdo con el art. 3774C. la hipoteca se extiende: a) a todos los accesorios mientras estén unidos al principal (frutos civiles y naturales pendientes, edificios, etc.); b) a las mejoras naturales (aluvión, avulsión, etc.), accidentales (apertura de una calle que

². Cta. 10 de Abril de 1956, p. 18363.

aumente el precio del inmueble) y artificiales (las que hace el dueño); c) a las construcciones sobre terrenos vacíos; d) a las ventajas que resultan de la extinción de la carga y servidumbre que pesaban sobre el inmueble; e) a los alquileres o rentas debidos por el arrendatario; f) al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble.³ El artículo citado excluye de la hipoteca al inmueble que ha sido fusionado con el hipotecado.

También de acuerdo con el art. 19 de la Ley de Expropiación y art. 3779C., el precio que se obtiene por la expropiación quedará afecto a la hipoteca.

Cuando el edificio se destruyere no se extenderá la hipoteca a los materiales y si de nuevo se constituye vuelve a ser gravado, según los dispone el art. 3871C.⁴

B. Con relación al dueño del bien hipotecado

El Código Civil dedica un capítulo a estas relaciones.

El dueño del inmueble hipotecado continúa siendo propietario y poseedor del inmueble. Tiene el uso, disfrute y dominio. El art. 3836C. expresa que el deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad.

Como consecuencia de lo expuesto, el propietario puede arrendar, vender, hipotecar, lo mismo que constituir usufructo, uso y habitación o servidumbre sobre el inmueble hipotecado.

No obstante, el dueño del inmueble hipotecado tiene que proceder en la realización de los actos materiales o jurídicos en forma tal que no redunden en perjuicio del acreedor por la disminución de su valor, dejando disminuida la garantía. Con relación a los primeros, por ejemplo, el dueño no puede alterar la sustancia del inmueble, demoler edificios, hacer construcciones que dañen el edificio, cambiar la explotación en evidente detrimento de su valor, etc.

Para asegurar el cumplimiento del art. 3836C. se establece dos formas de proceder: cuando no se han consumado los actos, pero existe un principio de ejecución o ésta es inminente, los acreedores simples, a plazos o condicionales tienen derecho a evitar el daño pidiendo las medidas adecuadas (secuestro, depósito, etc.) contra dichos actos; si ya el detrimento fue consumado y el inmueble no diere plena garantía, los acreedores también simples, a plazos o condicionales, pueden pedir la estimación del deterioro y el depósito de lo que importe, o pedir un suplemento a la hipoteca (una nueva hipoteca u otra caución). La primera solución la establece el art. 3837 y la segunda el art. 3838C.

³. Art. 3778C.

⁴. El art. 3778C. entra en oposición con el art. 3871C., ya que afecta no sólo al valor del seguro, sino también a los restos del inmueble destruido.

El acreedor puede proceder en la misma forma indicada en el art. 3838C. cuando el propietario del fundo o de un edificio enajena los muebles accesorios a un adquirente de buena fe.

En los casos anteriores el acreedor puede pedir el vencimiento del plazo, por así disponerlo el art. 3840C.

En caso de enajenación o hipoteca que desmejore el inmueble se podría exigir seguridad del deudor y mientras no se otorguen el acreedor puede pedir el secuestro del inmueble. Así se dispone en el art. 3841C.

C. Con relación al acreedor

La hipoteca le concede al acreedor tres derechos sustanciales: derecho de venta; derecho de persecución; y derecho de preferencia. De ellos trataremos luego.

a) Derecho de venta

La hipoteca, cuya función social es garantizar el cumplimiento de una obligación principal, otorga el derecho de vender el inmueble y pagarse con el producto si el deudor no cumple con la obligación. Se desprende de los arts. 3792, 3777C. y otros.

Los bienes hipotecados se venden en pública subasta. Pueden ser adquiridos por terceros o adjudicados al acreedor en subasta, todo de acuerdo con los procedimientos ejecutivos regulados en el Código de Procedimiento Civil. La venta puede realizarse si el inmueble permanece en poder del tercer poseedor.

Se prohíbe lo que la doctrina denomina el pacto comisorio que consiste en una autorización al acreedor para apropiarse del inmueble por incumplimiento de la obligación. Responde a la figura del *pactum de lex comisorio* del Derecho romano, prohibido por el emperador Constantino. Así se desprende del art. 3789C. Sería nula la cláusula del contrato hipotecario y no todo él, como aparentemente se deduce de este artículo. El pacto de marras no se opone a la venta o dación en pago a favor del acreedor.

Se puede renunciar a los trámites del juicio ejecutivo, en cuyo caso el Código de Procedimiento Civil señala un procedimiento violento en el que la oposición se reserva a un juicio posterior, aunque se permite cierta oposición respecto a los presupuestos procesales⁵ y a la extinción de la deuda o el no vencimiento del plazo documentado en escritura pública o mediante otra prueba irrefragable.⁶

El art. 1708 Pr. establece un orden de prelación sobre los bienes que se han de embargar para evitar abusos y perjuicios en contra del deudor, denominado *beneficium*

⁵. S. 12 m. del 8 de Octubre de 1951, B.J.,p. 15707.

⁶. S. 10 a.m. del 4 de Octubre de 1932, B.J.,p. 8114.

prelationis o de orden. Esta prelación funciona así: si hay bienes hipotecados se debe proceder contra ellos en primer lugar, a menos que el deudor presentare otros y el acreedor se conformare, en cuyo caso en éstos se trabará el embargo y la hipoteca no se cancelará hasta que estuviere satisfecho el crédito y costas; no habiendo bienes hipotecados y no designado bienes ni el acreedor ni el deudor se procederá a embargar bienes respetando el orden que señala la mencionada disposición.

Manresa justifica el fundamento de la prelación de esta suerte: “Justo es que teniendo la prelación y ventajas que da este contrato y mientras sea suficiente la garantía aceptada por el acreedor, no se permita seguir otros bienes del deudor, aunque sean de más fácil realización, porque podría ser en perjuicio de otros acreedores, y porque así se cumple lo pactado entre ambos”⁷.

La Suprema ha dicho que el principio general de que todos los bienes del deudor son garantía de sus acreedores sufre excepción en el caso de hipoteca, pues entonces deben perseguirse en primer término los bienes hipotecados y sólo en caso de insuficiencia de esos bienes, después de realizada la venta, pueden perseguirse otros, en virtud de un convenio tácito entre el deudor y acreedor. Sólo en el caso de que el deudor presente otros y el acreedor se conformare, se trabará en estos el embargo. Este supuesto convenio no existe en la realidad. Es muy raro que algún acreedor haya pensado en renunciar a perseguir otros bienes, menos aún los hipotecarios que son más diligentes en garantizarse.⁸

b) Derecho de persecución

i) Concepto

El acreedor tiene dos acciones: la personal que se dirige contra el deudor y la hipotecaria que se endereza contra el tercer poseedor de la finca hipotecada. Cuando el bien se encuentra en manos del deudor la acción personal y la hipotecaria se confunden. Si el bien aparece en poder de un tercer poseedor, en virtud de venta o por ser un tercero no obligado, surge la acción hipotecaria.

El art. 3844 inc. 1C. que consagra el derecho de persecución, dice: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”. Se confirma lo expuesto en el art. 3843C.

El derecho de persecución se ejercita a través de la acción de despojo regulada en el Código de Procedimiento Civil como un juicio especial.

ii) Los terceros adquirentes

⁷. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1957. Tomo VI, p. 440. Cfr. Enrique Jiménez Asenjo. El embargo. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1956, p. 27 sigts.
⁸. S. 10 a.m. del 7 de Noviembre de 1933, B.J., p. 8376; S. 12m. del 17 de Febrero de 1954, B.J., p. 16809.

Son terceros poseedores los que en virtud de enajenación adquieren el inmueble sin obligarse personalmente o los que hipotecan en garantía de una obligación a cargo de otra persona.

La enajenación puede ser a título oneroso o gratuito y referirse a todo el bien, a una parte o a una desmembración, según lo dispone el art. 3842C.

iii) Procedimiento

El Código de Procedimiento Civil regula el procedimiento que debe seguirse para usar del derecho de persecución bajo el nombre de acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada. Difiere del que se sigue en contra del deudor por las posiciones diferentes que ocupan con relación al adeudo, pues ya hemos visto que el tercero no es deudor obligado.

De acuerdo con el art. 1476 Pr. se le notifica previamente al tercer poseedor para que pague la deuda o abandone ante el juzgado la propiedad hipotecada, para lo cual se le concede un plazo de diez días.

Dentro de ese plazo el tercer poseedor puede tomar tres actitudes: pagar la deuda, abandonar el inmueble o ni abandonar ni pagar. En este último caso surge la acción de desposeimiento propiamente dicha. Durante este plazo no puede oponer excepciones, lo que tendrá que hacer en el juicio ejecutivo u ordinario en que se ejercite la acción de desposeimiento, según tenga o no título ejecutivo. Así lo confirma la Corte Suprema de Justicia.⁹

Pasemos al estudio de cada actitud.

- El tercer poseedor paga

El tercer poseedor no contrae obligación con el deudor y si paga satisface una deuda ajena, por lo que debe ser reembolsado por el deudor.

Los arts. 2042 inc. 2 y 3845 inc. 2C. beneficia con la subrogación en los derechos del acreedor el pago que hace el tercero.

- Abandono del inmueble hipotecado

El tercer poseedor puede abandonar el inmueble y liberarse del juicio, cesando su responsabilidad por ese acto, ya que él no está personalmente obligado, sólo se encuentra vinculado a la garantía hipotecaria en razón de poseer el inmueble. El abandono no trasmite aquel el dominio al acreedor, por lo que el juez tendría que sacarlo a subasta para que se pague su crédito.

⁹. S. 11 a.m. del 29 de Mayo de 1916, B.J.,p. 1193; S. 10.30 a.m. del 22 de Agosto de 1950, B.J.,p. 15198.

Lo que sobrare después de pagados los créditos hipotecarios pertenece al tercer poseedor, con exclusión del precedente propietario y acreedores quirografarios. Todo lo expuesto se desprende de los arts. 3851, 3859C. y 1478 Pr.

El deudor debe indemnizar plenamente al tercer poseedor que abandonó, incluyendo las mejoras que hubiere hecho (útiles o voluntarias). Esta indemnización plena se equipara por la doctrina a la proveniente de la evicción, por lo que le son aplicables sus principios.

- Desposeimiento del tercer poseedor

Si el tercero no abandona ni paga, se pasa al juicio de desposeimiento para despojarlo de la propiedad y hacerse el pago al acreedor, ya sea en la vía ordinaria o ejecutiva según el título que se acompañe. Para que se haga el pago debe sacarse a subasta la finca hipotecada.

En su demanda el acreedor debe pedir el despacho de mandamiento de desposeimiento y no de requerimiento de pago porque el tercer poseedor no le debe.

El tercer poseedor tiene derecho a oponerse esgrimiendo las excepciones que señala el art. 3848C.: la no existencia o extinción del derecho hipotecario, como la nulidad de la toma razón o la inenajenabilidad de la deuda.

No goza del beneficio de excusión. De conformidad con los arts. 3845 inc. 1 y 3849C. el tercer poseedor no tiene derecho a pedir que se persiga primero a los deudores personales.

Cuando fuere desposeido será plenamente indemnizado por el deudor, con exclusión de las mejoras, según se desprende de los arts. 3845 inc. 3 y 3852C.

La acción de desposeimiento cesa y, como consecuencia, desaparece el derecho de persecución contra el tercero que adquiere el inmueble en pública subasta ordenada por el juez, según lo preceptúa el art. 3844C.

c) Derecho de preferencia

El acreedor tiene dos derechos que le dan gran eficacia a la hipoteca: el derecho de persecución y el derecho de preferencia en el pago del crédito con relación a los acreedores quirografarios o hipotecarios de grado posterior.

Esta preferencia recae solamente sobre el inmueble hipotecado y garantiza: el capital e intereses si estuvieren determinados en el convenio, salvo lo dispuesto en el art. 3784C., las costas o gastos y los daños e intereses por la inejecución de la obligación, según se desprende de los arts. 3775 y 3831 C.

Se extiende al producto de la venta y a los demás bienes detallados en el art. 3776C. y otros, ya analizados detenidamente.

9. Extinción de la hipoteca

A. Clases de extinción

Tanto la hipoteca como la fianza y la prenda se extingue por vía principal (o directa) o consecuencial (indirecta). A la primera se refieren los arts. 3689 y 3870C. con relación a casos específicos. A la segunda el art. 3862C. que dice: “La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal por alguno de los modos para la extinción de las obligaciones”.

En la vía indirecta o consecuencial se extingue la obligación principal y sus accesorios (la hipoteca), por aplicación del principio de que extinguido lo principal se extingue lo accesorio, consagrado en el art. 1877C. para las obligaciones en general y para el derecho de hipoteca en el art. 3862C.

Por la vía directa sólo se extingue la hipoteca y subsiste el crédito aunque sin la preferencia y demás seguridades que tiene la hipoteca. El art. 3862C. cubre todos los medios de extinguir las obligaciones.

B. Extinción por vía consecuencial

a) Pago

El pago tiene que ser total y hecho por el deudor, porque si lo hace un tercero que se subroga legal o convencionalmente en los derechos del acreedor satisfecho, no se extingue la obligación y la hipoteca, la que subsiste garantizando al nuevo acreedor. Así se desprende del art. 3864C. Esta es una disposición general que se complementa con otras específicas en las cuales se señalan los supuestos en que cabe la subrogación.

La consignación sólo extingue la hipoteca hasta que adquiere fuerza de pago dice el art. 3868C. Esto significa que adquiere fuerza de pago cuando es aceptada por el acreedor o se aprueba por resolución pasada en autoridad de cosa juzgada.

Cuando el pago es declarado nulo, las hipotecas renacen, según lo dispone el art. 3875C.

El art. 3876C. establece como regla general que toda hipoteca que renace debe inscribirse nuevamente.

La Corte Suprema ha sostenido que el acreedor preferente que adquiere por adjudicación el inmueble hipotecado en el juicio en que no se citó al acree-

dor hipotecario de grado posterior no puede invocar el art. 3857C. para hacer valer su grado preferente en el juicio que éste le siga, porque tal prerrogativa sólo tiene lugar en el caso de confusión y no en el de adjudicación en pago en virtud de la cual se extingue la obligación principal y como consecuencia la hipoteca. Existen dos votos disidentes defendiendo el renacimiento de la hipoteca.¹⁰

b) Novación

La novación produce la extinción de la obligación y de la hipoteca, a menos que se hubiere hecho reserva de ésta, en cuyo caso garantizarán la nueva obligación, según se desprende de los arts. 2107 y 3865C.

c) Otros medios

Existen otros medios de extinguir las obligaciones principales que acarrear la extinción de las hipotecas por vía indirecta o consecuencia: la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la nulidad, la prescripción y la imposibilidad del pago.

Sobre la confusión existen normas específicas (arts. 3866, 3867 y 3874C.) en el capítulo que trata sobre la extinción de la hipoteca. En virtud del principio de que no puede haber hipoteca consigo mismo se extingue la hipoteca en virtud de la confusión.

A pesar del lenguaje poco feliz del art. 3866C., se puede deducir que la reunión de las calidades de deudor y fiador, deja subsistente la hipoteca que éste hubiere dado al acreedor.

Conviene advertir que el acreedor hipotecario que se convierte en tercer poseedor por adquisición del inmueble, en virtud de la cual se produjo la extinción de la hipoteca por confusión, puede hacerla valer con posterioridad cuando otro acreedor proceda en su contra. En tal supuesto la hipoteca revive. El acreedor se encontraba imposibilitado de ejecutar un crédito contra sí mismo y justo es que se le reintegre en su derecho de hipoteca. Todo lo expuesto se desprende del art. 3857C.

También conviene advertir que el tercer adquirente que paga a los acreedores se subroga en los derechos de éstos, según lo dispone el art. 2044C., conservando la hipoteca en cosa propia.

Este caso como el anterior son excepciones al principio de que no cabe la hipoteca sobre un bien propio, sino sobre el ajeno.

C. Extinción directa o principal

¹⁰. S. 11 a.m. del 6 de Agosto de 1937, B.J., p. 9788.

a) Renuncia de la hipoteca

Se puede renunciar a la hipoteca expresamente y en escritura pública. Así lo dispone el art. 3869C. La renuncia tácita no se acepta, a diferencia del Derecho romano, como lo expresa Vélez Sarsfield, que la acogía y tenía lugar mediante la entrega del título hipotecario al deudor o cuando le permitía a éste vender la cosa gravada o hipotecarla a otra persona.

b) Pérdida de la cosa

La pérdida puede ser parcial o total. El primer supuesto es muy raro, pero no el segundo.

Si la pérdida es total se extingue la hipoteca por faltar su objeto. Por el contrario, es muy difícil que se extinga en el supuesto de pérdida parcial. De aquí que el art. 3871C. disponga que la hipoteca subsista sobre el suelo en caso de destrucción del edificio y que se extenderá al que se vuelva a construir.

c) Condiciones y plazos

Ya hemos visto que el derecho real de hipoteca (no la obligación) puede constituirse en forma condicional, desde cierto día o hasta cierto día de acuerdo con el art. 3764C.

Producido el evento de la condición resolutoria o el no cumplimiento de la suspensiva se extingue la hipoteca. Lo propio sucede cuando llega el día hasta el cual fue constituida la hipoteca.

d) Derechos resolubles o condicionales

Extinguido el derecho resoluble, revocable o condicional, también se extingue la hipoteca constituida sobre él. *Resoluto jure dantes resolvitur jus accipientis*, reza un principio. Lo expuesto no es más que una consecuencia de lo consagrado en el art. 3804C. Se permite que hipoteque el que debe el inmueble bajo condición suspensiva o resolutoria, aunque varios juristas de Argentina, de donde tomamos este artículo, consideran que sólo es aplicable en la condición resolutoria. Pero debemos tener en cuenta que el art. 3795C. no permite al enajenante que se desprendió del inmueble bajo condición resolutoria (por ejemplo, venta con pacto de retroventa) que lo pueda hipotecar, lo que puede dar pie para sostener que no puede hipotecar en general el propietario bajo condición suspensiva. En Francia puede hipotecar el propietario bajo condición suspensiva.

De conformidad con lo expuesto se pronuncian los arts. 3832 y 3870. Expresa este último artículo: "La extinción de la hipoteca tiene lugar cuando el que la ha concedido no tiene sobre el inmueble más que un derecho resoluble o condicional y la condición no se realiza, o el contrato por el que lo adquirió se encuentra resuelto".

e) Expropiación

De acuerdo con los arts. 3788C., y 14, 19 y 28 de la Ley de Expropiación los acreedores hipotecarios intervendrán en el juicio de expropiación para pagarse de acuerdo a su preferencia sobre el valor de la cosa expropiada y la transmisión que resulta de este juicio es siempre libre de gravamen, pues todas las hipotecas se extinguen.

f) Hipoteca de parte indivisa

De acuerdo con el art. 3802C. la hipoteca sobre una parte indivisa del inmueble en comunidad queda sujeto a la partición, de manera que si al comunero constituyente del gravamen hipotecario no se le adjudica ninguna parte del inmueble hipotecado, la hipoteca se extingue.

g) Purga de las hipotecas

El legislador tiene interés en cancelar las hipotecas cuando se produce la venta del inmueble en pública subasta ordenada por el juez y con citación de los acreedores hipotecarios. Esta purga se encuentra regulada en los arts. 3844 y 3872C. que legislan de manera repetitiva, sobre la misma situación.

Para que se extingan las hipotecas, de acuerdo con las mencionadas disposiciones, es necesario que se reúnan las condiciones siguientes: que la venta se haga en pública subasta ordenada por el juez; que se cite personalmente a los acreedores hipotecarios; que haya transcurrido el tiempo del emplazamiento entre la citación y la subasta. Veremos brevemente cada requisito.

i) Que la venta se haga en pública subasta ordenada por el juez. Necesariamente tiene que hacerse la venta en pública subasta dentro del juicio, el que naturalmente es ejecutivo. Cualquier otro tipo de venta no produce los efectos cancelatorios. Debe depositarse el precio de la subasta ante el juez.

ii) Que se cite personalmente a los acreedores hipotecarios. La citación es personal y tiene por objeto darle oportunidad a todos los acreedores para que defiendan sus intereses.

La falta de citación oportuna de alguno o algunos acreedores deja subsistente las hipotecas de ellos y el subastador puede ser perseguido por cualquiera de los acreedores no citados; pero dicho subastador al quedar subrogado de conformidad con el art. 2024 inc. 2C. en los derechos del acreedor hipotecario de grado preferente puede pagarse con preferencia en el juicio que le siga el acreedor no citado. Pierde el inmueble en virtud de la nueva subasta, pero logra un pago preferencial.

iii) Que haya transcurrido el término del emplazamiento entre la citación y la subasta. El art. 3844C. no lo dice expresamente cuando dispone que la citación se haga “en el término del emplazamiento”. De aquí que en Chile, de donde fue tomada dicha disposición, se discute sobre el alcance de la misma.

El art. 1770 Pr. modifica los arts. 3844 y 3872C., pues permite, cuando el acreedor que sigue el juicio es de grado posterior, a los acreedores hipotecarios preferentes mantener vigente sus hipotecas o pagarse con preferencia con el precio de la subasta. Esta opción no la tiene el acreedor posterior quien sólo puede pagarse cuando fuere suficiente el precio de la subasta.

Para que se conserven las hipotecas es preciso que los plazos no estén vencidos, pues si los estuvieran sólo pueden pagarse.

El art. 1770 Pr. exige que la ejecución se siga contra el deudor personal. De aquí se deduce, a *contrario sensu*, que no cabe la opción si se procede contra un tercer poseedor.

CAPITULO XVII

LA HIPOTECA MOBILIARIA

SUMARIO: 1. Las garantías reales mobiliarias.- 2. Diversos tipos de garantías: A. Venta con reserva de dominio. B. Venta con cláusula resolutoria.- 3. Deficiencias legales.- 4. Concepto de la hipoteca mobiliaria.- 5. Caracteres.- 6. Su importancia.- 7. Forma.- 8. Publicidad.- 9. Obligaciones garantizables.- 10. Bienes hipotecables.- 11. Efectos: A. Entre partes. B. Con relación a terceros.- 12 Diferencias entre la hipoteca mobiliaria y la prenda.- 13. La hipoteca mobiliaria en nuestro derecho: A. Hipoteca naval B. Hipoteca de aeronaves.

1. Las garantías reales mobiliarias

La producción y circulación de bienes mobiliarios es inmensa en la época actual. La riqueza mobiliaria ha adquirido importancia social y jurídica. De aquí la especial atención que los juristas y legisladores le presten.

Los inconvenientes de la prenda común, imposible de continuarlos soportando en el comercio mobiliario actual, han llevado a la constitución de nuevos tipos de garantías reales mobiliarias con la ayuda de la publicidad registral, tomando del Derecho Inmobiliario Registral algunos principios (publicidad, especialidad y legalidad) en la medida que lo permite la naturaleza de éstos bienes. Estos registros pueden ser computarizados como se han establecido en varios países. No todos los bienes muebles son susceptibles de ser dados en garantía real estructurada con base en la publicidad registral. Son los bienes de fácil identificación, de un valor considerable y no consumibles los que admiten esta garantía.

La publicidad registral ha venido a sustituir al desplazamiento de la prenda común. La vuelve innecesaria, ya que la inscripción hace oponible la garantía.

2. Diversos tipos de garantías

Existen varias garantías reales mobiliarias: la prenda común y las especiales, la hipoteca mobiliaria, la venta con reserva de dominio y la venta con cláusula resolutoria. Trataremos brevemente las dos últimas y dedicaremos el resto del capítulo a la hipoteca mobiliaria.

A. Venta con reserva de dominio

Si se pacta esta reserva en la venta, el comprador no adquiere el dominio hasta que pague la última cuota del crédito. Se usa mucho en el comercio moderno para garantizar el pago del resto del precio en las ventas a plazo, muy frecuentes en la actualidad. Al comprador se le entrega la posesión de la cosa y asume los riesgos de su uso y conservación desde que la recibió. Están a su cargo el pago de los impuestos y del seguro.

Estas ventas se inscriben en registros para su oponibilidad a terceros. Para garantía del vendedor no se permite que el comprador venda las cosas, so pena de sanciones civiles y penales. Estas sanciones y el efecto de la inscripción (oponible a terceros) garantizan contra el peligro de dejar en manos del comprador la cosa vendida. Estas soluciones se dan también en las prendas sin desplazamiento.

La venta con reserva de dominio puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, pero sólo perjudica a terceros mediante su inscripción.

El art. 2663C. no admite la venta con reserva de dominio, pues de él se deduce que cuando se pacta en el contrato esta modalidad el comprador adquiere el dominio, y lo pierde si no paga, sujetándose la venta a una condición resolutoria. A pesar de ello, hay resoluciones de la Corte Suprema de Justicia que la admiten.¹

B. Venta con cláusula resolutoria

Esta es otra garantía real que también se da sobre bienes muebles identificables, duraderos y de valor considerable. Se inscribe también en un registro para su oponibilidad a terceros. Aparece regulada en el Anteproyecto de Código de Comercio de 1978.

Tanto en la venta con reserva de dominio como en la venta con cláusula resolutoria, en el supuesto de incumplimiento del comprador, el vendedor tiene a su elección dos acciones: pedir el cumplimiento de contrato mediante el pago del saldo del precio de la venta, o reclamar la restitución de la cosa.

3. Deficiencias legales

Nuestra legislación presenta graves vacíos que dejan sin garantías a muchas operaciones sobre muebles: la prenda agraria o industrial y la hipoteca sobre buques y aeronaves no cubren los otros bienes muebles (marcas, patentes, automóviles, etc.) que pueden servir de garantía; la prenda agraria o industrial sólo se da en garantía de préstamos de esa naturaleza la prenda comercial; y la prenda común tiene muchos inconvenientes que la hacen inoperante en el comercio moderno.

Bajo la Ley de Prenda Agraria o Industrial se han querido cubrir las ventas de muebles a plazo (automóviles, televisores, etc.) mediante simulaciones o novaciones, pero la Corte de Apelaciones de Masaya en varias ocasiones les ha negado eficacia a esas garantías.

¹. S. 10.30 a.m. del 20 de Diciembre de 1950, B.J., p. 15375 y S. 10.30 a.m. del 30 de Junio de 1958, B.J., p. 19061. Ambas se refieren a bienes muebles. El art. 11 inc. II de la Ley del Impuesto General al Valor y otras leyes fiscales reconocen la venta con reserva de dominio, pero tal cosa no significa su consagración pues no existe una ley de fondo que la regule.

Es necesario dictar una Ley de Venta de Bienes Muebles con Reserva de Dominio o con Cláusula Resolutoria y una Ley de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin Desplazamiento.

El Registro de Hipoteca Mobiliaria será de propiedad (se abrirá en folio real y en él se inscribirán los títulos inscribibles) y los de prenda sin desplazamiento y de venta con reserva de dominio o con cláusula resolutoria pueden ser de gravámenes. Se procurará computarizarlos. Es muy importante establecer procedimientos rápidos y eficaces para hacer efectiva estas garantías y desarrollar sin obstáculos el tráfico mobiliario.

4. Concepto de la hipoteca mobiliaria

Es una garantía inscribible que recae sobre bienes muebles identificables, enajenables, no consumibles y de un considerable valor afectados especialmente al cumplimiento de una obligación, los cuales quedarán en poder del deudor para su uso y conservación.

5. Caracteres

La hipoteca tiene varias características: es un derecho real de garantía inscribible y recae sobre bienes muebles ajenos, identificables, de un considerable valor, no consumibles, los cuales quedan en poder del deudor.

Es un derecho real porque sujeta concreta e inmediatamente la cosa hipotecada al cumplimiento de la obligación; es de garantía porque sirve para asegurar una obligación principal, lo que le imprime carácter de accesorio; recae sobre bienes ajenos porque no se concibe la hipoteca sobre bienes propios; permanecen los bienes en manos del deudor porque no existe desplazamiento de la posesión del bien gravado como en la prenda corriente.

Sobre las otras características se tratará en el resto del capítulo.

6. Su importancia

El aumento del tráfico jurídico mobiliario ha dado pie a la creación de nuevas garantías mobiliarias entre ellas la hipoteca mobiliaria. En la actualidad son muchos los bienes y créditos que hacen uso de ella.

7. Forma

Se considera la hipoteca mobiliaria como un contrato solemne. En esto existe casi uniformidad en la doctrina y en la legislación.

El Código de Aviación Civil le da el carácter de solemne, pues en el art. 190 se exige la escritura pública para la transmisión del dominio o la constitución de un derecho real (hipoteca, etc.) sobre aeronaves.

8. Publicidad

El acreedor tiene una formidable garantía con la tenencia de la cosa al ponerse a cubierto de los actos de disposición, ocultación y de deterioro de parte del deudor. En la hipoteca mobiliaria (lo mismo en otras garantías reales mobiliarias) se suprime el desplazamiento y la tenencia en poder del acreedor, pero se sustituye por la publicidad registral de la hipoteca para su oponibilidad a terceros; por las sanciones civiles y penales por los actos de disposición, ocultación o deterioro de los bienes hipotecados; por la prohibición de trasladar el bien hipotecado fuera de cierta zona; por procedimientos efectivos para exigir el cumplimiento de la obligación hipotecaria; por las medidas conservativas para evitar deterioros y ocultaciones; etc.

Cuando se hipoteca establecimientos mercantiles y sus mercaderías, son respetadas las ventas de éstas al público para no trastornar el comercio mobiliario. En cambio se le exige al deudor mantener la cantidad y valor de mercaderías que se convino.

En la legislación comparada la inscripción puede ser constitutiva o declarativa. En Nicaragua es declarativa en los supuestos en que se admite la hipoteca mobiliaria.

9. Obligaciones garantizables

La hipoteca mobiliaria es susceptible de garantizar todo tipo de obligación. Sin embargo, en ciertas legislaciones se limita a ciertos tipos, principalmente al préstamo de dinero.

10. Bienes hipotecables

No todos los bienes son susceptibles de ser hipotecados. Es preciso que sean de fácil identificación; por ejemplo: los establecimientos mercantiles, los automóviles, tranvías, buques, aeronaves, la propiedad industrial e intelectual, etc. Los bienes muebles de identificación menos perfecta pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento o de prenda común.

Generalmente las leyes señalan listas taxativas de cosas hipotecables. Los bienes consumibles o de escaso valor no son hipotecables, pues resulta antieconómico usar de todo el sistema en bienes de esa naturaleza.

11. Efectos

Estos se dan entre partes y con respecto a terceros.

A. Entre partes.

a) Derechos y obligaciones del acreedor

El acreedor tiene los derechos siguientes:

i) Los de persecución, venta y preferencia.

ii) La facultad de pedir las medidas conservativas con el objeto de evitar deterioros, ocultaciones, perjuicios, etc. de la cosa hipotecada.

El acreedor tiene la obligación de cancelar el crédito al ser pagado.

b) Derechos y obligaciones del deudor

El deudor hipotecario tiene los derechos siguientes:

i) Conserva el uso, posesión y propiedad de la cosa hipotecada.

ii) Tiene derecho a exigir la cancelación del crédito hipotecario una vez que haya pagado.

Tiene a su vez las prohibiciones y obligaciones siguientes:

i) Tiene prohibido enajenar y gravar la cosa hipotecada, a menos que se lo permita el acreedor. Esta prohibición generalmente va acompañada de sanciones penales y civiles en el supuesto de incumplimiento.

ii) También tiene prohibido trasladar el bien hipotecado fuera de determinada zona.

De acuerdo con el art. 204 del Código de Aviación Civil (CAC) no se puede trasladar temporal o definitivamente al exterior el bien hipotecado sin el consentimiento expreso del acreedor concedido en escritura pública.

B. Con relación a terceros

La inscripción de la hipoteca mobiliaria la hace oponible a los terceros, los que una vez inscrita no podrán alegar su ignorancia o la buena fe.

12. Diferencias entre la hipoteca mobiliaria y la prenda

Ambas garantías otorgan los derechos de preferencia, persecución y venta y recaen sobre bienes muebles. Son los elementos comunes. Con la prenda sin desplazamiento las diferencias son menores que con la prenda corriente.

Con respecto a la primera el elemento principal que las diferencia es la identificabilidad: la hipoteca se constituye sobre bienes de fácil identificación y la prenda sobre cosas de menos perfecta identificación.

Con relación a la segunda, la diferencia es más marcada: en la hipoteca mobiliaria no existe desplazamiento posesorio, en cambio en la prenda común si la hay; la hipoteca mobiliaria recae sobre bienes de considerable valor, en cambio la prenda común puede afectar a los de escaso o considerable valor; la hipoteca mobiliaria recae sobre bienes muebles de fácil identificación, en cambio la prenda civil puede afectar a éstos y a los que no pueden identificarse fácilmente; la hipoteca es un contrato solemne, en cambio en el estado actual la prenda es real.

13. La hipoteca mobiliaria en nuestro Derecho

A. Hipoteca naval

El Código de Comercio (arts. 13 letra a) 1024 y sigts.) y el Código Civil, art. 3799) permiten la constitución de la hipoteca sobre naves.

El acreedor tiene a su favor los derechos de persecución, venta y prelación, según se desprende de los arts. 1033, 1034C.C. y otros.

A pesar de que el Código de Comercio guarda silencio al respecto se puede vender la nave hipotecada por aplicación del Código Civil con base en el art. 1025C.C.

Se permite la constitución de varias hipotecas sobre la misma nave, según se desprende del art. 1034CC.

Tanto el Código Civil (art. 3936) como el de Comercio (arts. 13 letra i), 27, 1024 y sigts.) regulan el Registro de las naves bajo dos sistemas antagónicos. El primero formula un Registro de Propiedad bajo la tenencia del folio real y el segundo un Registro de Gravámenes. La existencia de dos registros disgrega la información y se presta a confusiones. Por esto es conveniente hacer un solo Registro de la Propiedad de Buques bajo la técnica del folio real en el que se inscriba el dominio, los derechos y demás títulos inscribibles.

De acuerdo con el art. 1025 CC. son aplicables las disposiciones del Código Civil a la hipoteca naval en lo que no se oponga a lo regulado en el Comercio.

B. Hipoteca de aeronaves

El 19 de septiembre de 1956 se sanciona el Código de Aviación Civil y el 20 de mayo de 1958 se dicta el Reglamento del Registro de la Propiedad Aeronáutica y del Registro Aeronáutico Administrativo. El primero regula la hipoteca sobre aeronaves y el Registro Aeronáutico. El segundo (ya anunciado en el Código) se encarga de reglamentar los detalles del Registro consagrado en el Código.

El art. 201 CAC. expresamente manifiesta que las aeronaves, a pesar de ser muebles, son susceptibles de ser hipotecadas y que este contrato se registrará, en lo no previsto, por las disposiciones aplicables del Código de Comercio y en su defecto del Código Civil.

El acreedor hipotecario tiene a su favor los derechos de persecución, venta y preferencia (arts. 202, 206 CAC y otros).

De acuerdo con el art. 206 CAC. la hipoteca se extingue por la pérdida o destrucción de la aeronave y por el remate judicial siempre que se cite al acreedor. En el primer supuesto el acreedor puede hacer valer su derecho de preferencia sobre el valor del seguro o indemnización que se deba al dueño (arts. 203 y 206 letra a) CAC). Esta enumeración no excluye otros medios de extinguirse la hipoteca

Las naves, los motores, las hélices y otros equipos pueden ser dados en prenda, pero quedarán en poder del acreedor, según se desprende del art. 207 CAC.

El Registro se lleva en tres libros:

a) El Diario, en el cual se anotarán la hora, día mes y año en que se presentó el documento inscribible y sirve para marcar la prioridad registral.

b) El Libro de Propiedad, en el cual se abre un folio real a la aeronave y se inscribe dentro de él los títulos inscribibles.

c) El de Prenda Industrial, formulado como un registro de gravámenes en el cual se abre a cada contrato de prenda un folio y dentro de él se inscriben los demás títulos inscribibles referentes al contrato.

Código de Abreviaturas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
B.J.	Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua
C.	Código Civil de Nicaragua
Cfr.	Confrontar
C.C.	Código de Comercio de Nicaragua
C.T.	Código del Trabajo de Nicaragua
Cta.	Consulta evacuada por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua
Ej.	Ejemplo
etc.	etcétera
Idem	Mismo, igual que
Inc.	Inciso
Incs.	Incisos
Num.	Numeral
ob. cit.	Obra citada
p.	página
Pn.	Código Penal de Nicaragua
Pr.	Código de Procedimiento Civil de Nicaragua
R.R.P.	Reglamento del Registro Público de la Propiedad
S.	Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua
Sigts.	Siguientes
t	tomo
Tit.Prel.C.	Título Preliminar del Código Civil de Nicaragua
Vol.	Volúmen

Indice Onomástico

Alessandri Rodríguez	54
Arguello Bolaños	54
Barros Erranzuris Alfredo	92
Borda	37,41,252
Brenes Córdoba	192,201
Buitrago Nicolás	181
Buitrago Bruno	181
Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil	319
Enneccerus	252
Escobar Fornos Iván	14,74
Jiménez Asenjo Enrique	326
Leví Ullmann	172
Machado	90
Manresa y Navarro	211,326
Mateo Alarcón	239
Puig Brutau José	283
Puig Peña	252
Rojina Villejas Rafael	263
Salvat	28
Solórzano Aníbal	181
Valencia Zea	222

Índice de Artículos Código Civil de Nicaragua

Arto. 2530	7
Arto. 2548	67
Arto. 2780,2781	84
Arto. 982,2785	85
Arto. 2763	87
Arto. 2423,2483,2484,2949,3941,3951	96
Arto. 2826,2828	101
Arto. 2839	102
Arto. 2828	103
Arto. 2826	104
Arto. 2862,2863,2869,2870,2872	112
Arto. 2873	113
Arto. 3187	159
Arto. 3200,3186,3201,3202,3203,3204,3205,3206,3207,3209,3210,3211	162
Arto. 3219,3217,3218,3220,3221,3223,3225,3228	163
Arto. 3234,3235	164
Arto. 3263,3264,3265,3266,3267,3245,3246	165
Arto. 3250,3245,3251,3252,3258,3247,3248,3249	166
Arto. 3260,3261,3270,3271,3272,3273,3275,3277,3278,3279	167
Arto. 3281,3280,3222	168
Arto. 3299,3337	172
Arto. 3303	173
Arto. 3299,3293,2483,98	175
Arto. 2483,3350,3294	176
Arto. 3308	177
Arto. 2212,3301,3296	179
Arto. 204,530,3423,3915	180
Arto. 3360,3362,3363	183
Arto. 3307	184
Arto. 2496	185
Arto. 3323,3333	187
Arto. 2440,3339,3341	188
Arto. 2479,3333	189
Arto. 3317	190
Arto. 3317,3313	191
Arto. 3331	192
Arto. 3333,3314	193
Arto. 3313	194
Arto. 471	195
Arto. 3344	201
Arto. 2101,3331,3339	202
Arto. 2004	204

Arto. 3293	207
Arto. 3349	208
Arto. 891,3349	209
Arto. 2039,2040,3245	210
Arto. 3307,3353	211
Arto. 3351,1303,1305	212
Arto. 3352,3354	213
Arto. 330,369	215
Arto. 2041,3355	216
Arto. 3355,3333,3353	217
Arto. 3390	219
Arto. 3391	220
Arto. 3395,3394,3393	221
Arto. 1815,3404,3405	222
Arto. 3409,3410,3415,3399	225
Arto. 3416,3432,3421,3417	229
Arto. 3417,1800	230
Arto. 3424,3425	231
Arto. 3428,3430	232
Arto. 3431,1885,3443,3427	233
Arto. 3432,3437,3438,3433,3434,3435,3436,3440	234
Arto. 3441,3442,3443	235
Arto. 3445	236
Arto. 933,934,2484,3444	237
Arto. 1800	239
Arto. 3464,3463,1800,3460	241
Arto. 3456,3457,3458,3449,3461,3462	242
Arto. 3464,3461,3480,3481,3482,3485,3465,3466,3497,3496	243
Arto. 3470,3474,3475,3476,3472,3473	244
Arto. 3471,3477,3478,3479,2057,3483,3494,2521,3495,3451	245
Arto. 3486,3487,3491,3451,3486,3498	246
Arto. 3484,3489,3502	247
Arto. 3507,3508,3503,3509,3510,3512,3513	248
Arto. 3514	249
Arto. 3521,3524	250
Arto. 3611	253
Arto. 3618,3619,3620,3622	254
Arto. 2176	255
Arto. 3629	256
Arto. 3643,3644,3625,3626,3642,3647	257
Arto. 3676,2492,3655	263
Arto. 416,423,1877,3722,178,3673,3695,3665	264
Arto. 3669,1877,2095,2106,3726,2113	265
Arto. 3684	267
Arto. 3685,3686	268
Arto. 1844,3663,3657,3658	269

Arto. 3657,3660,3664	270
Arto. 62,416,423,1503,888,938,3656,3675	271
Arto. 3682,3665,3670	273
Arto. 3676,3653	274
Arto. 3699,3697,3682,3680	275
Arto. 3682,3697,3655	276
Arto. 3712	277
Arto. 3711	278
Arto. 3708	279
Arto. 2045,3706,3713	281
Arto. 3707,3708,3718	283
Arto. 3719,3720,3721	285
Arto. 1877,3722	286
Arto. 1877,2095,2106	288
Arto. 2113	289
Arto. 2196,3658	290
Arto. 2128,3725,1877,2159,3723,3727	291
Arto. 1968,3763,3776	295
Arto. 3914,3931,3747	297
Arto. 1863,3923,3907	298
Arto. 3924,3909,3918,3907	299
Arto. 3778,3871	324

Código de Procedimiento Civil de Nicaragua

Arto. 3361,80	183
Arto. 1405,1406,1407,1408,1409,1410,1411,1412,1413, 1414,1415,1416, 1417,1418,1419	199
Arto. 73	205
Arto. 78	211
Arto. 1646	246
Arto. 30	263
Arto. 1520	264
Arto. 1664,1667,888	271
Arto. 821	274
Arto. 1633	297

Código de Comercio de Nicaragua

Arto. 55,74	198
Arto. 446,434	213
Arto. 358,383	255
Arto. 102	277

Código Penal de Nicaragua

Arto. 55,58,70,73	216
-------------------	-----

Código de Aranceles Judiciales

Arto. 3,94	200
Arto. 59	240

Ley de Impuesto de Tramisiones de Inmuebles

Arto. 2	22
---------	----

Indice de Jurisprudencia

1912

Sentencia de las 10:30 a.m. del 22 de Mayo, B.J. p.1497	67
---	----

1913

Sentencia de las 12:00 m. del 12 de Septiembre B.J. p.244	71
Sentencia de las 12:00 m. del 1 de Julio B.J. p.112	108
Sentencia de las 11:00 a.m. del 3 de Octubre B.J. p.250	183
Sentencia de las 11:00 a.m. del 25 de Abril B.J. p.54	214
Sentencia de las 12:00 m. del 30 de Agosto B.J. p.220	254

1914

Sentencia de las 10:00 a.m. del 8 de Septiembre B.J. p.516	67
Sentencia de las 12:00 m. del 8 de Noviembre B.J. p. 599	67
Sentencia de las 11:00 a.m. del 20 de Julio B.J. p.472	160
Sentencia de las 11:00 a.m. del 21 de Octubre B.J. p.573	217

1915

Sentencia de las 10:00 a.m. del 7 de Octubre B.J. p.931	176
Sentencia de las 12:00 m. del 15 de Abril B.J. p.749	205

1916

Sentencia de las 11:00 a.m. del 14 de Enero B.J. p.1046	214
Sentencia de las 11:00 a.m. del 29 de Mayo B.J. p.1193	327

1917

Sentencia de las 11:15 a.m. del 12 de Julio B.J. p.1608	71
Sentencia de las 11:15 a.m. del 12 de Julio B.J. p.1608	75

Sentencia de las 12:00 m. del 2 de Mayo B.J. p.1558	193
1918	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 20 de Noviembre B.J. p.2131	113
1919	
Sentencia de las 11:30 a.m. del 3 de Abril B.J. p.2282	67
Sentencia de las 11:30 a.m. del 14 de Noviembre B.J. p.2599	160
1921	
Sentencia de las 12:00 m. del 17 de Junio B.J. p.3337	71
Sentencia de las 12:00 m. del 17 de Junio B.J. p.3337	75
Consulta del 20 de Abril B.J. p.3276	193
Sentencia de las 12:00 m. del 20 de Octubre B.J. p.3470	288
Sentencia de las 10:00 a.m. del 10 de Diciembre B.J.p.3536	288
1923	
Sentencia de las 12:00 m. del 5 de Mayo B.J. p.3970	205
1924	
Sentencia de las 12:00 m. del 23 de Diciembre B.J. p.4685	62
Sentencia de las 9:00 a.m. del 30 de Junio B.J. p.11641	76
1925	
Sentencia de las 11:00 a.m del 31 de Agosto B.J. p.5206	75
Sentencia de las 11:30 a.m. del 23 de Septiembre B.J.p5241	207
Sentencia de las 11:00 a.m. del 4 de Diciembre B.J. p.5374	214
Sentencia de las 12:00 m. del 23 de Noviembre B.J. p.5349	218
Sentencia de las 12:00 m. del 25 de Noviembre B.J. p.5355	288
1926	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 12 de Marzo B.J. p.521	14
Sentencia de las 11:30 a.m. del 16 de Marzo B.J. p.5535	67
Sentencia de las 11:00 a.m. del 23 de Agosto B.J.p.5668	71
Sentencia de las 11:30 a.m. del 16 de Marzo B.J. p.5535	217
1927	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 22 de Noviembre B.J. p.6102	217
1928	
Sentencia de las 12:00 m. del 23 de Abril B.J. p.6952	67
Sentencia de las 12:00 m. del 20 de Octubre B.J. p.6460	67
Sentencia de las 12:00 m. del 18 de Mayo B.J.p.342	100
Sentencia de las 11:00 a.m. del 24 de Febrero B.J. p.6264	179
Sentencia de las 10:00 a.m. del 25 de Junio B.J. p.6388	285

1929

Sentencia de las 12:00 m. del 11 de Mayo B.J. p.6983	67
Sentencia de las 11:00 a.m. del 21 de Noviembre B.J.p.7216	67
Sentencia de las 11:00 a.m. del 10 de Enero B.J.p.6885	71
Sentencia de las 11:30 a.m. del 25 de Abril B.J. p.6958	197

1930

Sentencia de las 12:00 m. del 13 de Noviembre B.J. p.7615	160
Sentencia de las 11:45 a.m. del 30 de Junio B.J.p.7449	207

1931

Sentencia de las 8:00 a.m. del 4 de Febrero B.J. p.7689	8
sentencia de la 12:00 m del 15 de octubre B.J.p.7880	14

1932

Sentencia de las 12:00 m del 27 de Febrero B.J.p. 9602	14
Sentencia de las 10:00 a.m. del 4 de Octubre B.J. p.8114	325

1933

Sentencia de las 11:00 a.m. del 12 de Marzo B.J. p.8250	113
Sentencia de las 10:00 a.m. del 7 de Noviembre B.J. p.8376	326

1934

Sentencia de las 11:30 a.m. del 21 de Diciembre B.J.p.8860	75
Sentencia de las 9:00 a.m. del 21 de Diciembre B.J. p.2844	321
Sentencia de las 11:45 a.m. del 21 de Diciembre B.J.p.8865	321

1935

Sentencia de las 11:00 del 2 de Mayo B.J. p.8956	62
--	----

1936

Sentencia de las 11:30 a.m. del 22 de Diciembre B.J. p.9509	68
Sentencia de las 12:00 m. del 25 de Marzo B.J. p.9256	180
Sentencia de las 11:00 a.m del 17 de Abril B.J. p.9275	242
Sentencia de las 11:00 a.m. del 29 de Febrero B.J. p.7226	267

1937

Sentencia de las 12:00 m. del 27 de Febrero B.J. p.9602	14
Sentencia de las 10:00 a.m. del 2 de Diciembre B.J. p.9949	96
Sentencia de las 12:00 m. del 3 de Abril B.J.p.9633	214
Sentencia de las 11:00 a.m. del 6 de Agosto B.J. p.9783	330

1938

Sentencia de las 11:30 a.m. del 8 de Febrero B.J. p.10054	68
Sentencia de las 11:00 a.m. del 4 de Marzo B.J. p.10091	68

Sentencia de las 11:00 a.m. del 4 de Marzo B.J. p.19061	69
1939	
Sentencia de las 12:00 m. del 25 de Enero B.J. p.10431	71
Sentencia de las 10:00 a.m. del 3 de Febrero B.J.p.10451	96
Sentencia de las 11:00 a.m. del 23 de Mayo B.J. p.10575	113
1940	
Sentencia de las 12:00 m. del 6 de Febrero B.J. p.10827	76
Sentencia de las 11:00 a.m. del 8 de Julio B.J. p.10969	76
Sentencia de las 11:00 a.m. del 26 de Noviembre B.J.p.11104	160
Sentencia de las 11:00 a.m. del 16 de Febrero B.J.p.10838	183
Sentencia de las 11:00 a.m. del 3 de Septiembre B.J.p.11024	218
1942	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 19 de Marzo B.J.p.11564	218
1943	
Sentencia de las 12:00 m. del 26 de Octubre B.J.p.12205	68
Sentencia de las 12:00 m. del 5 de Marzo B.J. p. 11942	76
Sentencia de las 12:00 m. del 5 de Noviembre B.J.p.12224	160
1944	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 7 de Febrero B.J. p.12311	68
Sentencia de las 11:00 a.m. del 22 de Marzo B.J. p.12364	69
Sentencia de las 12:00 m. del 26 de Abril B.J. p.12403	113
Consulta del 18 de Noviembre B.J. p.12620	214
1945	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 26 de Junio B.J. p.12839	14
Sentencia de las 11:30 a.m. del 6 de Noviembre B.J.p.13087	68
Sentencia de las 12:00 m. del 19 de Abril B.J. p.12762	76
Sentencia de las 11:00 a.m. del 18 de Junio B.J. p.12827	160
Sentencia del 16 de Julio B.J.p.12884	160
Sentencia de las 10:30 a.m. del 19 de Octubre B.J.p.13054	160
Sentencia de las 10:30 a.m. del 29 de Junio B.J.p.12856	275
1946	
Sentencia de las 10:30 a.m. del 31 de Mayo B.J. p.13478	62
Sentencia de las 9:15 a.m. del 25 de Marzo B.J. p. 13353	76
Sentencia de las 9:30 a.m. del 22 de Junio B.J. p.13513	160
Consulta del 31 de Julio B.J.p. 522	176
Sentencia de las 10:30 a.m. del 24 de Agosto B.J.p.13581	218
Sentencia de las 10:20 a.m. del 6 de Abril B.J.p.1304	293

1947

Sentencia de las 10:30 a.m. del 8 de Mayo B.J.p. 13870	71
Sentencia de las 10:30 a.m. del 2 de Junio B.J.p.13902	76
Sentencia de las 9:00 a.m. del 8 de Febrero B.J.p.13768	160

1948

Sentencia de las 10:30 a.m. del 23 de Octubre B.J.p.14468	76
Sentencia de las 10:00 a.m. del 21 de Julio B.J. p. 12494	113
Sentencia de las 11:00 a.m. del 27 de Julio B.J. p.14347	114
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de Octubre B.J.p.1444	114
Sentencia de las 10:00 a.m. del 28 de Mayo B.J.p.14254	160
Sentencia de las 12:00 m. del 28 de Marzo B.J.p.14259	180
Consulta del 22 de Diciembre B.J. p.14926	191,218

1949

Sentencia de las 11:30 a.m. del 7 de Octubre B.J. p.14868	68
Sentencia de las 12:00 m. del 15 de Diciembre B.J.p.14917	160

1950

Sentencia de las 10:30 a.m. del 20 de Diciembre B.J.p.15375	54
Sentencia de las 11:00 a.m. del 1 de Julio B.J.p.15140	96
Sentencia de las 12:00 m. del 12 de Septiembre B.J.p.15244	180
Consulta del 17 de Marzo B.J.p.15389	293
Sentencia de las 10:30 del 22 de Agosto B.J.p.15198	327
Sentencia de las 10:30 del 20 de Diciembre B.J.p.15375	335

1951

Sentencia de las 12:00 m. del 8 de Octubre B.J.p.15707	325
--	-----

1952

Sentencia de las 11:00 a.m. del 4 de Mayo B.J.p.16023	77
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de Mayo B.J.p.16015	160
Sentencia de las 9:00 a.m. del 18 de Julio B.J.p.16088	179
Sentencia de las 10:30 a.m. del 16 de Septiembre B.J.p.16143	181

1953

Sentencia de las 10:00 a.m. del 12 de Octubre B.J.p.16621	77
Sentencia de las 9:00 a.m. del 12 de Noviembre B.J.p.16709	77
Sentencia de las 11:30 a.m. del 13 de Marzo B.J.p.16415	160
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de Noviembre B.J.p.16702	160
Sentencia de las 10:30 a.m. del 22 de Enero B.J.p.16350	180
Sentencia de las 9:00 a.m. del 9 de Abril B.J.p. 16459	216
Sentencia de las 11:45 a.m. del 4 de Agosto B.J.p.19843	218

1954

Sentencia de las 10:00 a.m. del 28 de Junio B.J.p.17011	14
Sentencia de las 10:30 a.m. del 31 de Marzo B.J.p.16839	62
Sentencia de las 10:00 a.m. del 29 de Octubre B.J.p.17200	238
Sentencia del 24 de Abril B.J.p.17243	238
Sentencia de las 12:00 a.m. del 17 de Febrero B.J.p.16808	293
Sentencia de las 12:00 m. del 17 de Febrero B.J.p.16809	326

1955

Sentencia de las 11:30 a.m. del 17 de Enero B.J.p.17304	77
Sentencia de las 11:30 a.m. del 5 de Octubre B.J.p.17716	207
Sentencia de las 12:00 m. del 23 de Noviembre B.J.p.5349	209

1956

Sentencia de las 11:30 a.m. del 13 de Febrero B.J.p.17950	68
Sentencia de las 10:30 a.m. del 4 de Abril B.J.p. 18027	68
Sentencia de las 10:30 a.m. del 9 de Enero B.J.p.17903	77
Sentencia de las 10:30 a.m. del 3 de Noviembre B.J.p.18325	96
Sentencia de las 11:00 a.m. del 9 de Junio B.J.p.18109	231
Consulta del 13 de Febrero B.J.p.18359	293
Consulta del 10 de Abril B.J.p.18363	323

1957

Sentencia de las 11:30 a.m. del 30 de Julio B.J.p.18628	160
---	-----

1958

Sentencia de las 10:30 a.m. del 30 de Julio B.J.p.19061	54
Sentencia de las 11:00 a.m. del 25 de Febrero B.J.p.18970	68
Sentencia de las 10:30 a.m. del 30 de Junio B.J.p.19061	69
Sentencia de las 12:00 m. del 5 de Marzo B.J.p.18910	231
Sentencia de las 9:00 a.m. del 30 de Septiembre B.J.p.19175	238
Sentencia de las 11:00 a.m. del 16 de Mayo B.J.p.18999	273
Sentencia de las 10:30 a.m. del 30 de Junio B.J.p.19061	335

1959

Sentencia de las 11:40 a.m. del 20 de Enero B.J.p.19367	62
Sentencia de las 12:00 m. del 20 de Noviembre B.J.p.19670	160
Sentencia de las 9:30 a.m. del 21 de Diciembre B.J.p.19687	216

1960

Sentencia de las 10:00 a.m. del 11 de Marzo B.J.p.19843	218
---	-----

1961

B.J. p.20786 y 20787	209
----------------------	-----

1962

Consulta del 26 de Septiembre B.J.p.555	193
Sentencia de las 10:30 a.m. del 21 de Febrero B.J.p.70	218

1963

Sentencia de las 11:00 a.m. del 31 de Julio B.J.p.322	14
Sentencia de las 9:30 a.m. del 5 de Julio B.J.p.276	289
Sentencia de las 11:30 a.m. del 29 de Noviembre B.J.p.53688	293

1964

Sentencia de las 9:35 a.m. del 19 de Febrero B.J.p.73	181
Sentencia de las 11:00 a.m. del 8 de Junio B.J.p.292	181
Sentencia de las 9:50 a.m. del 4 de Febrero B.J.p.33	214

1965

Sentencia de las 10:35 a.m. del 6 de Julio B.J.p.202	14
Sentencia de las 10:00 a.m. del 26 de Enero B.J.p.35	71
Sentencia de las 10:35 a.m. del 20 de Mayo B.J.p.141	160

1966

Consulta del 21 de Junio B.J.p.333	75
Sentencia de las 10:35 a.m. del 31 de Marzo B.J.p.67	114
Sentencia de las 11:00 a.m. del 27 de Julio B.J.p.189	214

1967

Sentencia de las 10:00 a.m. del 22 de Septiembre B.J.p.203	181
--	-----

1968

Consulta del 16 de Julio B.J.p.421	182
Consulta del 13 de Septiembre B.J.p.426	182

1969

Sentencia de las 9:45 a.m. del 25 de Julio B.J.p.169	62
Sentencia de las 9:45 a.m. del 4 de Febrero B.J.p.1264	69
Sentencia de las 10:55 a.m. del 13 de Enero B.J.p.17243	249

1970

Sentencia de las 9:45 a.m. del 19 de Agosto B.J.p.195	214
---	-----

1971

Consulta del 6 de Septiembre B.J.p.321	181
--	-----

1972

Sentencia de las 8:39 a.m. del 5 de Junio B.J.p.124	182
---	-----

1973

Sentencia de las 10:35 a.m. del 7 de Noviembre B.J.p.202	67
Sentencia de las 8:30 a.m. del 10 de Septiembre B.J.p.159	214

1992

Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de Septiembre B.J.p.3809	215
--	-----